Université Jean Moulin Lyon 3

Ecole doctorale : Droit

La démocratie d'opinion

Contribution à une approche constitutionnelle de l'opinion publique

par Sébastien BÉNÉTULLIÈRE

Thèse de doctorat de droit public

sous la direction de Thierry DEBARD

présentée et soutenue publiquement le 30 novembre 2007

devant un jury composé de :
Thierry DEBARD, professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3
Denis BARANGER, professeur à l'université Panthéon-Assas Paris II
Philippe BLACHER, professeur à l'université d'Avignon et des Pays de Vaucluse
Sylvie CAUDAL, professeure à l'université Jean Moulin Lyon 3
Slobodan MILACIC, professeur à l'université Montesquieu Bordeaux IV

[Remerciements]

Ces quelques lignes ne peuvent suffire à exprimer toute ma gratitude au directeur de cette recherche, le Professeur Thierry Debard, dont les conseils avisés, la grande rigueur et la liberté qu'il a su me laisser, doivent être ici loués. Ces cinq années passées à ses côtés furent extrêmement enrichissantes et je ne peux que le remercier pour la confiance et les encouragements qu'il n'a cessé de me prodiguer.

Je remercie également l'ensemble des membres de l'Équipe de Droit Public de l'Université Jean Moulin, et plus particulièrement le directeur du Centre d'Études Constitutionnelles, François Robbe, pour son chaleureux soutien.

Je ne saurais également oublier le personnel de la bibliothèque de droit, et plus particulièrement Jean-Pierre Rouanet pour sa gentillesse et sa disponibilité de tous les instants.

La thèse est sans aucun doute un travail individuel, mais elle a besoin d'un terreau favorable pour prospérer. L'ambiance chaleureuse qui règne entre les doctorants de l'Institut d'Études Administratives et du Centre d'Études Constitutionnelles a ainsi grandement contribué à l'avancement de cette recherche. Que soient ici remerciés Alexandre, Elise, Fanny, Jean-François, Jérôme, Maëlle, Olivia, Pascal, Séverine, Sandrine et Valérie. J'aimerais ici remercier plus particulièrement Laurent et Mathilde pour leur amitié indéfectible. Ma gratitude va également à tous ceux qui m'ont aidé, dans les relectures et les traductions, en particulier à Jean-François et Hélène dont l'aide fut décisive.

Merci à Marjorie pour son aide, sa présence à mes côtés. Te quiero.

Enfin, que soient vivement remerciés mes parents, grands-parents, ma sœur pour tout l'amour qu'ils ont su me donner.

Liste des principales abréviations

ACCPUF	Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français
AIDC	Académie Internationale de Droit Constitutionnel
AIJC	Annuaire International de Justice Constitutionnelle
AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
AHRF	Annales Historiques de la Révolution Française
AN	Assemblée Nationale
AP	Archives Parlementaires
APD	Archives de Philosophie du Droit
ARSS	Actes de la Recherche en Sciences Sociales
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts des chambres criminelles de la Cour de cassation
BVerfG	Bundersverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale allemande)
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG (Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande)
C. Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Cour de cassation française chambres civiles
Cass. Crim.	Cour de cassation française chambres criminelles
CA	Cour d'appel

CAA	Cour administrative d'appel
CADA	Commission d'Accès aux Documents Administratifs
CE	Conseil d'État
CE, Sect.	Conseil d'État réuni en section
CE, Ass.	Assemblée contentieuse du Conseil d'État
CEDH	Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cf.	Confère
CGCT	Code Général des Collectivités Territoriales
Ch.	Chambre
Chap.	Chapitre
Chron.	Chronique
CJA	Code de Justice Administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Coll.	Collection
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Concl.	Conclusion(s)
Cons.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel français
CNDP	Commission Nationale du Débat Public
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CRDF	Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux
CSA	Conseil Supérieur de l'Audiovisuel
CSI	Cahiers de la Sécurité Intérieure
CSM	Conseil Supérieur de la Magistrature
CURAPP	Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie
D.	Recueil Dalloz

DA	Revue Droit Administratif
Dactyl.	Dactylographié
DC	Décision du Conseil constitutionnel français
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
Dir.	Dirigé par
Éd.	Edition / édité par
FNSP	Fondation Nationale des Sciences Politiques
FUSL	Facultés Universitaires de Saint Louis
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
Grale	Groupement de Recherche sur l'Administration Locale en Europe
HS	Hors Série
IHEJ	Institut des Hautes Études Judiciaires
JCP	Juris-Classeur Périodique
JCPA	Juris-Classeur Périodique Administration et collectivités territoriales
JO	Journal Officiel
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
OGM	Organismes Génétiquement Modifiés
Op. cit.	Opus citatum
Ord.	Ordonnance
Ord. réf.	Ordonnance de référé
PFRLR	Principe fondamental reconnu par les lois de la République
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille

PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
PULIM	Presses Universitaires de Limoges
PUP	Presses Universitaires de Perpignan
PUST	Presses Universitaires de Strasbourg
PUSST	Presses Universitaires des Sciences sociales de Toulouse
QSJ	Collection « Que sais je ? »
RA	Revue Administrative
RDC	Revue Des Contrats
RBDC	Revue Belge de Droit Constitutionnel
RDIDC	Revue de Droit International et de Droit Comparé
RDP	Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger
RFA	République Fédérale d'Allemagne
RFAP	Revue Française d'Administration Publique
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel
RFEA	Revue Française d'Études Américaines
RFFP	Revue Française de Finances publiques
RFHIP	Revue Française d'Histoire des Idées Politiques
RFSP	Revue Française de Science Politique
RHDH	Revue Hellénique des Droits de l'Homme
RHMC	Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine
RHSH	Revue d'Histoire des Sciences Humaines
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RIPC	Revue Internationale de Politique Comparée
RISS	Revue Internationales des Sciences Sociales
RJT	Revue Juridique Thémis
RPP	Revue Politique et Parlementaire

RRJ	Revue de la Recherche Juridique - droit prospectif
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDH	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
RUDH	Revue Universelle des Droits de l'Homme
Rec.	Recueil
RSC	Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé
S.	Recueil Sirey
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (Tribunal constitutionnel espagnol)
Somm.	Sommaire
T.	Tome
TA	Tribunal administratif
TDP	Tribune de Droit Public
TGI	Tribunal de grande instance
TPI	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. Corr.	Tribunal correctionnel
Vol.	Volume

Introduction générale

« Le gouvernement du peuple par le peuple suppose que le peuple est invité à exprimer ses vues sur la conduite des affaires publiques. Par conséquent, la démocratie implique nécessairement une organisation de l'expression de l'opinion publique »[1].

La notion d'opinion publique a suscité, comme nulle autre, un grand nombre de controverses scientifiques dont les juristes semblent pourtant absents. Le droit public en général, et le droit constitutionnel en particulier, semblent en effet ignorer complètement cette notion qui fait pourtant l'objet d'une littérature pléthorique dans d'autres disciplines, telles la science politique, la philosophie ou la théorie politique. Dans l'un des rares articles en langue française consacrés à une approche juridique de cette notion, Alain LAQUIÈZE souligne ainsi que l'opinion publique ne peut pas être un objet d'étude « *pour la plupart des juristes contemporains qui consacrent leurs activités scientifiques à l'étude de la règle de droit et négligent les circonstances sociales et factuelles qui gouvernent l'édiction de celle-ci et permettent – ou empêchent – sa bonne application, une fois édictée* »[2]. Pourtant, ainsi que le remarque l'auteur, ce ne fut pas toujours le cas : JELLINEK ne considérait-il pas, par exemple, que « *ce n'est pas seulement en matière de politique qu'elle* [l'opinion publique] *présente son importance, c'est encore en matière de droit public, car, dans un grand nombre de cas, elle constitue l'unique garantie de l'application des règles de droit public* »[3].

Toutefois, force est de constater qu'aujourd'hui le syntagme « opinion publique » est absent des différents textes qui composent notre bloc de constitutionnalité. Et rares sont les constitutions étrangères à le mentionner[4]. De même, le Conseil constitutionnel n'y fait-il référence qu'une

---

[1] Georges BURDEAU, *L'évolution des techniques d'expression de l'opinion publique dans la démocratie*, IN TROTABAS Louis (Dir.), *L'opinion publique*, Paris, PUF, 1957, pp. 137-138.

[2] *L'opinion publique des juristes*, Giornale di Storia Costituzionale, n°6, 2003, p. 61.

[3] Georg JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, Coll. Les Introuvables, 2005, op. cit., p. 180.

[4] Tout au plus peut-on indiquer l'article 34 de la Constitution de Moldavie qui organise le droit à l'information et qui dispose dans son alinéa 4 que « Les media, d'État ou privés, sont tenus d'assurer l'information correcte de l'opinion publique ». La même formule se retrouve à l'article 31 § 4 de la Constitution roumaine. L'article 40 de la Constitution irlandaise énonce pour sa part que « l'éducation de l'opinion publique étant d'une extrême importance pour le bien commun, l'État, tout en préservant leur légitime liberté d'expression – y compris celle de critiquer la politique du gouvernement – doit veiller à ce que les institutions exprimant l'opinion publique (la radio, la presse, le cinéma, etc.) ne soient pas utilisées pour nuire à l'ordre public, à la moralité ou à l'autorité de l'État ».

seule fois dans sa décision n°84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, ENTREPRISES DE PRESSE, énonçant que « *la mise en œuvre de l'objectif de transparence* […] *met les lecteurs à même d'exercer leurs choix de façon vraiment libre et* l'opinion *à même de porter un jugement éclairé sur les moyens d'informations qui lui sont offerts par la presse écrite* »[5]. Dès lors, certains auteurs n'hésitent pas à affirmer que « *l'opinion publique n'est pas saisie par le droit.* […] *Elle reste, encore, un phénomène relativement « sauvage », marginal dans son statut juridique ou scientifique, mais beaucoup plus réel, bien que difficilement évaluable, en tant qu'espace politique de représentation* »[6]. Pourtant, un détour vers les jurisprudences des Cours constitutionnelles étrangères nous donne une idée plus précise de l'importance de cette notion dans la construction juridique d'un ordre constitutionnel. Ainsi, à titre d'exemple, peut-on mentionner cette solution de la Cour suprême américaine qui considère qu'« *une opinion publique informée est la plus efficace de toutes les contraintes pour un mauvais gouvernement* »[7], tandis que le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe énonce dans une formule opportune que « *la démocratie, si elle ne doit pas demeurer un principe de dévolution de pouvoir purement formel, est subordonné à l'existence de certaines prémisses, telles qu'une libre discussion permanente entre les forces, intérêts et idées qui s'opposent dans le corps social, dans laquelle se précisent et se transforment ainsi les objectifs politiques et à partir de laquelle une opinion publique préfigure la volonté politique* »[8]. L'existence d'une opinion publique apparaît dans cette hypothèse comme une garantie indispensable, voire comme l'un des fondements de l'ordre politico-juridique.

Les réflexions sur la démocratie d'opinion contribuent néanmoins à faire de l'opinion publique un véritable impensé doctrinal. En effet, s'appuyant sur le sens commun que peut recouvrir cette notion, la doctrine en véhicule le plus souvent une image très péjorative, voire simplifiée. Ainsi, à suivre Hugues MOUTOUH, « *il faut ici immédiatement dénoncer un mythe qui a la vie dure : celui de l'existence d'une démocratie d'opinion, c'est-à-dire d'un régime entièrement soumis à la dictature des sondages, d'un régime dans lequel toutes les actions et toutes les décisions seraient prises en fonction du climat de l'opinion et dans l'unique but de lui plaire. Si cette démocratie d'opinion-là n'existe pas, c'est que l'État n'est la plupart du temps pas autant soumis qu'on peut le croire aux soubresauts de l'opinion publique. Son action est en règle générale d'abord pensée en soi, en fonction d'obligations, d'objectifs et*

---

[5] Cons. 16. Nous soulignons.

[6] Slobodan MILACIC, *La démocratie représentative devant un défi historique? Propos introductif*, IN BEN ACHOUR Rafaâ, GICQUEL Jean et MILACIC Slobodan (Dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique?*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 28-29.

[7] GROSJEAN V. AMERICAN PRESS CO., 297 US 233, 250 (1936).

[8] BVerfG, 12 octobre 1993, E 173, 82.

d'un calendrier qui lui sont propres. Cela ne signifie pas que l'opinion publique ne compte pas pour les gouvernants. C'est plutôt qu'elle n'est qu'un instrument de bord parmi beaucoup d'autres dans le pilotage gouvernemental et jamais ou presque le levier de son action »[9]. Dominique ROUSSEAU propose pour sa part « *d'opposer à cette démocratie d'opinion une démocratie des citoyens. La démocratie d'opinion, c'est une démocratie réactive, immédiate, instantanée, une démocratie de zapping et d'émotion. La démocratie des citoyens suppose au contraire la discussion, la délibération, l'échange d'arguments, le débat, l'information.* […] *Si la démocratie représentative peut conduire à une société bloquée par le décalage entre représentants et représentés, la démocratie d'opinion conduit, elle, à une forme de populisme dangereux pour la démocratie* »[10]. Il est donc incontestable que l'expression cristallise un certain nombre de préjugés négatifs et témoigne d'une méfiance doctrinale. On retrouve finalement dans ces définitions la vieille opposition chère aux philosophes grecs entre la *doxa* qui est « *l'opinion renvoyée au cela va de soi, au pré-réflexif, à l'ignorance enfantine de ceux pour qui le réel n'est rien d'autre que le sensible* », et le *logos*, qui repose pour sa part sur l'usage discursif de la raison et de la représentation objective, « *ces produits de l'éducation, d'un long apprentissage* »[11]. Ce distinguo entre opinion publique éclairée et opinion populaire sera notamment popularisée par les physiocrates, puis par les libéraux[12], et perdure aujourd'hui dans le discours politico-juridique. Sans doute, le flou et l'obscurité qui entourent la définition de l'opinion publique contribuent-ils à cette vision quelque peu figée d'un phénomène pourtant beaucoup plus complexe[13].

En effet, c'est parce que la démocratie d'opinion ne se résume pas à ses formes médiatico-sondagières qu'une appréhension juridique de la notion d'opinion publique semble possible. Mais saisir l'opinion publique par le prisme du droit suppose de s'appuyer sur les travaux déjà menés en sciences sociales qui nous permettent de mieux cerner la plurivocité de l'expression (**SECTION1**). Il nous sera alors aisé de témoigner de ce que l'indétermination structurelle de cette

---

[9] Hugues MOUTOUH, *La communication médiatique déterminant de l'action publique*, POUVOIRS, n°113, 2006, p. 26.

[10] Dominique ROUSSEAU, *Le quinquennat a accentué la présidentialisation*, L'Humanité, 20 septembre 2006.

[11] Paul BEAUD, *De quelques avatars historiques de la notion d'opinion publique*, RÉSEAUX, n°43, 1990, p. 11.

[12] DAUNOU affirme par exemple que « *l'opinion publique est aisée à distinguer de ces opinions populaires qui dominent au sein des ténèbres, ou bien au sein des troubles civils.* […] [Les opinions populaires] *sont les meilleures garanties du pouvoir arbitraire et du pouvoir usurpé, comme les Lumières sont celles du pouvoir légitime* », *Essai sur les garanties individuelles*, Paris, Foulon, 1819, p. 83.

[13] En ce sens, cf. la mise au point d'Hatem M'RAD, *La démocratie d'opinion. Le dépassement de la démocratie représentative ?*, IN BEN ACHOUR Rafaâ, GICQUEL Jean et MILACIC Slobodan (Dir.), La démocratie représentative devant un défi historique ?, op. cit., p.p. 103-128.

notion irradie la manière dont les constitutionnalistes l'ont jusqu'ici appréhendée (**Section 2**). Méthodologiquement c'est donc à partir d'une approche interdisciplinaire qu'il nous sera possible de restituer la dimension juridique de l'opinion publique (**Section 3**).

Section 1. L'opinion publique : un état des recherches socio-historiques

Inconsciemment ou pas, la communauté des juristes semble aujourd'hui accepter un double sens commun, empruntant la formule du célèbre syllogisme : la proposition majeure postule tout d'abord que « *le sondage est ce qui atteste de l'opinion publique, tous deux sont devenus cognitivement équivalents parce que pratiquement inséparables dans la production par la société du savoir sur la société* »[14] ; la mineure repose ensuite sur la fameuse formule de Pierre Bourdieu qui affirmait en 1973 que l'opinion publique sondagière n'existe pas, contestant à la fois l'illusion instrumentale que le sondage prétend saisir et l'instance de légitimation qu'elle constitue dans l'action politique[15]. La conclusion logique est que l'opinion publique n'existe pas. Si depuis quelques années se développent de nouvelles approches de l'opinion publique qui tentent de dépasser cette approche instrumentale, notamment en insistant sur le fait que l'opinion publique ne peut plus être pensée comme une simple juxtaposition d'opinions individuelles, préformées et figées, mais qu'elle est tout au contraire la résultante d'un processus de discussion et de délibération entre des citoyens informés[16], il n'en demeure pas moins que l'injonction bourdieusienne

[14] Recension de Lucien Jaume sur le livre de Loïc Blondiaux, *La fabrique de l'opinion. Une histoire sociale des sondages*, Paris, Seuil, 1998, rfsp, n°3-1999, p. 474.

[15] On sait en effet que, selon le sociologue français, les sondages appréhendent l'opinion publique à partir de trois postulats contestables : 1/ tout le monde a une opinion sur telle ou telle question ; 2/ toutes les opinions se valent ; 3/ en posant la même question à tout le monde, on postule qu'il existe un consensus sur la façon de poser les problèmes. Dès lors Bourdieu en conclut-il que « *l'opinion publique qui est manifestée dans les premières pages de journaux sous la forme de pourcentages, cette opinion publique est un artefact pur et simple dont la fonction est de dissimuler que l'état de l'opinion à un moment donné du temps est un système de forces, de tensions et qu'il n'est rien de plus inadéquat pour représenter l'état de l'opinion qu'un pourcentage* », Pierre Bourdieu, *L'opinion publique n'existe pas*, Les Temps modernes, n°318, 1973, pp. 1295-1309 repris in *Questions de sociologie*, Paris, Éd. de Minuit, 1984, pp. 222-235. Cette position est notamment partagée en France par Patrick Champagne, *Faire l'opinion, le nouveau jeu politique*, Paris, Éd. de Minuit, 1990 et du même auteur, *De l'irréel des sondages*, médiaspouvoirs, n°38, 1995, pp. 63-70.

[16] Cf. Paul Sniderman, *Les nouvelles perspectives de la recherche sur l'opinion publique*, politix, 1998, pp. 123-175 ; Dominique Reynié, *La théorie de l'opinion publique à la recherche d'un nouveau souffle*, hermès, n°31, 2001, pp.

constitue aujourd'hui une référence incontournable pour toute recherche sur cette notion. En effet, ainsi que l'a magistralement résumé Loïc BLONDIAUX, cette analyse souligne avec force la double croyance sur laquelle reposent les sondages : croyance en la démocratie et croyance en la science. Le miracle des sondages a, en effet, été de transformer une notion ambiguë « *un sujet politique sans chair ni contours* »[17], en un « construit mesurable » qui suggère que, par la magie de l'agrégation statistique, la masse informée des désirs et des passions du public se transforme en chiffres et en données propres au raisonnement arithmétique et à l'analyse politique. Néanmoins, la critique des sondages œuvre avec la même efficacité au mal qu'elle dénonce et impose une conception instrumentale de l'opinion qui rend vaine toute recherche de clarification conceptuelle. Or, selon l'auteur, le sondage ne mesure nullement l'opinion publique[18]. Mais, par delà la critique sociologique des sondages, la thèse de Loïc BLONDIAUX tend également à rappeler que l'opinion publique existe depuis longtemps dans le discours démocratique et qu'elle ne se confond pas, d'un point de vue théorique, avec l'étude des sondages d'opinion. C'est pourquoi le politologue français invite à dépasser le cadre restreint de l'approche sociologisante et empirique afin de renouer avec les « classiques » et de permettre une nouvelle conceptualisation de la notion[19].

La vitalité des recherches historiques sur le sujet a, dans un premier temps, constitué un nouvel élément de transformation de ce champ de recherche. Les travaux de Jürgen HABERMAS sur l'espace public ont ainsi permis de démontrer que la notion voit le jour dans le contexte d'une profonde transformation socio-politique – la naissance de l'État moderne et l'émergence d'une nouvelle classe bourgeoise – et d'un développement technologique concomitant – celui de la presse écrite de masse. En d'autres termes, l'espace public capable de donner lieu à une opinion

---

21-27.

[17] *La fabrique de l'opinion (…)*, op. cit., p. 144.

[18] « *Les sept propositions qui suivent le montrent nous semble-t-il, assez clairement : 1/ le sondage ne recense que des opinions privées, lesquelles sans lui avaient peu de chances d'être examinées sur la place publique ; 2/ le sondage recueille une opinion provoquée, réactive et non spontanée ; 3/ le sondage réunit des opinions atomisées, individuelles et non organisées ; 4/ le sondage ne reconnaît que des opinions verbalisées et ne prend pas en compte les expressions symboliques ou violentes de l'opinion ; 5/ le sondage ne différencie pas les opinions selon leur degré d'intensité ou d'engagement et admet que toutes les opinions sont de force égale ; 6/ le sondage ne différencie pas les opinions selon leur degré d'information ou de compétence et postule que chacun possède une opinion sur tous les sujets ; 7/ le sondage n'attend pas forcément qu'une discussion ou une délibération ait lieu au sein du public pour sonder l'opinion* », Loïc BLONDIAUX, *Ce que font les sondages à l'opinion publique*, POLITIX, Vol. 39, 1997, pp. 128-129.

[19] Loïc BLONDIAUX, *Les théories contemporaines de l'opinion publique : un retour aux « classiques » ?*, HERMÈS, n°31, 2001, pp. 11-20.

publique « authentique » n'émerge que dans des circonstances précises qui s'opposent trait pour trait à ce que présuppose la technique des sondages, à savoir la possibilité d'une circulation des idées à l'échelle de la société, rendue possible par le développement de certaines techniques et de certaines pratiques comme la lecture et la conversation. Ainsi, si certains travaux ont souligné l'existence d'une opinion publique antérieurement au XVIIIème siècle[20], les historiens s'accordent d'une manière générale à considérer que « *l'opinion publique naît comme entité conceptuelle et réalité sociologique avec les crises des années 1750* »[21] en France[22]. En effet, les travaux historiographiques identifient le développement d'une sphère culturelle où l'on échange des idées, concomitamment à la naissance d'une sphère marchande réglée par l'échange de biens. Á côté du marché se forme donc un « public » qui lit, assiste aux spectacles et discute des nouvelles dans les clubs et cafés et ce grâce au développement de l'imprimé et plus particulièrement de la

---

[20] Si l'expression « opinion publique » ne figure effectivement pas dans l'Encyclopédie de DIDEROT et d'ALEMBERT, on peut en effet trouver une trace du concept dès la Renaissance, par exemple dans les écrits de MACHIAVEL. Cf. l'étude très détaillée de Sandro LANDI, *Naissance de l'opinion publique dans l'Italie moderne*, PUR, Coll. Histoire, 2006. Javier Fernandez SÉBASTIAN rappelle pour sa part que « *vers 1680, William Temple suggérait que tous les gouvernements s'alimentent réellement de l'opinion plus que de la force, comme l'affirmera David Hume un demi-siècle plus tard* », *Le concept d'opinion publique, un enjeu politique euro-américain (1750-1850)*, IN SÉBASTIAN Javier Fernandez et CHAUSSIN Joëlle (Dir.), *L'avènement de l'opinion publique. Europe Amérique XVIIIème-XIXème siècles*, Paris, L'Harmattan, Coll. Recherches et documents – Espagne, Paris, 2004, p. 18.

[21] Roger CHARTIER, *Opinion publique*, IN BÉLY Lucien (Dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2003, p. 930. Une telle affirmation s'appuie généralement sur les propos de Jean-Jacques ROUSSEAU qui pouvait écrire que « *parmi les singularités qui distinguent le siècle où nous vivons de tous les autres est l'esprit méthodique et conséquent qui dirige depuis vingt ans les opinions publiques. Jusqu'ici ces opinions erraient sans suite et sans règle au gré des passions des hommes et ces passions s'entrechoquant sans cesse faisaient flotter le public de l'une à l'autre sans aucune direction constante* », *Rousseau juge de Jean-Jacques, troisième dialogue*, 1776, cité par Mona OZOUF, *Le concept d'opinion publique au XVIIIème siècle*, IN *L'homme régénéré. Essai sur la Révolution française*, Paris, Gallimard, Coll. Bibliothèque des Histoires, 1989, p. 28. Selon Mona OZOUF, pour le penseur genevois, « *l'opinion publique naît très exactement entre la paix de 1748 et la guerre de Sept Ans* », p. 29. De manière plus imprécise, l'entrée « Opinion publique » dans le Dictionnaire général de la politique affirme que « *l'opinion publique est un pouvoir de date récente, et qui s'est constitué en même temps que la liberté. Au temps où la société se divisait en castes, dominée par le privilège, il ne pouvait pas exister d'opinion publique* », Charles DOLFUS, *Opinion publique*, IN BLOCK Maurice (Dir.), *Dictionnaire général de la politique*, 2 Vol., Paris, Lorenz, 1873, p. 423, cité par Michel PORRET, *Censure et opinion publique dans la République de Genève au siècle des Lumières*, Giornale di storia costituzionale, n°6, 2003, p. 163.

[22] Ainsi, en observateur attentif de la Révolution française, Georg FORSTER (1754-1794) constate que « *nous avons déjà 7000 écrivains et en dépit de ceux-ci, de même qu'il n'existe pas d'esprit commun allemand, il n'existe pas non plus d'opinion publique allemande* », *Über die öffentliche Meinung*, IN *Georg Forsters Werke. Akademie-Asgabe*, Berlin, Akademie-Verlag, VIII, p. 325, cité par Hans Erich BÖDECKER, « *L'instrument de la Révolution et en même temps son âme » : l'opinion publique chez Georg Forster*, Revue européenne d'Histoire, Vol. 13, n°3-2006, p. 379.

presse périodique[23]. En d'autres termes, l'espace public dans lequel se constitue une opinion publique, loin de se ramener par définition à un agrégat de préférences irrationnelles, peut être appréhendé comme le lieu possible d'émergence d'une « intelligence du social », dans le double sens de l'expression. En effet, dans cette perspective, l'opinion publique correspond à un savoir et à des aspirations qui ont été élaborées dans le milieu rationnel de la discussion collective et dont l'influence quant à la chute de l'Ancien Régime est considérée comme primordiale[24], mais elle résulte aussi d'un processus émancipateur d'auto-éducation d'une société civile devenue consciente d'elle-même[25].

Dans sa discussion critique de l'histoire du syntagme « opinion publique », HABERMAS distingue alors deux approches : l'une normative, antérieure à 1875, et l'autre psychosociologique qui succède à la première. L'approche normative s'appuie sur deux types de démarche. La première correspond à une conception élitiste qui considère que l'opinion publique doit être éclairée et qui, à choisir entre la rationalité et l'universalité, préfère la première à la seconde. L'émergence du public coïncide donc avec l'émergence d'une nouvelle classe sociale, les nouveaux bourgeois, propriétaires et lecteurs, seuls en mesure d'avoir des jugements autonomes et informés sur les affaires publiques[26]. Il n'est donc pas surprenant de voir les penseurs libéraux s'emparer de la

---

[23] HABERMAS identifie ainsi le public avec « *les lecteurs, les spectateurs, les auditeurs en tant qu'ils sont les destinataires, les consommateurs et les critiques de l'art et de la littérature* », *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, Coll. Critique de la politique, 2003 (1ère Éd. 1962), p. 42. En d'autres termes, pour le philosophe allemand, chaque lecteur a nécessairement une opinion, et une opinion qui est potentiellement critique.

[24] Cf. par exemple ce discours de GAMON à la Convention nationale le 23 Thermidor de l'An III, *Sur les moyens de rallier l'opinion publique aux vrais principes de la révolution, et de rétablir la concorde entre tous les français*, où le révolutionnaire s'exclame : « *de quel bonheur sans mélange ma patrie aurait joui, si toujours l'opinion publique, dirigée par les principes que vous professez, avait fait arriver la révolution à son terme, sans passer par une série effrayante de crimes, de désastres et de calamités* », p. 2. L'auteur fait bien évidemment référence ici à l'épisode de la Terreur. En ligne sur Gallica, http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k110601n

[25] Pour des développements sur ce point, cf. Benoît FRYDMAN, *Habermas et la société civile contemporaine*, IN FRYDMAN Benoît (Dir.), *La société civile et ses droits*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Penser le droit, 2004, pp. 123-144.

[26] « *Parallèlement à la naissance d'un État moderne, une nouvelle classe sociale est apparue : la « bourgeoisie », et qui vient occuper au sein du « public » une place centrale. Son noyau est constitué par les fonctionnaires de l'administration royale, avant tout par des juristes (sur le continent européen en tous cas, où la technique du droit romain traditionnel est utilisée comme l'instrument d'une rationalisation des échanges au sein de la société). Viennent s'y ajouter des médecins, des prêtres, des officiers et des professeurs, les « gens instruits » enfin, dont l'éventail va des maîtres d'école et des copistes au « peuple » lui-même. Ce groupe social des nouveaux bourgeois est la base véritable du public qui, dès le début, est un public de lecteurs* », *L'espace public*, op. cit., pp. 33-34. Ce point de vue est partagé par William HENNIS qui le rattache plus généralement à une théorie de l'État : « *l'ancienne théorie de l'État prenait au sérieux l'idée que l'opinion publique constitue, dans les régimes*

notion d'opinion publique, seule à même de leur permettre la théorisation d'un gouvernement éclairé par l'opinion des élites[27]. Celle-ci s'avère comme la condition d'existence d'un ordre constitutionnel car « *quand elle* [l'opinion publique] *ne se renouvelle pas, les États dépérissent et tombent en dissolution* »[28]. Toutefois, c'est à la condition que se généralise le principe de publicité que prospère l'opinion publique : en effet, en soumettant au jugement public les actes des gouvernants, elle rend possible une discussion critique collective, dans laquelle chacun peut formuler ses vues sur la politique. Elle permet en outre la confrontation des points de vue par la soumission de sa propre opinion à l'épreuve du jugement d'autrui, nous permettant de savoir si elle est purement subjective - auquel cas elle ne produit pas sur l'esprit d'autrui le même effet que le nôtre - ou si elle est objective et universellement valable pour tout esprit rationnel[29]. Ainsi

---

représentatifs, la source de l'autorité, qu'elle doit donc exprimer l'intérêt général de la collectivité ; cette « ancienne » conception en déduisait que l'opinion publique ne pouvait être que l'opinion des citoyens les mieux informés, les plus intelligents et les plus moraux », *Meinungsforschung und repräsentative Demokratie*, Recht und Staat, JCB Mohr, Tübingen, 1957, p. 25, cité par Bernard MANIN, *Le concept d'opinion publique*, IN MANIN Bernard, PASQUINO Pasquale et REYNIÉ Dominique (Dir.), *Opinion publique et démocratie*, Paris, Éd. CNRS, 1987, p. 297.

[27] Cette dimension instrumentale de la notion est parfaitement mise en évidence par Nicolas VEYSMAN. Dans un ouvrage récent (*Mise en scène de l'opinion publique dans la littérature des Lumières*, Paris, Honoré Champion, 2004), l'auteur souligne que l'opinion publique a avant tout une réalité discursive et rhétorique. Elle naît véritablement de son alliance avec la philosophie, notamment dans son rapport à la vérité. Á partir des travaux de Michel FOUCAULT, l'auteur démontre ainsi que le mot a pris la place de la chose, écartant une réalité qui ne correspondait pas à l'idéal des Lumières. Á l'appui de sa démonstration, il cite notamment cette formule d'Edme Marie CARO : « *ils* [les philosophes] *se sont emparés, à un certain jour, de cette force, mais ils ne l'ont pas créée ; c'est une arme qu'ils ont prise à leur service, mais le métal avait été forgé par un certain esprit public qui existait avant eux* […]. *On le voit se former, grandir, de jour en jour, bien avant 1848, éclater vers 1751 et 1752, par des traits irrécusables, à une époque où la philosophie ne remplissait encore qu'un rôle modeste et secondaire.* [Ainsi] *l'esprit philosophique au dix-huitième siècle a eu comme instrument de domination l'Opinion. Par elle il agit, il se propage, il conquiert successivement les intelligences, il triomphe des dernières résistances, il règne* », *La fin du dix-huitième siècle*, Paris, Hachette, 1880, T. I, pp. 3-4, cité par Nicolas VEYSMAN, *La mise en scène de l'opinion publique dans la littérature des Lumières*, Dix-huitième siècle, n°37, 2005, p. 446.

[28] Benjamin CONSTANT, *Principes de politique. Édition critique sur le manuscrit de 1806, T. II*, Genève, Droz, 1980, p. 39. Benjamin CONSTANT est sans doute l'un des auteurs libéraux à avoir le plus explicitement mis en évidence le rôle joué par l'opinion publique dans la sauvegarde de l'ordre constitutionnel. Cf. Biancamaria FONTANA, *Publicity and the "Res publica": the concept of public opinion in Benjamin Constant's writings*, Annales Benjamin Constant, n°12, 1991, pp. 53-63.

[29] « *La liberté subjective et formelle, à savoir que les être singuliers comme tels ont et expriment au sujet des affaires générales le jugement, l'opinion et le conseil qui leur est propre, a sa manifestation phénoménale dans l'élément commun qui s'appelle opinion publique* », Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Philosophie du droit*, § 316, Paris, Flammarion, Coll. GF, 1999, p. 369. Pour une analyse, cf. Agemir BAVARESCO, *La théorie hégélienne de l'opinion publique*, Paris, L'Harmattan, Coll. ouverture philosophique, 1998 ; et, du même auteur, *La phénoménologie de l'opinion publique. La théorie hégélienne*, Paris, L'Harmattan, Coll. ouverture philosophique, 2001.

que le souligne Pierre BOURETZ[30], la pensée libérale oscille donc entre une théorie de la connaissance, qui repose sur une anthropologie pessimiste de la nature humaine[31], et une théorie de la vérité qui veut que l'opinion publique ne naisse que de la libre confrontation publique de points de vue divergents[32]. Ceci explique pourquoi l'opinion publique se voit rapidement parée des qualités d'infaillibilité, d'extériorité et d'unité : infaillibilité puisqu'on « *ne s'élève jamais impunément contre le cri public, car « s'il est un moment où les juges prononcent sur chaque citoyen, dans tous les temps la masse des citoyens se prononce sur chaque juge* ». […] *C'est la force universelle de ce qu'en termes condillaciens on appelle la « loi d'opinion »* […]. *Extériorité d'autre part : première figure de l'historicisme, l'opinion publique contraint l'opinion individuelle à la reconnaître comme une force extérieure qui la surplombe.* […] *C'est ici que se révèle le mieux la fonction substitutive de l'opinion publique. Elle a théoriquement remplacé les puissances du ciel et de la terre en rendant aux hommes la propriété de leurs décisions. Mais elle n'a pas fait disparaître l'appel à une autorité transcendante, dont elle a emprunté les traits unitifs et coercitifs* »[33]. Le public apparaît donc comme une communauté de personnes privées qui font « *un usage public de leur raison* » selon la célèbre formulation kantienne[34].

---

[30] *L'opinion publique et les voyages de la pensée libérale au XIXème siècle, de John Stuart Mill à Tocqueville et retour*, IN MANIN Bernard, PASQUINO Pasquale et REYNIÉ Dominique (Dir.), *Opinion publique et démocratie*, op. cit., p. 64.

[31] « *C'est l'enseignement de la tradition universelle, fondée sur l'expérience universelle, que les hommes sont corrompus par le pouvoir* », John Stuart MILL, *Le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin, Coll. Bibliothèque des sciences morales et politiques, 3ème Éd., 1877, p. 163, en ligne sur Gallica, http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1113311.pagination Pour une présentation, cf. Denis BARANGER, *Mill*, IN RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2003, pp. 454-459.

[32] Cette vision, largement partagée par les Révolutionnaires français, fera l'objet d'une sérieuse critique de la part de Karl POPPER. Le philosophe autrichien y voit là l'expression du « mythe de l'opinion publique », « *la fiction traditionnelle de la vox populi, vox dei, qui crédite l'expression du sentiment populaire d'une sorte d'autorité dernière assortie d'une sagesse sans bornes. La croyance en cette figure, au demeurant mythique, d'un « homme de la rue », dont le vote et la voix expriment l'ultime degré de justesse que puisse atteindre le sens commun, en offre un équivalent moderne.* […] *L'une des formes empruntées par ce mythe* […] *n'est autre que la doctrine du caractère manifeste de la vérité : même si l'erreur existe et s'il convient d'en rendre compte (elle est imputable à l'absence de volonté bonne, au parti-pris ou au préjugé), la vérité, pour peu qu'on n'en entrave pas la manifestation, parvient toujours à se faire connaître.* […] *Et je propose d'appeler cette conception « théorie de l'optimisme rationaliste ». C'est en effet celle qu'ont prônée les Lumières, leurs précurseurs intellectuels ainsi qu'une grande partie de leurs émules politiques. Il s'agit là encore, comme pour la vox populi, d'un mythe de l'unanimité* », *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*, Chap. XVII, Paris, Payot, 1985, pp. 506-508.

[33] Mona OZOUF, *Le concept d'opinion publique au XVIIIème siècle*, op. cit., p. 39. La citation entre guillemets est de Pierre Augustin CARON DE BEAUMARCHAIS, *Addition au supplément du Mémoire à consulter servant de réponse à Madame Goezman*, IN *Œuvres complètes*, Paris, 1876, p. 261.

La construction de l'espace public s'apparente alors au règne de la critique dont parle Reinhardt KOSELLECK : en effet, « *sans perdre son caractère privé,* [le for intérieur] *devient le forum de la société qui pénètre l'État entier. Finalement, la société frappera aux portes des détenteurs du pouvoir politique pour exiger là aussi un droit de regard.* […] *L'espace privé se dilate par lui-même jusqu'à l'espace public et c'est seulement dans cet espace public que les opinions privées s'érigent en loi* »[35]. Lieu de liberté et de critique, l'espace public permet de transférer le siège de l'autorité du seul vouloir du Roi au jugement d'une instance collective abstraite, anonyme, qui ne s'incarne dans aucune institution et qui est pensée comme un tribunal suprême et idéal. Ce que mettent en évidence, notamment, les travaux de Keith Michael BAKER[36], c'est que, invoquée principalement par MALESHERBES et NECKER[37] à la recherche d'un point d'appui pour réformer le royaume, l'opinion publique devient à cette époque ce recours que la monarchie elle-même est obligée d'instaurer dans la croyance (et l'illusion) qu'il s'agit là d'un consensus rationnel, parfaitement unifié et paisible[38]. Mais en substituant aux diverses initiatives de parole une entité neuve, « *une cour d'appel abstraite* », la monarchie préparait sa perte car elle entérinait un espace légitime, une autorité même, séparés de la volonté royale. Le Tribunal de l'opinion publique s'érige ici en tribunal de la vérité, ainsi qu'en attestent les qualificatifs et métaphores (mer, torrent, tempête etc) souvent attribués à l'opinion. Comme l'écrit le publiciste allemand Rudolf SMEND, émerge en effet à la Révolution française un ordre nouveau qui « *visait en même temps, à travers l'évidence lumineuse de son contenu, l'approbation du public et de l'opinion publique : sa rectitude, sa justice et sa nécessité étaient mises en plein jour, étaient manifestes et rendues publiques, mais elles se révélaient également dans*

---

[34] *Qu'est-ce que les Lumières ?*, 1784, en ligne http://www.cvm.qc.ca/encephi/contenu/textes/KantLumieres.htm

[35] *Le règne de la critique*, Paris, Éd. de Minuit, Coll. Arguments, 1979 (1ère Éd. 1959), pp. 43 et 46.

[36] *Politique et opinion publique sous l'Ancien Régime*, Annales ESC, n°1-1987, pp. 41-71, repris IN *Au tribunal de l'opinion. Essais sur l'imaginaire politique au XVIIIème siècle*, Paris, Payot, 1993.

[37] NECKER, suite à sa décision de publier en 1781 un *Compte rendu sur l'état général des finances de la France*, est considéré, à juste titre, comme le premier auteur à véritablement théoriser l'opinion publique, tout en apportant un éclairage concret de par son expérience ministérielle. Pour une présentation, on peut se référer utilement à Jean-Denis BREDIN, *Necker et l'opinion publique*, IN JAUME Lucien (Dir.), *Coppet, creuset de l'esprit libéral. Les idées politiques et constitutionnelles du groupe de Mme de Staël*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 2000, pp. 25-40 ; Lucien JAUME, *L'opinion publique selon Necker : entre concept et idée-force*, IN SÉBASTIAN Javier Fernandez et CHAUSSIN Joëlle (Dir.), *L'avènement de l'opinion publique (…)*, op. cit., pp. 33-50 ; Léonard BURNAND, *Necker et l'opinion publique*, Paris, Éd. Honoré Champion, 2004.

[38] Ce que confirme Mona OZOUF : « *il serait inexact de croire que les pratiques de l'opinion publique ne se déploient que dans un contexte de critique de l'absolutisme. La monarchie elle-même s'est préoccupée de cette réalité, jusqu'à inventer d'ingénieux moyens de l'apprécier* », *Le concept d'opinion publique au XVIIIème siècle*, op. cit., p. 31.

l'épreuve qui consistait à exercer les nouveaux pouvoirs publics constitutionnels »[39]. Ces propos témoignent du lien puissant qui unit l'opinion publique au constitutionnalisme libéral car, ainsi que le précise Stephen HOLMES, « *le libéralisme avait un autre but* [que celui de favoriser l'autonomie individuelle], *tout aussi important : organiser l'opinion, grâce au débat public et aux élections populaires, de façon à en faire une force politique souveraine* »[40]. Ainsi, en plaçant la liberté de l'homme au centre de l'organisation sociale, la pensée libérale impose en effet à l'État un certain nombre de freins à son expansion indéfinie : en d'autres termes, la démocratie libérale est une « *doctrine de limitation du pouvoir qui, tout en admettant la nécessité d'une organisation gouvernementale, considère néanmoins que la préservation de la liberté suppose avant tout que l'État soit cantonné dans une sphère déterminée* »[41]. L'opinion publique apparaît alors comme cette extériorité critique du pouvoir qui préserve les citoyens des abus des gouvernants, notamment au moyen de la publicité de leurs actes.

Toujours au sein de cette approche normative se profile ensuite une deuxième démarche qu'HABERMAS qualifie d'institutionnaliste. Cette analyse est profondément ambivalente en ce qu'elle associe un certain nombre d'arguments pourtant contradictoires. D'un certain point de vue, elle ne rompt pas avec le mythe de l'unanimité en ce qu'elle fait du Parlement le lieu où se forme et où s'exprime l'opinion publique. Ainsi, « *par le biais de la discussion parlementaire, l'opinion publique informe le gouvernement de ses revendications et le gouvernement lui expose à son tour la politique qu'il va suivre* »[42]. Mais, d'autre part, elle corrobore la vision libérale en ce qu'elle fait du vote le meilleur moyen d'expression de l'opinion publique. Comme le souligne Bernard MANIN, « *la décision doit être ici entendue en son sens étymologique, comme ce qui fait le départ, ce qui tranche entre deux ou plusieurs termes, qu'il s'agisse de mesures politiques ou d'individus* »[43]. Dès lors, l'opinion publique est représentée par la doctrine majoritaire au Parlement[44], les partis politiques

---

[39] *Á propos du problème du public et de l'espace public (Öffentlichkeit) (1955)*, DROITS, n°22, 1995, p. 171.

[40] Stephen HOLMES, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne*, PUF, Coll. Léviathan, p. 182.

[41] Philippe RAYNAUD, *Libéralisme*, IN RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 344.

[42] Ernst FRAENKEL, *Parlament und öffentliche Meinung*, IN *Festgabe für Herzfeld*, Berlin, 1957, p. 12, cité par Jürgen HABERMAS, *L'espace public*, op. cit., p. 249. HABERMAS voit dans cette citation l'affirmation selon laquelle l'opinion publique correspondrait à l'opinion majoritaire. Selon nous, elle procède plutôt d'une assimilation de l'opinion publique à la volonté générale qui lui emprunte alors ses caractéristiques essentielles d'indivisibilité et d'infaillibilité.

[43] *Le concept d'opinion publique*, op. cit., p. 310.

[44] Á la question de savoir si les Parlements sont « *le vrai milieu où prend racine l'opinion publique ou seulement celui que désigne une adroite mais arbitraire propagande* » Mona OZOUF souligne justement qu'elle divise

jouant ici un rôle primordial pour faire accéder au statut d'opinion publique des opinions qui sont, au départ, des opinions purement privées. L'opinion publique s'apparente alors à l'opinion législative, fruit d'une délibération d'opinions concurrentes au sein du Parlement.

Reste que, selon Jürgen HABERMAS, cette vision idéalisée de la démocratie d'opinion s'étiole, et ce depuis que la démarche psychosociologique tend à devenir le paradigme dominant et qu'elle permet d'interpréter l'opinion publique comme une « *« opinion de masse », si bien qu'elle est extraite du contexte des fonctions qu'elle assumait en liaison avec des institutions politiques, et qu'elle est immédiatement dépouillée de son caractère authentiquement « public » ; elle n'est plus considérée que comme le produit d'un processus de communication qui se déroule au sein des masses et ne respecte pas plus les principes de la discussion publique qu'il ne se réfère à la domination politique* »[45]. En effet, à la fin du XIXème siècle, les sciences sociales, notamment au travers des travaux de Gabriel TARDE, s'emparent de la notion et conceptualisent le public comme une entité sociale[46]. Le public devient alors masse, foule, puis pluralité de groupes de toutes sortes. L'objet public s'évanouit en une multitude de groupes dont on tente vainement d'évaluer quantitativement les opinions et les attitudes sur les sujets les plus variés. En d'autres termes, « *le syntagme « opinion publique » revêt un sens différent selon qu'on la revendique en tant qu'instance critique face à la « publicité » imposée, corrélative de l'exercice du pouvoir politique et social, ou selon qu'on s'en sert pour désigner l'instance « réceptrice » de la « publicité » de démonstration et de manipulation, vantant des biens de consommation, des programmes politiques, des institutions ou des personnalités* »[47]. D'un point de vue historique, l'approche habermassienne est sans contestation et a connu elle-même un succès certain auprès des sociologues[48]. Néanmoins, la cohérence idéologique qu'il énonce apparaît

profondément les penseurs du XVIIIème siècle. Mais, « *le plus significatif est de constater à quel point la publicité des remontrances, qui est l'arme des Parlements, fait alors l'unanimité : contre elle, les tenants de la monarchie rêvent de disposer d'une arme équivalente : pas du tout le secret, pas du tout le silence* […] *mais une contre-publicité* », *Le concept d'opinion publique au XVIIIème siècle*, op. cit., p. 31.

[45] Jürgen HABERMAS, *L'espace public*, op. cit., p. 13.

[46] Pierre SORLIN, *Le mirage du public*, RHMC, n°39, 1992, pp. 103-126.

[47] Jürgen HABERMAS, *L'espace public*, op. cit., p. 246.

[48] « *Á la fin du XIXème siècle, avec la multiplication des mouvements de masse et des manifestations de rue (lié notamment à l'urbanisation et à l'industrialisation), et surtout avec la diffusion d'une presse populaire et nationale, va surgir une autre « opinion publique », concurrente de la précédente, qui va coexister avec elle jusqu'au milieu du XXème siècle avant de la supplanter. Cette nouvelle opinion est également qualifiée de « publique », mais dans un autre sens qui est comme appelé par la logique démocratique : c'est apparemment du moins, l'opinion du public lui-même. Cette opinion directe ou spontanée n'a pas les mêmes caractéristiques que celle des élites politiques qui est, en principe, le résultat d'un travail spécifique. Il s'agit moins de l'opinion raisonnée que l'on se fait, après réflexion, que de préjugés profondément enracinés, ou alors d'une opinion d'emprunt, peu contraignante, à peine intériorisée, rapidement abandonnée, proche de celle qui est émise dans le bavardage ordinaire. Cette forme d'« opinion*

parfois comme factice, son interprétation de TARDE, dont il fait le promoteur de ce courant de pensée, prêtant à discussion[49].

Tout d'abord, contrairement à ce qu'affirme le philosophe allemand, c'est en réalité à Gustave LE BON que l'on doit la première théorisation générale de la société moderne à partir de l'analyse psycho-sociologique des foules. Ces dernières sont, selon lui, tout à la fois le fondement et l'expression forte du système démocratique. Être collectif[50], la foule n'en est pas moins totalement irrationnelle dans la pensée lebonienne, et ce pour trois raisons principales : le sentiment de puissance invincible, la contagion mentale qui « *intervient également pour déterminer chez les foules la manifestation de caractères sociaux et en même temps leur orientation* », et enfin la suggestibilité qui « *détermine dans les individus en foule des caractères spéciaux parfois opposés à ceux de l'individu isolé* »[51]. Dès lors, renouant avec une conception ancienne de l'opinion publique[52], LE BON se livre à une critique en règle de l'opinion publique telle que la conçoit la pensée libérale, et *in fine* réfute l'hypothèse d'un État démocratique où l'opinion serait l'ultime source de légitimité des gouvernants. En effet, c'est parce que la multitude assemblée ne réfléchit pas plus qu'elle ne délibère qu'il ne peut exister une opinion publique éclairée[53]. Profondément pessimiste[54], la théorie lebonienne des foules connaît un succès public à peine contrebalancé par les approches

---

publique » qui passe par la presse et les mouvements publics de protestation ne sera reconnue que progressivement, tant la « foule » est longtemps restée synonyme, pour la majeure partie des élites politiques, d'irrationalité », Patrick CHAMPAGNE, *Faire l'opinion*, op. cit., p. 65.

[49] Cf. Nicolas MARIOT, *Les formes élémentaires de l'effervescence collective ou l'état d'esprit prêté aux foules,* RFSP, Vol. 51, n°5-2001, pp. 707-738.

[50] « *Dans certaines circonstances données* […], *une agglomération d'hommes possède des caractères nouveaux forts différents de ceux de chaque individu qui la compose. La personnalité consciente s'évanouit, les sentiments et les idées de toutes les unités sont orientés dans une même direction. Il se forme une âme collective, transitoire sans doute, mais présentant des caractère très nets. La collectivité devient alors ce que, faute d'une expression meilleure, j'appellerai une foule organisée, ou, si l'on préfère, une foule psychologique. Elle forme un seul être et se trouve soumise à la loi de l'unité mentale des foules* », *Psychologie des foules*, Paris, PUF, 1981, (1ère Éd. 1895), p. 9.

[51] Ibid., p. 13.

[52] Ainsi ROUSSEAU parle-t-il de l'opinion publique comme d'une « *multitude aveugle qui souvent ne sait ce qu'elle veut, parce qu'elle sait rarement ce qui lui est bon* », *Le Contrat social*, livre II, Chap. VI.

[53] « *Une chaîne de raisonnements rigoureux serait totalement incompréhensible aux foules et c'est pourquoi il est permis de dire qu'elles ne raisonnent pas ou raisonnent faux, et ne sont pas influençables par un raisonnement* », *Psychologie des foules*, op. cit., p. 34.

[54] « *Les foules sont un peu comme le sphinx de la fable antique : il faut savoir résoudre les problèmes que leur psychologie nous pose, ou se résigner à être dévoré par elles* », ibid., p. 90.

anthropologiques[55] ou, surtout, par les écrits de Gabriel TARDE[56]. Reprenant les travaux de Gustave LE BON tout en les critiquant, TARDE oppose en effet la foule au public : parce que le public n'est pas un simple récepteur passif dans l'activité de communication, il se distingue de la foule comprise par l'analyse lebonienne comme « *un faisceau de contagions psychiques essentiellement produites par des contacts physiques* »[57]. Tout au contraire, TARDE souligne que le public est « *une communauté purement spirituelle, une dissémination d'individus physiquement séparés dont la cohésion est toute mentale* »[58]. En outre, le magistrat français considère le public comme le rapport social promis à la généralisation, ce qu'il appelle « *l'ère du public* »[59]. En apparence, la rupture qu'introduit la psychosociologie par rapport à la conception de l'opinion publique développée par les Lumières semble certaine ; c'est pourquoi Dominique REYNIÉ peut souligner combien « *le public et l'opinion publique ne sont pas chez lui des concepts politiques. Ce sont avant tout des concepts sociologiques ou plutôt psychosociologiques. Ainsi, il n'y a pas deux publics : l'un politique, qui serait l'instance critique du pouvoir, son vis-à-vis, constitué par l'ensemble des citoyens ; l'autre qui serait cette fois une entité économique et sociale, formée par des individus sociaux producteurs et consommateurs. Il n'y a qu'une seule et même forme sociale, réceptrice des opinions politiques comme elle est réceptrice des goûts et des modes en tout genre. L'opinion publique n'est pas l'expression d'un objet privilégié qui serait, par exemple, l'opinion publique dominante.* […] *L'opinion publique tardienne n'est pas avant tout politique* »[60]. Rapportée à sa théorie de l'imitation qui fait de l'individu « *une enveloppe vide qui transporte les courants sociaux d'idées* »[61], la position de l'auteur peut apparaître profondément antilibérale. En réalité, à nos yeux, si l'auteur contribue à mettre en avant une acception sociologique de l'opinion publique, il ne rompt pas entièrement avec la conception des Lumières. D'une part, il ne néglige pas, dans une perspective historique, que c'est l'espace de

[55] Cf. le texte désormais classique de Margaret MEAD, *Les mécanismes de l'opinion publique chez les peuples primitifs*, The Public Opinion Quaterly, Vol. 1, n°3, 1937 reproduit IN RÉSEAUX, n°52, 1992, pp. 119-127. Pourtant l'auteur précise bien dans son introduction que « *c'est à partir de l'analyse des sociétés dans son ensemble que nous pouvons essayer d'entreprendre une clarification transculturelle des concepts* ».

[56] Adeline WRONA, *La notion d'imitation dans les théories des foules à la fin du XIX*[ème] *siècle*, HERMÈS, n°22, 1998, pp. 27-33.

[57] Ibid., p. 31.

[58] *L'opinion et la foule*, Paris, PUF, Coll. Recherches politiques, 1989 (1ère Éd. 1901), p. 29.

[59] « *Je ne puis donc accorder à un vigoureux écrivain, le Dr. Le Bon, que notre âge soit l'ère des foules. Il est l'ère du public ou des publics, ce qui est bien différent* », ibid., p. 40.

[60] *Gabriel Tarde, théoricien de l'opinion*, Introduction à *L'opinion et la foule*, précité, p. 26.

[61] Laurent MUCCHIELLI, *Tardomania ? Réflexions sur les usages contemporains de Tarde*, RHSH, n°3-2000, pp. 177. Dominique REYNIÉ avait également souligné que, pour TARDE, « *le sujet n'est, à son insu, que l'instrument d'un mystérieux destin* », ibid., p. 10.

débat produit par la bourgeoisie sous l'Ancien Régime qui a contribué à l'avènement de la Révolution française. Celle-ci n'a été possible selon l'auteur, non pas en raison de l'action des foules, mais bien grâce à la « *pullulation de journaux, avidement dévorés, qui éclosent à cette époque* »[62]. Dès lors, TARDE ne nie pas que « *l'évolution du pouvoir s'explique par l'évolution de l'Opinion, qui s'explique à son tour par la série de ses sources différentes* »[63]. D'autre part, ce que l'auteur veut démontrer, c'est que la communication sans proximité physique peut aussi créer une unité et que la presse joue un rôle primordial dans la formation de l'opinion publique[64]. Bien sûr, à elle seule, la presse ne peut pas parvenir à faire émerger une opinion publique : il lui faut l'aide de la conversation, définie comme « *tout dialogue sans utilité directe et immédiate, où l'on parle surtout pour parler, par plaisir, par jeu, par politesse* »[65]. Mais la presse a achevé selon lui « *le long travail séculaire que la conversation avait commencé, que la correspondance avait prolongé, mais qui restait toujours à l'état d'ébauche éparse et disjointe, le travail de fusion des opinions personnelles en opinions locales, de celles-ci en opinion nationale et en opinion mondiale, l'unification de l'Esprit public* »[66]. Cette émergence de l'opinion publique n'a donc été possible que par le développement de l'écrit et de la liberté d'expression, tout en transformant durablement le lien qui unit les gouvernants et les gouvernés. En effet, l'opinion publique « *a supprimé les conditions qui rendaient possible le pouvoir absolu des gouvernants. Il était grandement favorisé, en effet, par le morcellement local de l'opinion.* […] *Le suffrage universel et l'omnipotence des majorités parlementaires n'ont été possibles que par l'action prolongée et accumulée de la presse, condition* sine qua non *d'une grande démocratie niveleuse* »[67]. Ainsi, la presse permet tout à la fois au Tribunal de l'opinion publique de se former et aux opinions individuelles de se muer en une sorte de conscience universelle, d'esprit

---

[62] *L'opinion et la foule*, op. cit., p. 36.

[63] *Les transformations du pouvoir*, Paris, Seuil, 2003 (1ère Éd. 1899), p. 54.

[64] « *Ce sont les journaux qui attisent la vie nationale, qui soulèvent les mouvements d'ensemble des esprits et des volontés en leurs quotidiennes fluctuations grandioses* », *L'opinion et la foule*, op. cit., p. 109.

[65] Ibid., p. 111. Ainsi que le précise Dominique REYNIÉ, la conversation réalise « *cette interindividualité concrète permanente qui, quoique nécessairement limitée dans son étendue, est toutefois indispensable à l'élaboration de l'opinion parce qu'elle est la forme spontanée et ininterrompue de la délibération* », *Tarde et Le Bon*, IN SFEZ Lucien (Dir.), *Dictionnaire de la communication*, T. III, op. cit., p. 1684.

[66] Ibid., pp. 136-137.

[67] Ibid., p. 78 et 83.

public[68]. En d'autres termes, le gouvernement d'opinion ne se confond pas avec le gouvernement de la foule[69].

Ce que nous montre ce détour par la sociologie et l'historiographie c'est qu'il n'existe pas d'essence historique ou sociologique de la notion d'opinion publique dans le discours savant. En réalité, « *tout se passe comme si la notion d'opinion publique s'inscrivait dans un ensemble hétérogène de figures de référence ou d'idéaux-types opposables les uns aux autres en tant que réalités distinctes sinon contradictoires* »[70]. L'étude des discours des constitutionnalistes confirme cette première analyse.

Section 2. L'opinion publique des constitutionnalistes

L'opinion publique, dans le discours d'une partie de la doctrine constitutionaliste, n'est pas une notion inconnue. Comme l'avait souligné Carl SCHMITT, « *malgré son caractère insaisissable et inorganisable, depuis le XVIII*ème *siècle l'opinion publique a été reconnue et considérée comme un facteur spécial de la vie de l'État dans la littérature traitant de politique et de théorie de l'État* »[71]. Le fait d'aborder la question de l'opinion publique dans son expression juridique permet alors de compléter l'approche dont elle fait l'objet en théorie politique et en science politique, et d'en préciser quelques-unes de ses formes. Ensuite, le choix de cet espace d'interrogation permet de mettre en lumière les difficultés soulevées par une notion qui tout à la fois relève d'une constatation et d'un idéal. Cette ambivalence de l'opinion publique constitue sans nul doute le noyau des difficultés que soulève son analyse. Les réflexions des publicistes sur l'opinion

[68] Pour une interprétation des travaux de Gabriel TARDE en ce sens, cf. Joëlle ZASK, *L'écrit, le public, le politique*, PROJET, n°290, 2006, pp. 85-90.

[69] L'analyse la plus stimulante est à mettre au crédit du Père Thomas DELOS, professeur de droit international public à l'Université de Lille, dans un article malheureusement oublié par les spécialistes de l'opinion publique. Ainsi, après une étude minutieuse des travaux de TARDE et de LE BON, l'auteur écrit que « *le gouvernement d'opinion est un des aboutissements de l'idée démocratique. De même que celle-ci impose, au régime qu'elle inspire, une perpétuelle « tendance vers le haut », de même l'opinion dit-elle être soutenue par une tension vers le haut, par un effort pour la conquête de la vérité par l'exercice de la liberté. Le gouvernement de foule, substitué au gouvernement d'opinion, renverse la tendance : elle n'est plus vers le haut, mais vers le bas* […]. *Mais tandis que le système démocratique tend, par son jeu normal, à élever la masse sur le plan de la discussion rationnelle et de la liberté spirituelle, le second au contraire tend à ramener les citoyens au niveau d'une foule* », *L'opinion, le Gouvernement d'opinion, le Gouvernement de Foule*, Cahiers de l'École des Sciences Sociales, Politiques et Économiques de Laval, Vol. 2, n°2-1943, p. 24.

[70] Loïc BLONDIAUX, *Ce que les sondages font à l'opinion publique*, op. cit., p. 124.

[71] *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1993 (1ère Éd. 1928), p. 387.

publique s'organisent alors autour de trois grands axes : tout d'abord, une volonté de saisir au mieux la nature de l'opinion publique (**Paragraphe 1**), cette réflexion étant indissociable d'une interrogation sur son mode de formation (**Paragraphe 2**) ; enfin, la fonction qu'on peut lui assigner dans une démocratie moderne (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1. De la nature de l'opinion publique

Á la fin du XIXème siècle, la doctrine constitutionnelle définit l'opinion publique non pas tant sous un angle spécifiquement juridique que comme une notion sociologique voire psychologique, décrivant simplement l'agrégation des individus au reste de la société et, en fin de compte, ce que pense la société à un moment donné. Ceci est particulièrement net chez Jellinek pour qui « *on entend par opinion publique d'un groupement, quelle que soit l'étendue de ce groupement, l'ensemble des conceptions morales, religieuses, littéraires et économiques qui y dominent* »[72]. Mais, c'est le constitutionnalisme anglo-saxon qui va faire sienne cette conception, contribuant à populariser « *la vulgate démo-libérale* »[73] du gouvernement d'opinion. Sans doute ne trouve-t-on pas, dans cette doctrine, de systématisation historique de la naissance du concept telle que la proposera plus tard Jürgen Habermas, mais elle « *s'efforce de déterminer comment elle se forme dans un pays démocratique et comment elle peut s'exprimer* »[74]. Ainsi, la doctrine anglaise, Bagehot et Dicey en tête, insistent, notamment à partir des travaux de Hume[75], sur le rapport étroit qui peut exister entre le Parlement et l'opinion publique. Si celle-ci doit être considérée comme souveraine[76], il n'en demeure pas moins que sa nature est davantage celle de l'opinion commune, avec son lot de préjugés et de sentiments arbitraires, que celle des élites éclairées.

---

[72] Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit (…)*, op. cit., p. 179.

[73] Selon l'expression de Marcel Prélot dans son manuel d'*Histoire des Idées Politiques*, Dalloz, 7ème Éd., 1980, pp. 697-703 en particulier.

[74] Alain Laquièze, *L'opinion des juristes*, op. cit., p. 63.

[75] « *Comme la force est toujours du côté des gouvernés, les gouvernants n'ont rien pour les soutenir que l'opinion. C'est donc sur l'opinion seulement que le gouvernement est fondé ; cette maxime s'applique aux gouvernements les plus despotiques et les plus militaires aussi bien qu'aux gouvernements les plus libres et les plus populaires* », David Hume, *Essays*, Vol. 1, p. 110, cité par Albert Venn Dicey, *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'Opinion publique en Angleterre au cours du dix-neuvième siècle*, Paris, Giard et Brière, Coll. Bibliothèque internationale de droit public, Éd. française, 1906, p. 2.

[76] Selon Dicey, « *la conclusion s'impose clairement : l'opinion publique qui gouverne un pays, c'est l'opinion du souverain, que le souverain soit un monarque, une aristocratie, ou la masse du peuple* », ibid., p. 9.

Ainsi, par exemple, pour Walter BAGEHOT, « *les classes moyennes, c'est-à-dire la majorité des gens qui ont de l'éducation, voilà aujourd'hui la source du pouvoir en Angleterre. « L'opinion publique aujourd'hui, c'est l'opinion du brave bourgeois qui prend l'omnibus ». Ce n'est nullement l'opinion des classes aristocratiques par elles-mêmes, ni celle des classes qui ont le plus d'éduction ou de goût, c'est tout simplement l'opinion de masse ordinaire qui a reçu une certaine instruction, mais qui n'en demeure pas moins assez vulgaire* »[77]. De même, DICEY estime-t-il qu'« *il existe, à une époque donnée, un ensemble de croyances, de convictions, de sentiments, de principes acceptés ou de préjugés fermement enracinés, qui, pris ensemble, forment l'opinion publique d'une période particulière, ou ce que nous pouvons appeler le courant régnant ou dominant de l'opinion* »[78]. Pour certains commentateurs, il apparaît donc évident qu'aux yeux de la doctrine constitutionnelle anglaise « *le moteur du mouvement est dans l'ordre naturel de la société comme « civilisation » et donc comme « opinion publique »* »[79]. C'est pourquoi ces auteurs ont une vision quasi-naturaliste de l'opinion publique, empruntant beaucoup aux travaux alors en pleine expansion de la psychosociologie[80].

Cette vision véhiculée par la doctrine anglaise a connu un succès certain, particulièrement auprès des constitutionnalistes américains, tels BRYCE ou LOWELL, qui tentaient alors de construire une théorie politique de l'opinion publique. Le premier nommé, professeur à Oxford, comme DICEY, avant d'être nommé ambassadeur aux États-Unis, consacre ses travaux aux institutions américaines en s'appuyant sur un constat simple : « *il n'est point de pays où l'opinion publique soit aussi puissante qu'aux États-Unis ; il n'y a pas de pays où l'on puisse aussi bien l'étudier* »[81]. Dans une œuvre aux forts accents tocquevilliens, et qui tente de démonter l'argumentation proposée par BAGEHOT selon laquelle le gouvernement d'opinion ne peut s'épanouir que dans le cadre du

[77] *La Constitution anglaise*, Paris, Germer Baillière, Coll. Bibliothèque d'Histoire contemporaine, 1869 (Éd. originale 1867), p. 60. L'auteur ne précise pas à qui est empruntée la citation entre guillemets.

[78] *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'Opinion publique (…)*, op. cit., p. 18.

[79] Lucien JAUME, *Le libéralisme français après la Révolution, comparé au libéralisme anglais*, Historia Constitucional, n°4, 2003, http://hc.rediris.es/04/Numero04.html?id=12

[80] DICEY par exemple estime que les lois de l'imitation dégagées par TARDE relativisent la doctrine libérale du pluralisme politique comme source de vérités indiscutables : en effet, « *comme la foi qu'a un individu ordinaire dans une doctrine morale ou intellectuelle dépend en partie de sa solidité, en partie de l'autorité de ceux qui s'y connaissent, et beaucoup aussi de la sympathie que les autres témoignent à sa foi, tout ce qui montre qu'un credo n'est pas entièrement consistant, que même ceux qui s'y connaissent ne s'accordent pas sur son exactitude, ou que beaucoup de personnes s'en écartent, ébranlera fatalement la foi des croyants ordinaires* », *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'Opinion publique (…)*, op. cit., p. 413. On relèvera également la référence à la théorie des sentiments moraux d'Adam SMITH à laquelle l'auteur consacre par ailleurs des développements assez importants.

[81] James BRYCE, *La République américaine, T. III, Le système de partis – L'opinion publique*, Paris, Giard et Brière, Coll. Bibliothèque internationale de droit public, 2ème Éd. française, 1911 (Éd. originale 1888), p. 367.

régime parlementaire[82], Lord BRYCE propose pourtant une étude de l'opinion publique aux confins de la sociologie, beaucoup plus que du juridique. Son apport n'en est pas moins crucial, en ce qu'il propose une définition de l'opinion publique qui fait coexister « *les deux modèles antagonistes de l'opinion, envisagés ici de manière diachronique, l'un constituant un état antérieur du second* »[83]. En effet, « *la forme la plus simple sous laquelle se présente l'opinion publique, c'est lorsqu'un sentiment naît spontanément dans l'esprit et coule des lèvres d'un citoyen ordinaire dès qu'il voit faire une chose ou qu'il l'entend raconter* »[84]. L'opinion de la multitude se comprend alors comme une force potentielle mais qui demeure encore incertaine, peu éclairée, et qui ne s'est donc pas révélée à elle-même. Elle correspond à une phase « *rudimentaire* » où domine l'opinion du moment : « *c'est ce que dit n'importe qui (non pas tout le monde) ; en un mot, c'est la pensée ou le désir naturel et général qu'évoque un évènement* »[85]. Cette opinion naturelle, spontanée, s'applique généralement à ce que le publiciste écossais appelle « *l'opinion passive* », c'est-à-dire « *l'opinion de ceux pour qui la politique n'a aucun intérêt spécial* ». Or, « *l'opinion ne se développe pas simplement ; elle est aussi créée. Il n'y a pas seulement la classe passive des citoyens. Il y a la classe active, qui s'occupe avant tout des affaires publiques, qui aspire à créer et à diriger l'opinion* »[86]. C'est pourquoi James BRYCE estime que l'opinion publique naturelle précède la véritable opinion publique, informée et

---

[82] Les points de vue de BAGEHOT et de BRYCE sont à cet égard éminemment prescriptifs. Là où le publiciste anglais croit voir dans l'existence d'une responsabilité politique des gouvernants la condition *sine qua non* pour qu'existe un gouvernement d'opinion, James BRYCE considère pour sa part que la liberté de la presse et le développement des associations contribuent à faire du régime américain une véritable démocratie d'opinion. Pourtant, TOCQUEVILLE déjà n'avait pas hésité à rapprocher le régime présidentiel américain de la monarchie parlementaire française : « *Au-dessus de l'un* [le Président américain] *comme de l'autre* [le Roi dans la monarchie constitutionnelle française] *se tient un pouvoir dirigeant, celui de l'opinion publique. Ce pouvoir est moins défini en France qu'aux États-Unis ; moins reconnu, moins formulé dans les lois ; mais de fait il existe. La France et les États-Unis ont ainsi, malgré la diversité de leur constitution, ce point de commun, que l'opinion publique y est, en résultat le pouvoir dominant* », *De la démocratie en Amérique*, Vol. I, p. 126. Pierre MANENT note avec raison que, pour TOCQUEVILLE, « *le pouvoir de l'opinion publique est une forme non réglée, sauvage, mais effective de la souveraineté du peuple* », *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Gallimard, Coll. Tel., 2006, p. 20. Reste que, d'un point de vue strictement juridique, cette opposition s'avère dans une large mesure fallacieuse. Ainsi que le soulignera par la suite Michel TROPER, méthodologiquement, « *la classification traditionnelle présente toutes sortes de faiblesses : elle heurte la logique ; elle n'enseigne rien ; elle repose sur le présupposé absurde que les régimes purs sont des être réels et malgré tout cela, elle ne sert de fondement à l'argumentation que lorsqu'il existe un doute sur leur réalité ou leur substance* », *Les classifications en droit constitutionnel*, RDP, n°4-1989, p. 956. Cette distinction entre régime parlementaire et présidentiel n'a donc de sens que d'un point de vue contextualiste.

[83] Loïc BLONDIAUX, *La fabrique de l'opinion*, op. cit., p. 74.

[84] James BRYCE, *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 368.

[85] Ibid.

[86] Ibid., p. 375.

rationnelle, façonnée par l'échange de points de vue divergents des élites du pays ainsi que par la presse. Ce que démontre le publiciste américain, c'est donc qu'un « *organe de l'opinion publique n'est pas seulement l'expression de vues et de tendances déjà existantes, c'est encore un facteur qui développe et forme le jugement du peuple. L'opinion fait l'opinion. C'est pourquoi toute voix puissante* […] *est à la fois la manifestation d'une force qui existe et d'une force qui agit sur d'autres* »[87]. La nature de l'opinion publique dépend alors de son mode de formation.

Parallèlement, Abbott Lawrence LOWELL tente pour sa part, dans un ouvrage relativement méconnu, de déterminer la nature de l'opinion publique, « *les conditions dans lesquelles elle peut exister, les questions dont elle peut s'occuper, les méthodes au moyen desquelles elle peut s'exprimer sincèrement, et le règlement, sous un gouvernement populaire, des affaires que l'opinion publique ne peut traiter directement* »[88]. L'auteur va alors s'attacher à démontrer que l'opinion publique, si elle est avant tout une opinion commune, s'articule dans un rapport de forces entre majorité et minorité politique. C'est pourquoi l'ancien président de Harvard insiste sur trois caractéristiques majeures pour qu'existe une opinion publique authentique qui soit « *la véritable force motrice d'une démocratie* »[89] : tout d'abord, l'opinion doit être véritablement publique, en ce sens que c'est par la publicité, et non par une quelconque mesure objectivable, que se manifeste une communauté de pensée[90]. Ensuite, pour qu'elle soit publique, « *l'opinion d'une simple majorité ne*

---

[87] Ibid., p. 400. L'auteur précisera sa pensée dans un ouvrage postérieur où l'opinion publique est alors comprise comme « *l'ensemble des vues que professent les citoyens sur des questions qui affectent ou intéressent la communauté… Ainsi comprise, elle correspond à un amas de toutes sortes de notions, de croyances, d'aspirations, de préjugés très différents les uns des autres. Elle est confuse, incohérente, amorphe, variant au jour le jour, de semaine en semaine. Mais au milieu de cette diversité, de cette confusion, chaque question, à mesure qu'elle se précise, est sujette à de transformations qui l'affermissent et la clarifient jusqu'au jour où surgiront, dans leur forme définitive, certaines vues, ou un ensemble de vues, se rattachant les unes aux autres et respectivement défendues par des groupes de citoyens. Et c'est au pouvoir exercé par ces résultantes d'opinions d'abord incertaines, puis soutenues par une majorité devenue apparente, que nous faisons allusion lorsque nous disons que l'opinion publique approuve ou rejette une certaine doctrine ou certains projets devenant ainsi une force régulatrice et gouvernementale.* […] *Lorsqu'elle* [une tendance] *parvient à l'emporter sans conteste, on en arrive peu à peu à l'appeler l'opinion publique parce qu'elle est considérée comme personnifiant les vues attribuées à la masse du peuple* », *Les démocraties modernes, T. I*, Paris, Payot, 1924, p. 182.

[88] *L'opinion publique et le Gouvernement Populaire*, Paris, Giard et Brière, Coll. Bibliothèque internationale de droit public, 1924, (Éd. originale 1913), p. 2.

[89] Ibid., p. 13. Cette citation est en réalité empruntée, comme un certain nombre de passages de ce premier chapitre, à Henry MAINE, *Essai sur le gouvernement populaire*, Paris, Ernest Thorin, 1887. Lord MAINE avait ainsi déclaré : « *l'opinion publique, qui implique la censure non moins que l'éloge, est la force motrice des sociétés démocratiques* », p. 40, en ligne sur Gallica http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k23714q/f64.table

[90] L'auteur rompt ici nettement avec une volonté forte de la doctrine publiciste d'introduire la statistique comme un instrument au service des gouvernants, un moyen de réhabiliter la politique comme un art. Cf. en ce sens l'introduction de Franz VON HOLTZENDORFF à ses *Principes de la politique : introduction à l'étude du*

suffit pas par elle-même », pas plus que l'unanimité n'est nécessaire[91]. Enfin, si l'opinion publique suppose un rapport de force incertain qui ne peut exister au sein d'une opinion publique unanime, cela ne veut pas dire que le gouvernement populaire repose sur une domination de la majorité qui s'exercerait par la contrainte. La démocratie d'opinion dont parle le publiciste américain est en effet une démocratie de consensus, en ce que si la minorité ne partage pas l'opinion dominante, elle se sente néanmoins tenue « *par conviction et non par crainte* » de l'accepter[92]. L'auteur attribue un contenu substantiel à la notion d'opinion publique en ce que celle-ci n'existe que lorsque la masse des citoyens parvient « *à un accord sur les fins et les buts du gouvernement, et sur les principes selon lesquels ces fins doivent être atteintes* »[93]. Si la théorie de l'opinion publique proposée par LOWELL n'est pas à proprement parler une théorie du contrat social, elle propose néanmoins une vision procédurale de la démocratie qui s'appuie sur un rapport dynamique entre une majorité et une minorité politique et qui conçoit la relation entre gouvernants et gouvernés non comme une simple question de droit mais comme une question de légitimité[94]. En d'autres termes, ainsi que le souligne Dominique REYNIÉ, pour le publiciste américain, « *l'opinion publique est dans ce cas assimilée à une force qui, certes, se déploie en dehors du jeu institutionnel – l'opinion c'est ni le vote, ni le Parlement – mais dont le sens et l'intensité sont cependant déterminés par l'esprit des institutions* »[95].

Paragraphe 2. De la formation de l'opinion publique

Ces interrogations sur la nature de l'opinion publique sont toutefois dépendantes d'une réflexion plus globale sur la manière dont se forme cette opinion, sur le régime constitutionnel

---

droit public contemporain, Hambourg, J.F. Richter, Éd. Française, 1887, pp. 8-11 en particulier.

[91] *L'opinion publique et le Gouvernement Populaire*, op. cit., p. 5. En effet, selon l'auteur, le principe fondamental du gouvernement populaire moderne veut que « *la conduite des affaires publique* [soit conforme] *à une opinion publique générale, sinon universelle, et qui implique, dans certaines conditions, le devoir de soumission de la part de la minorité* », p. 6.

[92] Ibid., p. 13. L'auteur précise immédiatement après : « *si la démocratie est complète, la soumission de la minorité doit être consentie de bon cœur* ».

[93] Ibid., p. 7.

[94] « *Le consentement exigé n'est pas l'approbation universelle par le peuple de toute mesure promulguée, mais un consensus touchant le caractère légitime de l'autorité gouvernante et son droit de décider des questions qui se présentent* », ibid., p. 8.

[95] Présentation de *L'Opinion Publique et le Gouvernement Populaire*, HERMÈS, n°31, 2001, pp. 40-41.

dans lequel elle est apte à s'épanouir. Ainsi que le résume BRYCE, il faut chercher à savoir « *comment s'exprime cette chose vague, flottante, complexe, qu'on appelle opinion publique – cette chose toute-puissante et cependant indéterminée, ce souverain dont tout le monde écoute la voix, et dont il est cependant si difficile de saisir les paroles, parce qu'il parle avec autant de langues aussi nombreuses que les vagues d'une mer en courroux* […]. *Par quels organes est-elle exposée, et comment savoir lequel de ces organes parle plus véritablement pour la masse, puisqu'ils se contredisent souvent l'un l'autre ?* »[96].

Pour la doctrine anglo-saxonne, le gouvernement populaire ne peut correspondre qu'au régime représentatif, et ce en grande partie parce que l'opinion publique apparaît comme une fiction[97] : ce qui importe c'est alors l'étude du lien qui unit les gouvernants aux gouvernés. En effet, pour certains, conformément à la définition libérale du régime représentatif, la prédominance de l'opinion publique justifie de fait la domination d'un petit nombre d'élites sur la masse du peuple[98]. Ainsi, la formation de l'opinion publique doit être comprise comme une « *interaction des psychologies individuelles* »[99] guidée par une élite. Ceci est particulièrement prégnant chez DICEY pour qui l'opinion publique trouve avant tout son origine « *chez quelque penseur isolé ou dans une école de penseurs.* […] *Une idée nouvelle se présente à quelque homme ayant de l'originalité ou du génie ; l'inventeur de cette conception nouvelle ou quelque familier qui l'a adoptée avec enthousiasme la présente à ses amis ou disciples ; ceux-ci, à leur tour, sont frappés de son importance et de sa vérité, et, peu à peu, toute une école accepte le nouveau credo* »[100]. L'apport du constitutionnaliste anglais est ici double : d'une part, il met en évidence l'importance du rôle des élites dans la formation de l'opinion publique, celles-ci pouvant, par la conversation, créer une école de pensée. Il n'est alors nullement besoin que la masse des citoyens y adhère du moment que cette nouvelle idée

---

[96] *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 399. Dans son ouvrage sur *Les démocraties modernes*, BRYCE rappelle ce postulat universel selon lui : même si on ne peut l'étudier scientifiquement, l'opinion publique « *n'en est pas moins une force réelle, impalpable comme le vent, et pourtant une force que tout le monde essaye de découvrir et à laquelle presque tout le monde obéit* », *T. II*, op. cit., p. 138.

[97] Ainsi DICEY considère-t-il qu'« *après tout, l'opinion publique elle-même n'est qu'une simple abstraction ; ce n'est pas un pouvoir ayant une existence indépendante ; c'est tout simplement un terme général pour désigner les opinions d'un grand nombre d'être humains* », *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'Opinion publique (…)*, op. cit., p. 392.

[98] « *Ce petit nombre gouverne par la prise qu'il a, non pas sur la raison de la foule, mais sur ses préjugés et ses habitudes, sur la manière dont elle se représente les choses éloignées qu'elle ne connaît nullement et sur la connaissance usuelle qu'elle a des objets rapprochés et familiers* », BAGEHOT, *La Constitution anglaise*, op. cit., p. 66.

[99] Alain LAQUIÈZE, *L'opinion publique des juristes*, op. cit., p. 63.

[100] *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'Opinion publique (…)*, op. cit., pp.20-21.

conquiert les sphères du pouvoir[101]. Sa position est davantage libérale que démocratique et s'insère parfaitement dans le cadre du régime représentatif[102] ; d'autre part, il insiste sur la circulation des idées. L'opinion publique ne naît que de la confrontation de points de vue divergents car un courant d'opinion dominant voit toujours son importance « *diminuée par l'existence de contre-courants ou de courants transversaux d'opinion qui n'étaient pas en harmonie avec l'opinion prédominante du moment* »[103]. Ces corps d'opinion, opposés à l'opinion dominante, peuvent, soit exprimer des idées conservatrices qui perdent graduellement leur emprise sur une génération donnée, ou alors être alimentés par des idées nouvelles, dont l'influence grandit sur de nouvelles générations. Cette pensée politique se veut donc une pensée du pluralisme, suivant en cela les préceptes libéraux énoncés par MILL et qui structurent encore aujourd'hui la théorie constitutionnelle américaine au travers de la métaphore du marché des idées[104]. Elle est également une pensée de la temporalité en ce que la formation de l'opinion publique est « *à la fois graduelle ou lente et continue* »[105].

La position de BRYCE est légèrement différente en ce qu'il décrit davantage le processus concret de formation de l'opinion, dressant par la même occasion une typologie, certes sommaire, des

---

[101] L'auteur prend l'exemple de la doctrine du libre-échange, théorisée par Adam SMITH en 1776 mais qui ne devint populaire qu'en 1846. Néanmoins, « *les arguments en sa faveur n'ont jamais été et ne seront jamais, par la nature des choses, compris par la majorité d'un peuple.* […] *La théorie du libre-échange a conquis par degrés l'approbation des hommes d'État, d'intelligence spéciale ; et les adhérents à la nouvelle religion économique ont été gagnés un à un parmi les gens intelligents* », ibid., pp. 22-23.

[102] Bernard MANIN a ainsi démontré la profonde ambiguïté qui parcourt la notion de démocratie représentative. La représentation s'appuie en effet sur une conception aristocratique du pouvoir là où le régime démocratique postule l'égalité entre les citoyens et l'identité entre gouvernants et gouvernés, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, Coll. Champs, 1995.

[103] *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'Opinion publique (…)*, op. cit., p. 34. DICEY définit un contre-courant d'opinion comme « *un corps d'opinion, de croyances ou de sentiments, plus ou moins directement opposé à l'opinion dominante d'une époque déterminée* » (p. 34), tandis qu'un courant transversal d'opinion est « *un corps de croyances ou de sentiments qui, tout en étant assez puissant en définitive pour affecter la législation, est, toutefois, dans une certaine mesure, indépendant du credo législatif dominant d'une époque donnée, quoiqu'il ne lui soit peut-être pas directement opposé* », p. 37.

[104] La métaphore du marché des idées doit être attribuée au Juge HOLMES, qui affirmait que « *lorsque les hommes auront compris que le temps a ridiculisé beaucoup de croyances combatives, ils conviendront peut-être que le Bien ultime désiré est mieux atteint par le libre-échange des idées, que la meilleure épreuve de vérité est la capacité de la pensée à se faire accepter dans la compétition du marché, et que la vérité est le seul terrain sur lequel leurs souhaits peuvent être, en toute sécurité, mis en pratique. Au moins cela est la théorie de notre constitution* », opinion dissidente sous ABRAMS V. UNITED STATES, 250 U.S. 616, 630, 1919.

[105] *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'Opinion publique (…)*, op. cit., p. 25. DICEY en tirera la conclusion que « *le passé contrôle le présent* », p. 34.

acteurs qui participent à ce processus[106]. Le publiciste américain prend ainsi l'exemple d'un homme d'affaires qui au déjeuner lit le journal et apprend ainsi l'annonce par Bismarck d'une politique industrielle protectionniste ou la désignation du nouveau maire de New York. Le processus de formation de l'opinion publique peut alors se découper en quatre étapes : 1/ L'homme d'affaires façonne d'abord sa propre opinion individuelle, plus ou moins rationnelle. En se rendant à son travail, il peut lui arriver d'en discuter avec des collègues ou avec des amis, modifiant ou confirmant son jugement initial ; 2/ Le même processus se développe au même moment dans l'esprit d'autres personnes et surtout des journalistes « *dont l'occupation consiste à découvrir ce que pense le peuple* ». Les éditorialistes des journaux du lendemain en viennent à prendre position contribuant à ce que « *l'opinion des esprits ordinaires, fluide et indéterminée jusqu'ici, a commencé e se cristalliser en une masse solide* » (p. 369) ; 3/ Le lendemain vient le temps de la controverse, du débat public au cours duquel les arguments s'affinent, les plus faibles étant abandonnés ; 4/ Le processus s'achève par l'acte électoral, moment où le citoyen exprime directement son opinion. Á ce moment là, « *l'opinion, qui était probablement multiple jusqu'au moment du vote n'a généralement plus ensuite que deux formes. Il y a une idée qui a triomphé et une autre qui a été vaincue* » (p. 370). L'apport de James Bryce est considérable : d'une part, il est en quelque sorte le précurseur d'un certain nombre de recherches en sciences politiques qui s'intéresseront au processus de communication pouvant exister entre les individus. En effet, l'opinion publique n'est pas purement l'opinion d'une majorité ou d'une élite mais elle est le résultat d'une interaction entre l'opinion des leaders et l'accueil que lui fait la masse des citoyens. Ou, pour le dire autrement, « *l'opinion publique modélisée par Bryce renvoie donc à une opinion informée et rationnelle dans laquelle la presse et la discussion publique jouent un rôle crucial et qui s'élabore sous forme d'un processus social qu'inaugure un événement et que clôt une élection* »[107]. Mais, d'autre part, en insistant sur le rôle de la délibération et de la presse, il ouvre la voie à un certain nombre d'analyses juridiques au sein de la doctrine constitutionnaliste.

Jusqu'alors, le rôle de la presse apparaissait profondément ambivalent dans la pensée constitutionnelle anglo-saxonne[108]. Si Bentham avait par exemple présenté le journal comme un

---

[106] *La République américaine, T. III*, op. cit., pp. 368-370 ; *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., pp. 185-186.

[107] Loïc Blondiaux, *La fabrique de l'opinion*, op. cit., p. 81.

[108] Il semble que cette méfiance envers la presse n'était pas partagée par tous les constitutionnalistes libéraux. Outre Benjamin Constant, les libéraux allemands du début du XIXème siècle ne définissaient en effet l'État de droit que comme un État gouverné par l'opinion publique, ce qui suppose « *du côté de la société, la libre propagation des idées et des opinions (et la liberté de la presse est la pierre angulaire du système*

instrument efficace de contrôle des gouvernants aux mains des gouvernés[109], la position de BAGEHOT s'avérait quant à elle beaucoup plus nuancée : d'un côté, le publiciste anglais admet que la presse joue un rôle éminemment politique, contribuant à renverser les ministères, en cas de crise ministérielle. En ce sens, le journal est « *un organe de l'opinion* » et aide à mettre en œuvre sa sentence[110] ; mais d'un autre côté, il rappelle qu'un « *peuple libre n'entend jamais que l'écho de ses propres idées. Les journaux ne font que répéter l'opinion de leurs lecteurs ; ils présentent les arguments qui leur plaisent, ils les développent et les appuient ; quant aux arguments contraires, ils les tronquent, les défigurent et les embrouillent. Il n'est pire juge, dit-on, qu'un sourd ; de même le gouvernement le moins accessible à la vérité est le gouvernement libre, du moins ce qui est relatif aux choses dont les classes dominantes ne veulent pas entendre parler* »[111]. Cette hésitation semble propre aux tenants d'un régime représentatif « pur » : la diffusion large des opinions par la voie de la presse risque de remettre en cause le monopole de formation de l'opinion publique que confère la théorie de la représentation aux représentants[112]. Toutefois, les constitutionnalistes retiendront surtout que

---

social de la liberté) et du côté de l'organisation politique, des assemblées représentatives qui, nourries du débat public, deviennent capables de déterminer le contenu de la volonté générale comme expression de la raison publique », Olivier JOUANJAN, *Présentation*, IN JOUANJAN Olivier (Dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, PUST, Coll. de l'Université Robert Schuman, 2001, pp. 20-21. Ainsi Karl VON ROTTECK pouvait-il décrire la République comme « *cet État dans lequel la domination de la volonté générale est garantie par la division des pouvoirs ou, à tout le moins, dans lequel l'opinion publique se voit accorder du respect et de la force grâce à la liberté de la presse, sans qu'il faille distinguer selon qu'un seul ou plusieurs se trouvent au sommet* », *Über stehende Heere un Nationalmiliz*, cité par Olivier JOUANJAN, ibid., p. 21.

[109] « […] *un élément unique se présente comme le seul instrument efficace. Cet instrument n'est autre qu'un Journal : une multitude d'instruments du même type employés par tant de mains, et une multitude d'exemplaires de chacun, aussi nombreux que possible. On peut y voir non seulement un organe approprié du Tribunal de l'opinion publique, mais le seul qui soit visible et agisse constamment* », *Securities Against Misrule and Other Constitutional Writings for Tripoli and Greece*, Oxford, Clarendon Press, pp. 44-45, cité par Guillaume TUSSEAU, *Sur le panoptisme de Jeremy Bentham*, RFHIP, n°18, 2004, p. 12.

[110] « *Au moment de ce qu'on nomme une crise politique, c'est-à-dire quand la destinée d'une administration est en balance, et dépend de quelques votes encore irrésolus sur une question flottante et indécise, des articles sérieux publiés dans les grands journaux ont une importance considérable. Le Times a fait plusieurs ministères. Quand il y a, comme il s'en est rencontré naguère, une longue suite de gouvernements dont aucune ne dispose d'une majorité ministérielle et qui ont besoin de force morale pour se soutenir, l'appui du journal le plus influent comme organe de l'opinion en Angleterre ne laisse pas d'être décisif* », *La Constitution anglaise*, op. cit., pp. 29-30.

[111] Ibid., p. 201. Malgré son enthousiasme à propos de la presse, BRYCE ne peut s'empêcher de noter que « *l'appui qu'il* [le journal] *donne à un groupe ou à un homme politique ne manquera pas d'exercer une certaine influence sur son public, car il faut se rappeler que la majorité des lecteurs n'est ni assez intelligente, ni suffisamment instruite pour débrouiller les fils de l'intrigue qui se joue devant elle* », *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 122.

[112] Les propos d'Adhémar ESMEIN sont ici très significatifs : « *qu'on ne dise pas que les sociétés modernes possèdent, dans la presse quotidienne, un moyen d'information et un instrument de discussion plus puissant mille*

la presse s'avère comme un organe crucial pour la formation de l'opinion, en ce qu'elle permet à chaque individu d'y exprimer sa propre opinion, la discussion et l'échange de ces points de vue constituant le ferment de l'opinion publique. Dès lors, la formation de l'opinion publique concerne au premier lieu les rapports entre l'État et l'individu en matière d'expression et d'émission de la pensée. Ainsi que le soulignera par la suite Jean RIVERO, « *au XIX*ème *siècle, le problème de la formation de l'opinion par l'expression de la pensée apparaît essentiellement comme un problème de rapports entre l'État et l'individu et d'autre part comme un problème de conquête d'une liberté : nous nous retrouvons ici dans l'atmosphère individualiste d'une part, et libérale d'autre part* »[113]. Garantir la liberté de la presse s'appréhende alors autant comme une sauvegarde de la liberté individuelle, l'opinion publique n'étant ici finalement que l'interaction qui peut exister entre des opinions privées[114], que comme le fondement même de l'ordre politique ainsi que l'avait déjà subtilement mis en évidence ROYER-COLLARD[115]. La liberté d'expression, individuelle et collective, apparaît donc comme une des conditions préalables au bon fonctionnement d'un système démocratique fondé sur la règle selon laquelle aucune décision collective contraignante ne peut être prise en dehors de l'acceptation des gouvernés. Elle place les citoyens dans les conditions d'exprimer leurs propres demandes, et de prendre, suite à une discussion libre, les décisions qu'ils estiment opportunes pour régler la vie en société.

En outre, il est également possible de considérer que la liberté de la presse n'est qu'un moyen au service d'une fin qui le dépasse, à savoir « *garantir la discussion et la publicité* »[116]. C'est pourquoi la conception libérale de l'opinion publique accorde une place centrale à la publicité des actes

---

fois que les harangues des orateurs antiques. La voix de la presse est radicalement insuffisante pour instruire le peuple sur les lois en discussion. Elle n'établit pas, en fait, une discussion contradictoire ; car, si chaque homme du peuple lit aujourd'hui un journal, au moins, de temps à autre, d'ordinaire il n'en lit qu'un seul. D'autre part, l'expérience montre malheureusement combien sont, non seulement passionnés, mais surtout superficiels, les débats qui se poursuivent dans les journaux spécialement destinés aux classes populaires », *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, Coll. Droit public, 2001 (Éd. originale 1911), p. 400.

[113] *Le statut des techniques de formation*, IN TROTABAS Louis (Dir.), *L'opinion publique*, op. cit., p. 110.

[114] Telle était par exemple la position d'ESMEIN : « *pour compléter, d'ailleurs, ce règne de l'opinion, pour préparer son expression juridique, la liberté moderne lui donne aussi d'autres moyens de se manifester par l'initiative individuelle : la liberté de la presse et le droit de réunion* », *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 288.

[115] « *Pour les sociétés modernes, éparses sur de vastes territoires et qui ne se réunissent jamais dans une délibération commune, la libre publication des opinions individuelles par la presse n'est pas seulement la condition de la liberté politique, mais qu'elle est le principe même de cette liberté, puisqu'elle seule peut former au sein d'une nation une opinion générale sur ses affaires et ses intérêts* », cité par Pierre MANENT, *Les libéraux, T.II*, Paris, Hachette Littératures, Coll. Pluriel, 1986, p. 133.

des gouvernants et à l'échange d'opinions, « *dominé par la visée de convaincre l'adversaire d'une vérité et d'une justesse avec des arguments rationnels, ou de se laisser convaincre par la vérité et la justesse* »[117]. C'est donc la délibération, l'échange qui construisent l'opinion publique et qui constituent un des traits essentiels du parlementarisme libéral. Comme le soulignera à la même époque Maurice HAURIOU, « *il ne faut point imaginer l'opinion publique comme étant une opinion déterminée, plus ou moins commune à tout le public et portant sur un objet donné ; l'opinion publique est un vaste réservoir d'opinions variées qui ont cours dans le public, c'est un océan de discussion où se croisent et s'entrecroisent les courants les plus divers. L'opinion publique est un lieu, un milieu, une sphère psychologique où se déroule sous les yeux du pays attentif la lutte des idées politiques* »[118].

Paragraphe 3. Le rôle de l'opinion publique en démocratie

Que l'on considère l'opinion publique comme le produit d'une discussion raisonnable entre des élites éclairées ou comme un phénomène naturel spontané ne modifie, paradoxalement, guère la perception par la doctrine constitutionnaliste du rôle de l'opinion publique dans une démocratie. Ainsi, à titre d'exemple, les libéraux, tout en ayant une grande méfiance envers une opinion publique qui ne serait à l'état originel qu'une masse de préjugés arbitraires, n'hésitent pas à lui confier un rôle politique majeur[119]. En d'autres termes, ni la nature de l'opinion publique, ni les facteurs qui contribuent à sa formation ne jouent un rôle primordial quant à la fonction assignée à cette opinion par la doctrine publiciste.

---

[116] Carl SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Éd. du Seuil, 1988 (1ère Éd. 1923), p. 45. Le juriste allemand, qui s'appuie ici sur les travaux de GUIZOT, considère ainsi que la liberté de la presse « *n'est pas, au sens propre, un moment autonome* ».

[117] Ibid., p. 101.

[118] Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 160.

[119] Cette position est justifiée par une foi dans le progrès et dans l'éducation possible de la masse par les élites. Ceci est parfaitement résumé par ces propos de MILL qui considère que « *si les agents, ou ceux qui choisissent les agents, ou ceux envers lesquels les agents sont responsables ou les spectateurs dont l'opinion devrait influer et peser sur tout cela, sont simplement des masses d'ignorance, de stupidité, de préjugé malheureux, toutes les opérations du gouvernements iront de travers ; tandis qu'à mesure que les hommes s'élèveront au-dessus de ce niveau, le gouvernement s'élèvera de son côté vers ce degré d'excellence possible à atteindre* […] *où les fonctionnaires du gouvernement doués eux-mêmes d'une vertu et d'une intelligence supérieures respirent l'atmosphère d'une opinion publique vertueuse et éclairée* », *Le gouvernement représentatif*, op. cit., p. 41.

Dans un article écrit en 1966, Georges VEDEL distingue quatre groupes de fonction de l'opinion. La première fonction consiste à informer les gouvernants. Il s'agira selon l'auteur d'aider le Parlement à améliorer sa législation en multipliant les canaux par lesquels il est possible à l'opinion d'influer sur le processus législatif. Ainsi jouent ici un rôle primordial les partis politiques, les groupes de pression et bien évidemment les sondages d'opinion. La seconde fonction, qui est intimement liée à la première, consistera dans « *l'élaboration et la prise de grandes options* ». Toute la vigueur du régime représentatif trouve alors à s'exprimer dans ce subtil équilibre qui doit exister entre l'opinion publique et le Parlement. Il s'agira tout à la fois pour les gouvernants de résister à la pression de l'opinion tout en lui permettant de s'exprimer directement sur des grandes orientations politiques. Au fond, souligne le Doyen VEDEL, « *l'opinion accède à l'âge adulte non pas dès qu'elle est libre, condition nécessaire et non suffisante, mais dès qu'elle se sent responsable* »[120]. C'est ainsi en prévoyant des instruments juridico-institutionnels qui lui permettent de s'exercer directement, tels le référendum ou la dissolution, que « *l'on peut passer d'une démocratie gouvernement d'opinion à une démocratie qui soit un gouvernement d'opinion* »[121]. On retrouve finalement ici l'un des topoï usuels des partisans du gouvernement d'opinion, tel LOWELL qui estimait que « *le principe fondamental du gouvernement populaire, c'est que l'opinion publique doit être obéie, pourvu, naturellement, que ce soit une opinion durable, non pas une fantaisie momentanée susceptible d'être bientôt abandonnée* ». L'ancien président de Harvard justifiait ainsi cette position par deux types d'arguments : d'une part, si l'opinion du peuple n'est pas toujours juste, « *elle est vraisemblablement plus juste que l'opinion d'une autre personne ou d'un autre organe* », d'autre part, « *la satisfaction et l'ordre règnent d'une manière plus générale, les lois et les fonctionnaires publics sont mieux obéis quand ils sont en accord avec l'opinion publique* »[122].

La troisième fonction dégagée par Georges VEDEL n'est là aussi que la conséquence logique des deux premières : il s'agit de favoriser la participation, qui « *donne sa profondeur à l'opinion* », et la formation d'un consensus au sein de la Nation. Cette troisième fonction mérite un commentaire particulier, et ce pour deux raisons. D'une part, il revigore l'illusion d'une démocratie directe autrefois dégagée par un auteur comme James BRYCE[123]. S'inscrivant dans une perspective

---

[120] *Le rôle de l'opinion en démocratie*, Semaines Sociales de France, 53ème session, 1966, p. 324.

[121] Ibid., p. 325.

[122] *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., p. 243.

[123] L'opinion publique « *gouverne comme une puissance impalpable qui pénètre tout, comme l'éther qui passe à travers toutes choses. Elle relie ensemble toutes les parties du système compliqué, et elle leur donne l'unité de but et d'action qu'elles possèdent* », *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 395.

évolutionniste[124], Lord Bryce propose en effet une vision idéalisée d'un gouvernement de l'opinion par elle-même puisque « *le gouvernement populaire en serait arrivé au point qu'il pourrait presque se dispenser des procédés légaux qu'emploie la majorité pour exprimer sa volonté dans les urnes électorales, ou, au moins anticiper sur ces modes ; et ce contrôle irrégulier mais direct de la multitude rapetisserait s'il ne s'y substituait pas, l'importance de ces consultations régulières, mais occasionnelles qui ont lieu au moment de l'élection des représentants* »[125]. Une telle visée, qui n'est d'ailleurs aujourd'hui pas totalement absente des revendications tendant à accroître l'importance des mécanismes participatifs[126], s'inscrit ainsi dans une relativisation du rôle de l'élection comme moyen de connaître de l'opinion publique, et apparaît donc, *in fine*, comme une critique du régime représentatif. Si cette analyse reste sous-jacente pour un auteur libéral comme Bryce, elle prend toute sa mesure chez Carl Schmitt. La position de Carl Schmitt repose en effet sur une critique du scrutin secret qui isolerait chaque citoyen des autres et aboutirait à l'atomisation de la société[127]. Selon Schmitt, si le vote était « *entièrement mécanisé* », on assisterait alors à une privatisation de l'espace public et « *il n'y aurait plus d'opinion publique, car l'opinion concordante de millions de personnes privées ne produit pas l'opinion publique, le résultat est seulement la somme des opinions privées* »[128]. En d'autres termes, l'opinion publique n'est que le peuple à côté de la réglementation des lois constitutionnelles, en ce qu'il « *continue à exister comme puissance effective immédiatement présente,* […] *comme une puissance inorganisée et non formée à côté des cas où il exerce*

---

[124] Le publiciste américain distingue en effet quatre phases dans l'évolution de l'opinion qui l'amène d'un « *état inconscient et passif à un état conscient et actif. Dans la première, elle donne son assentiment à la volonté du chef à qui elle a pris l'habitude d'obéir. Dans la seconde, des conflits s'élèvent entre l'homme ou la classe qui gouverne, soutenue par ceux qui sont encore prêts à obéir d'un côté, et les esprits plus indépendants ou progressistes de l'autre ; et ces conflits sont réglés par les armes. Dans la troisième, le chef d'autrefois s'est soumis, et les sujets sont référés à la multitude souveraine, dont la volonté est exprimée à certains intervalles sur des bouts e papier déposés dans les urnes ; et cette volonté est exécutée par le ministre ou la législature à qui le mandat populaire a été confié* ». Le quatrième stade correspond au véritable gouvernement d'opinion, *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 383.

[125] Ibid.

[126] Cf. En ce sens Slobodan Milacic, *La démocratie représentative devant un défi historique?*, op. cit., pp. 30-35 en particulier ; François Robbe, *Démocratie représentative et participation*, in Robbe François (Dir.), *La démocratie participative*, Paris, L'Harmattan, Coll. Grale, 2007, pp. 11-32.

[127] Le scrutin secret « *transforme le citoyen, donc la figure spécifiquement démocratique, c'est-à-dire politique, en un homme privé qui, à partir de sa sphère privée – que cette sphère privée soit sa religion, son intérêt économique ou les deux – exprime une opinion privée et donne sa voix* », *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 382. Pour une présentation de la doctrine de la représentation chez Schmitt, cf. Jean-François Kervégan, *Carl Schmitt et la crise de la représentation*, in Kervégan Jean-François (Dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa République et ses juristes*, Lyon, ENS Éditions, 2002, pp. 149-168.

[128] Ibid., p. 385.

une activité organisée légisconstitutionnellement (élections populaires, votations populaires) »[129]. Contrairement à l'affirmation positiviste qui ne voit dans le peuple qu'un organe de l'État créé par la Constitution, la position de SCHMITT contribue à faire de l'opinion publique un étant-là, « *une forme diffuse qui ne peut être réduite à des expressions légales telles que les techniques électorales* »[130]. Dès lors, la volonté du peuple pourra s'exprimer en dehors de toute machinerie représentative, par acclamation envers un chef[131], acclamation dont l'opinion publique est la forme moderne[132]. Par-delà la vision inquiétante d'une démocratie plébiscitaire dont SCHMITT légitimera plus tard l'usage par les nazis[133], il convient de préciser que cette vision de l'opinion publique repose sur une homogénéité substantielle du peuple[134] que la notion de consensus

---

[129] Ibid., p. 381. Le juriste allemand avait en effet distingué deux autres sens du mot « peuple » : 1/ le peuple avant et au-dessus de la Constitution qui désigne le peuple comme le sujet du pouvoir constituant ; 2/ le peuple à l'intérieur de la Constitution dans l'exercice de pouvoirs règlementés par les lois constitutionnelles. Le peuple est ici assimilé au corps électoral, ibid., pp. 377-380.

[130] Alain LAQUIÈZE, *L'opinion publique des juristes*, op. cit., p. 69.

[131] « *Ce n'est qu'une fois physiquement rassemblé que le peuple est peuple, et seul le peuple physiquement rassemblé peut faire ce qui revient spécifiquement à l'activité de ce peuple: il peut acclamer, c'est-à-dire exprimer son accord ou son désaccord par une simple exclamation, crier « vivat » ou « à bas », applaudir un chef ou une proposition, souhaiter longue vie à un roi ou à toute autre personne, ou refuser l'acclamation en se taisant ou en murmurant* », *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 382. Carl SCHMITT avait déjà avancé cette idée dans une formulation assez proche dans *Parlementarisme et démocratie* : « *la volonté du peuple peut s'exprimer par acclamation (*acclamatio*), par sa présence allant de soi et non contestée et par un processus démocratique encore meilleur que l'instrument statistique élaboré avec un soin si minutieux depuis un siècle et demi. Plus est intense la force du sentiment démocratique, plus est garantie la certitude que la démocratie est autre chose qu'un système d'enregistrements de scrutins secrets. Face à une démocratie immédiate au sens non seulement technique mais encore vital, le Parlement issu d'une logique de pensée libérale apparaît comme une machinerie artificielle, alors que des méthodes dictatoriales et césaristes peuvent non seulement être portées par l'*acclamatio *du peuple, mais encore être des expressions immédiates de la substance et de l'énergie démocratiques* », op. cit., p. 115.

[132] « *L'opinion publique est la forme moderne de l'acclamation. C'est peut-être une forme diffuse et le problème qu'elle pose n'est résolu ni sociologiquement ni en droit public. Mais c'est la possibilité de l'interpréter comme acclamation qui lui confère son essence et son importance politique. Il n'y a pas de démocratie et pas d'État sans opinion publique, de même qu'il n'y a pas d'État sans acclamation* », *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 385.

[133] « *Peut-être Schmitt se méprend-il sur la réalité du nazisme, mais en tout cas, il salue dans l'allégeance personnelle au Führer, exigée de l'administration et de la justice, la fin d'une conception libérale de la loi : à savoir sa mise au service de l'individu gouverné (et non de la « communauté »), sa subordination à une norme plus générale dont le pouvoir judiciaire vérifie le respect, son caractère prévisionnel et mesurable (sécurité juridique)* », Lucien JAUME, *Carl Schmitt, La politique de l'inimitié*, Historia Constitucional, n°5, 2004, en ligne, http://hc.rediris.es/05/articulos/pdf/11.PDF

[134] « *Tant qu'une homogénéité démocratique substantielle reste présente et que le peuple a une conscience politique, c'est à dire qu'il sait distinguer ami et ennemi, le danger n'est pas grand* », *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 386. Dans *Parlementarisme et démocratie*, SCHMITT affirmait déjà que « *la volonté générale telle que Rousseau l'élabore est en réalité une homogénéité.* […] *Selon le Contrat social, l'État repose donc non sur le contrat mais essentiellement sur l'homogénéité, en dépit du titre et malgré l'élaboration du Contrat qu'il induit. De l'homogénéité résulte l'identité démocratique entre les gouvernants et les gouvernés* », op. cit., p. 112.

rappelle parfois dangereusement. En effet, une chose est de promouvoir l'obtention d'un consensus par l'échange publics d'arguments rationnels, une autre en est de présupposer l'existence d'un consensus préalablement à toute discussion[135]. Il convient d'ailleurs de noter ici que tous les théoriciens de l'État ne partagent pas cet idéal d'un gouvernement de l'opinion publique comme stade suprême démocratique. Ainsi, Hermann HELLER critique-t-il, à partir d'un double constat, l'hypothèse même d'une volonté populaire qui se formerait elle-même et serait en mesure de se gouverner elle-même[136]. En effet, selon Pasquale PASQUINO, pour le juriste weimarien, « *l'opinion publique ne se présente presque jamais comme une unité ; on se trouve en fait d'une manière générale confronté à des opinions* […] *opinions qu'il faudra réduire à l'unité par la délibération des organes représentatifs. En deuxième lieu, l'opinion publique, tout comme la volonté populaire, est pour l'essentiel une force réactive et donc incapable d'initiative par elle-même en entendant par là qu'elle est dépourvue d'autonomie au sens de capacité d'auto-gouvernement. Elle peut certes être pour ou contre, mais elle ne peut pas gouverner. Elle demande finalement à être interrogée.* [Cette analyse] *constitue ainsi le gouvernement et la représentation comme une extériorité par rapport à l'opinion publique* »[137].

Si l'on considère l'opinion publique comme une force critique du pouvoir, alors l'opinion publique se voit assigner une quatrième fonction qui est celle de la contestation. On retrouve cette fois-ci la métaphore forgée au dix-huitième siècle du Tribunal de l'opinion publique dont

---

[135] Michel DEBRÉ considérait ainsi que « *recourir sans cesse au « consensus social » c'est en effet nier le pouvoir, c'est en tous cas risquer d'altérer gravement sa légitimité. La tâche du pouvoir est de prendre des initiatives, d'orienter la marche des affaires en fonction d'une conception d'ensemble, de décider au nom et dans l'intérêt du bien public. Se lier par la recherche d'un consentement préalable, c'est se nier soi-même* », *Le consensus social*, Le Monde, 20 août 1976. Slobodan MILACIC considère pour sa part que le consensus est antinomique avec l'idée libérale de démocratie puisque « *l'individualisme libéral rend l'idée du conflit indépassable. Le génie démocratique consiste précisément à le sublimer grâce aux procédures égalitaires de négociation, c'est-à-dire de compromis. Mais le compromis ne supprime pas le conflit, il le modèle seulement pour mieux le reconduire* », *La démocratie malade du consensus. Utopie consensuelle et réalité conflictuelle*, IN *Pour une utopie réaliste. Autour d'Edgar Morin*, Arléa, 1996, p. 96.

[136] *Staatslehre* (1934), IN *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971, T. III, pp. 276-287. Pour une présentation de la pensée de Hermann HELLER, cf. Carlos-Miguel HERRERA, *Hermann Heller, constitutionnaliste socialiste*, IN *Droit et gauche. Pour une identification*, Presses Universitaires de Laval, Coll. Dikè, 2003, pp. 173-187.

[137] *Contribution à l'étude du concept d'« opinion publique* », IN MANIN Bernard, PASQUINO Pasquale et REYNIÉ Dominique (Dir.), *Opinion publique et démocratie*, op. cit., pp. 19-20.

parlent BENTHAM[138] ou NECKER[139]. Que l'on considère qu'il s'agisse là du simple prolongement du droit donné à chaque citoyen de critiquer le gouvernement[140], ou d'une force collective, mystérieuse parce qu'abstraite, mais non moins puissante, force est de constater que l'opinion publique joue alors un rôle considérable dans la consolidation de la démocratie parlementaire, en ce qu'elle apparaît comme un arbitre dans les conflits qui peuvent survenir entre l'exécutif et le législatif, voire à l'intérieur du Parlement entre la majorité parlementaire et l'opposition. Dans le premier cas, ce qui est donc en cause, c'est la responsabilité politique du gouvernement. Ainsi que le souligne CHATEAUBRIAND sous la Restauration, « *il y a des athées en politique comme en religion : ils ne croient ni à l'opinion ni aux gouvernements ; ils regardent toute constitution écrite comme un chiffon de papier qui n'a de valeur qu'autant qu'il donne de l'autorité. Mais le moment de la chute, le moment de la mort ministérielle arrive : alors il faut confesser ce qu'on a feint de méconnaître ; alors on est contraint d'avouer l'existence d'une opinion, puissance invisible qui punit* »[141]. Bien sûr, ainsi que le remarquera plus tard BAGEHOT, sur le plan juridique, l'opinion publique ne joue qu'un rôle virtuel, incitatif, le Parlement restant seul maître de la procédure[142]. Toutefois, d'un

---

[138] Ainsi que le souligne Guillaume TUSSEAU, le Tribunal de l'Opinion publique « benthamien » « *comporte toutes les personnes susceptibles d'avoir connaissance de l'activité gouvernementale du pays, de former une opinion à son propos, et de l'exprimer* », *Jeremy Bentham et les droits de l'homme : un réexamen*, RTDH, n°50, 2002, p. 428.

[139] « *Il importe à la nation française de prendre soin de l'opinion publique, il faut bien se garder de ne jamais faire de l'opinion publique un instrument de caprice ou de tyrannie… C'est l'opinion publique qui, en jugeant la conduite des gouvernants, sait faire une juste répartition de ce qui revient aux conseils des ministres et de ce qui appartient aux dispositions naturelles et aux premiers sentiments du monarque ; c'est elle qui au milieu des règnes les plus agités a pris l'empreinte des vertus des rois… que les princes ne prêtent donc jamais l'oreille à ceux qui voudraient la dégrader pour se venger de son inimitié…* », *Nouveaux éclaircissement sur le compte rendu*, IN *Œuvres complètes de M. Necker publiées par M. le Baron de Staël son petit-fils*, Paris, Treutel et Würtz, 1820, T. II, p. 600, cité par Jean-Denis BREDIN, *Necker et l'opinion publique*, op. cit., p. 28.

[140] « *L'intérêt du peuple est d'avoir la pleine liberté de critiquer tout fonctionnaire public, tout acte ou toute mesure publique* », John Stuart MILL, *Le gouvernement représentatif*, op. cit., p. 155.

[141] CHATEAUBRIAND, *De la rédaction actuelle des lois*, 5 juillet 1824, *Polémique*, 1827 repris IN Œuvres complètes, Paris, Éd. Garnier, 1861. Ainsi que le souligne René RÉMOND, « *entre 1814 et 1848, le gouvernement d'opinion ne s'établit pas seulement dans la pratique des choses. C'est alors que l'opinion se forme et se constitue : les électeurs apprennent à user des libertés que leur concède la loi et, le cas échéant, à combattre pour les défendre ou les étendre, en particulier la liberté de la presse dont le statut est un des sujets principaux et permanents de la controverse. C'est alors que s'organisent les modalités d'une confrontation des idées et des points de vue tant à la tribune parlementaire que dans les journaux et les revues* », *La vie politique en France (1749-1848)*, T. I, Paris, Armand Colin, Coll. U, 1965, p. 266.

[142] « *Elle* [la Chambre des Communes] *congédie l'homme d'État qui avait autrefois sa confiance et lui donne pour successeur un de ses adversaires qu'elle avait rejeté tout d'abord. Sans doute, en pareil cas, on obéit à une sorte d'ordre tacite de l'opinion publique ; il n'en est pas moins certain que la Chambre des communes a l'entière liberté de se déterminer comme elle le juge à propos. Cette Chambre ne marche que dans les sentiers où elle espère que le peuple finira par la suivre, mais c'est une chance qu'elle court, elle prend l'initiative et agit selon son bon plaisir ou son caprice* », *La Constitution anglaise*, op. cit., pp. 196-197.

point de vue politique, force est de reconnaître que cette métaphore instille l'idée d'un contrôle permanent des citoyens sur les gouvernants, la démocratie d'opinion empruntant la forme d'une démocratie de surveillance[143]. Dans le second cas, la minorité politique se fait alors l'interlocuteur de l'opinion publique au sein du Parlement : dès lors, « *la chute ou la conservation d'un gouvernement se décide par les débat suivis d'un scrutin dans le Parlement, et l'opinion du dehors dont les arrêts y pénètrent d'une manière secrète a sur le scrutin une influence considérable* »[144]. Le régime parlementaire se caractérise ainsi par l'existence d'une « *contestation permanente, menaçante et organisée, c'est-à-dire une opposition* »[145]. Mais, il se peut également que ce soit la minorité qui trouve un appui au sein de l'opinion publique pour lutter contre les abus d'une majorité qui serait potentiellement tyrannique. Ce qui importera alors à la majorité, c'est de « *légitimer l'autorité dont elle dispose en faisant appel à la raison que l'opposition lui conteste* »[146].

L'existence d'un Tribunal de l'opinion publique est donc indissociable du principe de publicité, qui apparaît comme l'un des fondements du libéralisme politique, et plus largement, comme une des conditions d'existence d'un véritable régime démocratique et constitutionnel[147]. Ainsi que le constatera Carl SCHMITT, pour la doctrine constitutionnelle libérale, « *écarter la politique secrète et la diplomatie secrète devient le remède universel contre toutes les maladies et les corruptions politiques ; le caractère public devient l'organe de contrôle absolument efficace.* […] *La lumière du caractère public est la lumière de l'Aufklärung, la libération de la superstition, du fanatisme et des intrigues d'ambitieux. Dans tout système où règne un despotisme éclairé, l'opinion publique joue le rôle du correctif absolu. Le pouvoir du despote peut grandir en proportion de l'extension de l'Aufklärung ; car l'opinion publique éclairée rend d'elle-même impossible tout abus* »[148]. En France, outre Maurice

---

[143] Ainsi, Hans KELSEN conçoit-il que la définition procédurale de la démocratie ne dispense pas d'un examen minutieux de « *l'idée d'un contrôle permanent des députés par les groupes d'électeurs constitués en partis politiques. Juridiquement, on pourrait très bien réaliser ce contrôle. Et l'établissement d'un contact permanent entre députés et corps électoral pourrait réconcilier les masses avec le parlementarisme* ». Le juriste autrichien rappelle alors plus loin que, dans un régime parlementaire, « *le gouvernement n'est qu'une commission du Parlement et est soumis au contrôle le plus rigoureux de l'opposition et même de l'opinion publique toute entière* », *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Économica, Coll. Classiques, Série politique et constitutionnelle, 1988, pp. 48-49.

[144] *La Constitution anglaise*, op. cit., p. 28.

[145] Georges VEDEL, *Le rôle de l'opinion publique en démocratie*, op. cit., p. 322.

[146] Jürgen HABERMAS, *L'espace public (…)*, op. cit., p. 73.

[147] Comme le souligne Olivier JOUANJAN, pour les penseurs libéraux, le principe de publicité fait « *échapper la société à la tutelle du Prince qui ne serait éclairé que par lui-même : le principe de publicité débouche ici sur l'idée d'une tutelle qu'exercerait la société sur le Prince, un Prince donc éclairé, peut-être, mais par l'opinion publique* », *Présentation*, op. cit., p. 9.

[148] Carl SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, op. cit., p. 48.

HAURIOU[149], c'est probablement Joseph BARTHÉLÉMY qui tentera de systématiser ce contrôle des gouvernants par l'opinion publique au moyen de la publicité. Ainsi qu'il le met en évidence dans son traité de droit constitutionnel coécrit avec Paul DUEZ, « *il faut enfin ajouter, pour donner une idée complète des formes d'application normale du principe démocratique : le contrôle, en matière gouvernementale, de l'opinion publique par la publicité. Á la vérité, ce contrôle ne constitue pas une forme spéciale de gouvernement à mettre en parallèle avec le gouvernement représentatif, le gouvernement direct ou semi-direct. En effet, il ne nous présente pas pour l'exercice de la souveraineté un nouvel organe, l'opinion publique, il nous place seulement sur le terrain du contrôle de l'exercice de la souveraineté. Ce contrôle de l'opinion est ainsi susceptible de s'amalgamer avec les formes de gouvernement précédemment indiquées ; il jouera surtout un rôle important au cas de gouvernement représentatif et il sera susceptible d'accentuer, en fait le caractère démocratique du gouvernement considéré. Plus le contrôle de l'opinion publique pourra s'exercer effectivement, plus le gouvernement, quelle que soit d'ailleurs sa forme, sera démocratique. Il y a donc, dans le contrôle de l'opinion publique par la publicité, un élément démocratique de superposition à la forme gouvernementale, qu'il est important de ne pas négliger, quand on veut apprécier ce qu'un gouvernement contient de démocratie* »[150]. La publicité donne certes un droit de regard aux citoyens sur les actes des gouvernants, mais il contribue surtout à une réhabilitation du régime représentatif et du Parlement. C'est pourquoi les deux auteurs insistent précisément sur le fait que « *la publicité apparaît comme un procédé pratique pour le Parlement de provoquer à propos d'une question déterminée, l'opinion du pays ; elle est bien propre à réaliser cette collaboration des représentants et de l'opinion qu'implique le régime représentatif.* […] *La publicité lui rendra d'abord ce service de lui indiquer s'il travaille en harmonie avec l'opinion publique.* […] *Dans un régime qui consacre la publicité démocratique, le citoyen n'est pas seulement celui qui élit les représentants il est aussi celui qui collabore constamment à leur action par un incessant contrôle préventif* »[151]. Dès lors s'accorde-t-on à penser que la démocratie est bien ce « gouvernement du pouvoir public en public » dont parle Norberto BOBBIO[152] où l'opinion publique demeure « *une puissance qui ne cesse*

---

[149] « *Par-dessus tout, il faut compter sur l'atmosphère lumineuse de la publicité créée par le régime de l'opinion* », *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 164.

[150] Joseph BARTHÉLÉMY et Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2004 (Éd. originale 1933), p. 82.

[151] Ibid., pp. 108-109.

[152] *Le futur de la démocratie*, Paris, Seuil, Coll. La Couleur des idées, 2007, p. 186. Le titre du chapitre où le penseur italien développe cette idée est lui aussi particulièrement évocateur : *La démocratie et le pouvoir occulte*, Chap. 8, pp. 185-210.

de se manifester partout sans être ni figurée, ni instituée en un lieu particulier. Elle constitue pleinement pour cela le peuple comme présence active et permanente »[153].

Section 3. Un postulat méthodologique : la méthode interdisciplinaire

Il est d'évidence que s'il existe un consensus autour de l'opinion publique, c'est bien celui de sa polysémie. Ainsi Georges BURDEAU écrivait-il y a quelques années à l'entrée « Opinion publique » de l'Encyclopédia Universalis que « *l'opinion fait partie des phénomènes sociaux apparemment évidents mais qui se dérobent à l'analyse dès que celle-ci vise à la prédiction scientifique* »[154]. Jean STOETZEL pouvait pour sa part insister sur le fait qu'il « *serait vain de chercher à définir l'opinion publique. L'opinion publique n'est pas un objet, c'est un chapitre pour la recherche* »[155]. Sans nul doute, la polysémie du terme tient-elle à la force et à la puissance évocatrice d'une notion qui semble indubitablement liée à des concepts tout aussi difficiles à saisir que ceux de démocratie, de représentation ou de volonté générale. Dès lors, si l'on considère qu'il n'y a pas de définition en soi de l'opinion publique, on est néanmoins forcé d'admettre que plusieurs définitions se côtoient dans le discours juridique et politique et qu'il appartient au juriste de restituer la cohérence interne du raisonnement qui mène vers ses définitions. Pourtant, cette plurivocité soulève un certain nombre d'interrogations méthodologiques qu'il nous appartient ici de lever. Plus spécialement, il conviendra de démontrer que si une étude théorique de l'opinion publique est possible (**PARAGRAPHE 1**), celle–ci doit alors nécessairement s'appuyer sur une approche transversale de cette notion (**PARAGRAPHE 2)**. Ceci nous conduira naturellement à l'annonce du plan de notre étude (**PARAGRAPHE 3**).

---

[153] Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, Coll. Les livres du nouveau monde, 2006, p. 37. L'auteur parle ici des intentions des Constituants de 1789 mais son ouvrage a justement pour ambition de démontrer que cette conception de l'opinion publique perdure à l'âge moderne.

[154] *Encyclopédie Universalis*, Vol. 16, 1995, p. 950.

[155] Jean STOETZEL et Alain GIRARD, *Les sondages d'opinion publique*, Paris, PUF, Coll. Le psychologue, 1979, p. 31.

Paragraphe 1. Une étude théorique de l'opinion publique

La présence de points aveugles dans une discipline est un phénomène qui mérite attention. Pourquoi existe-t-il des objets scientifiquement indiscernables ? Des problématiques tenues à l'écart ? Des approches négligées ou considérées avec suspicion ? Concernant l'opinion publique, l'une des explications souvent invoquées provient de l'indétermination de la notion. Une notion, selon Francis-Paul Bénoit, « *est le moyen par lequel les juristes appréhendent des faits en vue de déterminer quelles règles de droit leur sont applicables : la notion permet de qualifier des faits, c'est-à-dire de les faire rentrer dans une catégorie connue et répertoriée, à laquelle ces faits paraissent correspondre et, en conséquence, de leur déclarer applicable le régime juridique établi pour cette catégorie.* […] *Considérée en elle-même, une notion juridique est l'expression, la formulation, d'une institution reconnue par le droit* ». Au même titre par exemple que la famille ou une collectivité territoriale, « *la notion est alors l'expression d'un phénomène préexistant au droit et auquel est ensuite imputé un régime juridique.* […] *La notion n'existe que par et pour le droit : c'est un outil de juristes* »[156]. Néanmoins, l'auteur fait remarquer que « *nos notions restent toujours quelque peu superficielles* » et qu'elles s'avèrent un outil insuffisant au regard du concept qui lui peut se définir comme « *la représentation d'une idée universelle qui, lorsqu'elle est formulée avec une intention, conduit à la formulation d'une image dans la pensée de l'interprète* »[157]. Á cet égard, les concepts ne s'imposent pas objectivement au juriste puisque c'est lui qui construit, de manière stipulative, et en fonction de critères qui siègent dans son for intérieur, le concept. En d'autres termes, les concepts « *ne sont en aucune façon donnés au juriste ; c'est à lui de les choisir, de les décider, en tenant compte des seules exigences et intérêts de la connaissance scientifique* »[158].

Concernant l'opinion publique, ce distinguo apparaît pourtant comme relativement flou. Son indétermination semblerait la condamner à n'être au mieux qu'une notion, ce qui, du point de

---

[156] *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel*, Mélanges Peiser, PUG, 1995, pp. 27-28.

[157] Eros Roberto Grau, *Notes sur les concepts juridiques*, RRJ, n°3-1994, p. 770.

[158] Charles Eisenmann, *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique*, APD, *La logique du droit*, T. 11, 1966, pp. 33-34, cf. également Frédéric-Guillaume Dromard, *Recherches sur le concept de démocratie dans le droit constitutionnel français*, Thèse, dactyl, Paris I, 2005, pp. 20-28.

vue de la science du droit pose problème[159]. La définition usuelle semble avoir supplanté le concept, rendant impossible toute théorisation. En d'autres termes, « *dans cet univers du comportement, les mots et les concepts tendent à se recouvrir exactement ou plutôt le concept a tendance à être absorbé par le mot. Le contenu du concept n'est pas autre chose que le contenu désigné par le mot, généralisé et standardisé* […]. *Le mot devient cliché ; en tant que cliché il règne sur le langage parlé ou écrit* »[160]. Si l'on ajoute à ces difficultés son absence des textes de droit positif, force est donc de constater que l'opinion publique apparaît comme une de ces « *notions juridiques à géométrie variable, au contenu idéologico-politique souvent chargé, qui constituent une* […] *occasion de tester l'interaction des critères de légalité d'une part, d'effectivité et de légitimité d'autre part* »[161]. Néanmoins, ce constat n'est pas partagé part tous. Tout d'abord, ainsi que le souligne Charles EISENMANN, « *tous les concepts utilisés par le juriste ne proviennent pas de ces sources de droit positif, des textes ; certains concepts sont élaborés par lui, et les mots correspondants choisis par lui dans son travail de connaissance systématique du droit, aux fins de l'analyse ou de la théorie du droit* »[162]. Plus loin, le prestigieux auteur précise que le juriste de doctrine « *est appelé parfois à créer lui-même des concepts à contenu juridique qui lui servent à la connaissance et à l'analyse systématique du droit, mais qui ne sont pas posées par les sources du droit positif, ou dont la détermination d'objets concrets, ne lie cette fois pas le juriste* »[163]. Tels sont, pour l'auteur, les concepts de théorie politique ou constitutionnelle générale au nombre desquels il est aisé de ranger l'opinion publique. En outre, les différentes disciplines ayant déjà saisi l'opinion publique n'hésitent pas à la qualifier de concept, que cela soit des travaux de science politique[164] ou à connotation historique[165], voire de notion-concept[166]. Pour notre part, malgré les incertitudes qui l'entourent, nous choisirons de désigner l'opinion publique comme une notion, ce qui ne nous empêche donc pas de la considérer comme un objet

---

[159] Comme l'indique Philippe JESTAZ, « *de même que les postulats sont, suivant une formule fameuse, la grande honte des géomètres, de même les notions indéfinies créent un malaise au sein de la science juridique* », *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, T. 87, 1968, p. 9.

[160] Herbert MARCUSE, *L'homme unidimensionnel*, Paris, Éd. de Minuit, 1968, p. 112.

[161] François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, PUFSL, 2002, p. 346.

[162] *Quelques problèmes de méthodologie des définitions (…)*, op. cit., p. 26.

[163] Ibid., p. 29.

[164] Notamment Loïc BLONDIAUX, *La fabrique de l'opinion*, précité.

[165] Keith Michael BAKER, *Au Tribunal de l'opinion (…)*, précité.

[166] Jacques GUILHAUMOU et Raymonde MONNIER, *Avant-propos*, IN GUILHAUMOU Jacques et MONNIER Raymonde (Dir.), *Des notions-concepts en révolution. Autour de la liberté politique à la fin du 18ème siècle*, Paris, Société d'Études Robespierristes, n°4, 2002, pp. 7-13.

juridique[167]. En effet, il ne nous semble pas possible d'épurer la notion d'opinion publique pour l'élever au statut du concept, sauf à accroître la confusion : nous devons plutôt prendre comme une donnée son utilisation multiforme dans le discours politique et juridique, s'interroger sur ce que « produisent » ces incessants recouvrements de sens.

Le flou qui entoure la notion d'opinion publique nous incite donc à une grande prudence et à une grande modestie. Il nous faut en effet nécessairement partir de ce que nous ne savons pas ce qu'est l'opinion publique pour ne la saisir qu'au travers des discours qui la prennent pour objet[168]. En d'autres termes, l'approche lexicale sera ici privilégiée. Il s'agira donc de décrire l'usage du mot dans un certain nombre de discours, doctrinaux ou juridictionnels. Comme il a pu être parfois souligné, « *l'étude d'un concept qui a déjà dans l'usage un contenu vague et incertain, dans la perspective d'en donner une définition explicative, comporte un avantage : c'est qu'il est possible avant d'avoir accompli le travail de définition de commencer à introduire le concept dans le discours, en jouant sur la connaissance intersubjective de sa signification usuelle, à condition d'être prudent, et en se limitant ainsi à marquer les limites de la signification où ensuite s'inscriront les limites de la signification explicative* »[169]. Il convient de préciser qu'une autre approche est possible mais qu'elle mène, selon nous, à une impasse : celle d'enfermer le concept dans une signification fixée à l'avance afin d'examiner si l'emploi de la notion par les différents acteurs du droit est cohérent ou non[170]. Quoique séduisante, une telle approche reviendrait inévitablement à restreindre la portée d'une telle étude, dont l'intérêt repose justement sur la polyphonie de l'expression. Il ne s'agit donc pas de dire avec certitude ce qu'*est* l'opinion publique, ni même ce qu'elle *devrait* être, et d'écarter les autres définitions proposées comme autant de déformations de cette réalité première. Une telle approche serait inévitablement prescriptive, et ne ferait que renforcer le caractère éminemment politique et axiologique de la notion. Il convient donc de ne pas céder à ce qu'Olivier Beaud appelle « l'idéalisme juridique » et dont le principal travers est « *de*

---

[167] Olivier Beaud écrit avec justesse que « *quand le constitutionnaliste n'a plus aujourd'hui la ressource de s'appuyer sur la jurisprudence pour penser son objet, il croit que ce n'est plus un objet juridique* », *Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution*, rfda, n°6-2001, p. 1195. Ce qui ne signifie pas en l'espèce, nous le verrons, qu'une approche juridictionnelle ne soit pas opportune.

[168] Telle est également la méthode retenue en sciences sociales par Loïc Blondiaux, *La fabrique de l'opinion*, op. cit., pp. 18-19.

[169] Vittorio Villa, *La science du droit*, Paris, lgdj, 1991, p. 7, cité par Frédéric-Guillaume Dromard, *Le concept de démocratie (…)*, op. cit., p. 7.

[170] Pour une démonstration récente et particulièrement réussie s'appuyant sur cette méthodologie, cf. Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Thèse, dactyl., Lyon III, 2006.

surestimer les vertus du concept juridique (c'est-à-dire plus précisément du « concept issu de la doctrine ») en y voyant à tort le seul moyen de résoudre des problèmes juridiques concrets »[171]. En ce sens, l'approche lexicale gagne en objectivité : « *elle diminue en effet les interférences dues au propre vécu de l'observateur extérieur, à son expérience personnelle, en l'obligeant à prendre le terme dans ses multiples usages, non dans celui qu'il pourrait considérer à part soi comme le meilleur, risquant ainsi de s'enfermer dans un jugement de valeur* »[172]. En d'autres termes, l'approche lexicale nous conduit à mettre en évidence que l'opinion publique est une notion à contenu variable, une notion floue qui a du mal à être systématisée mais qui n'en demeure pas moins utilisée par les acteurs du système juridique[173]. Son éventuel contenu idéologique, issu du libéralisme, n'empêche pour ainsi dire pas une véritable théorisation de la notion, du moment que celle-ci se trouve reprise par le droit positif et par le juge : en effet, « *décrire ces idéologies, c'est toujours décrire le droit positif. L'inverse revient à préjuger du contenu même du droit positif et se condamner à la description de ses propres préjugés que l'on aurait pris pour des objets de connaissance, à se condamner en un mot, au solipsisme* »[174]. Une étude constitutionnelle et juridictionnelle de l'opinion publique est alors possible, pour autant que l'on adopte une démarche transversale.

Paragraphe 2. Une approche transversale de la notion d'opinion publique

L'approche transversale de l'opinion publique s'impose selon nous pour deux raisons principales : d'une part, il s'agit d'une notion qui trouve avant tout son origine dans les sciences sociales et qui est « reçue » par la science juridique. Par delà ce phénomène d'importation d'une notion, il s'agit dès lors de ne pas négliger ce que nous enseignent ces autres disciplines si l'on veut dégager une théorie de l'opinion publique. La méthode interdisciplinaire nous semble ainsi

---

[171] Olivier Beaud, *La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'État » de Carré de Malberg*, RDP, n°5-1994, p. 1298.

[172] Frédéric-Guillaume Dromard, *Recherches sur le concept de démocratie (…)*, op. cit., p. 34.

[173] Vincente Fortier estime ainsi que la notion floue apparaît « *comme la dénomination globalisante pour traiter de ces concepts qui invitent le juge à émettre un jugement de valeur portant directement sur des comportements sociaux par référence à un système normatif, juridique ou non, existant ou en formation, afin de rendre une décision ou de poser une norme* », *La fonction normative des notions floues*, RRJ, n°3-1991, p. 757.

[174] Pierre Brunet, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Bruxelles, LGDJ-Bruylant, Coll. la pensée juridique, 2004, p. 8.

à même d'être retenue (**Sous-Paragraphe 1**) ; d'autre part, la transversalité de l'approche se justifie parce qu'au-delà des particularismes constitutionnels, le discours sur l'opinion publique fait appel à différentes sources du droit. La définition du droit constitutionnel retenue sera alors particulièrement ouverte (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Le choix de la méthode interdisciplinaire

La posture scientifique que nous adoptons se veut donc critique à l'égard de la dogmatique juridique classique, « *tout en étant soucieux des impensés disciplinaires* »[175]. Le positivisme juridique[176] postule que les règles de droit sont le fruit d'une activité humaine et qu'elles ne sont pas déduites les unes des autres selon le modèle de la causalité propre aux sciences de la nature. Le droit est dès lors le droit positif, c'est-à-dire l'ensemble des normes posées. Une telle conception n'interdit pas au juriste de s'intéresser au langage des auteurs du droit ou de ceux qui décrivent ce système, bien au contraire même[177], mais elle réfute l'hypothèse que la science du droit puisse utiliser les concepts des autres sciences. Ainsi, au début du XXème siècle, ainsi que le rappelle Michel TROPER, « *la science du droit constitutionnel décrivait-elle ces normes, c'est-à-dire ce qui, selon ces normes devait être. L'étude des comportements effectifs relevait alors de la science politique ou, dans la mesure où on ne voulait pas l'abandonner à une science distincte d'une discipline universitaire sans véritable statut épistémologique, l'étude des institutions politiques* »[178]. En ce sens, l'opinion publique n'apparaît pas comme un concept juridique, ce avec quoi nous nous accordons, mais l'utilité même de son étude est remise en cause d'un point de vue scientifique. Ceci a d'autant moins d'intérêt que la théorie positiviste se présente justement comme l'élaboration formelle d'une science purifiée de toute considération politique, d'une dissociation totale du droit et du politique. Or, il est difficile de ne pas voir dans l'opinion publique une

---

[175] Bastien FRANÇOIS, *Préalables avant de prendre le droit comme objet. Notations en forme de plaidoyer pour un point de vue a-disciplinaire mais néanmoins soucieux des impensés disciplinaires*, IN COMMAILLE Jacques, DUMOULIN Laurence et ROBERT Cécile (Dir.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et société, n°7, 2000, pp. 115-121.

[176] Il convient de préciser que le positivisme juridique est une expression qui recouvre plusieurs sens, ainsi que l'a rappelé Norberto BOBBIO : « *dans un premier sens, la connaissance du droit ne dépend d'aucune évaluation morale, dans un deuxième sens, le contenu du droit ne dépend pas de la morale, dans un troisième sens, le droit peut se substituer à la morale* », Pierre BRUNET, *Bobbio et le positivisme juridique*, Analisi e diritto, 2005, p. 159. En ligne, http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2006/12brunet.pdf

[177] Comme le soulignait KELSEN « *toute tentative visant à définir un concept doit partir de l'usage courant du mot qui dénote ce concept* », *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1997, p. 56.

[178] *L'avenir du droit constitutionnel*, RBDC, n°2-2001, pp. 135-136.

« *notion sas* » par lesquelles les idées politiques acquièrent une signification juridique et dont une « *théorie politique du juridique* » permet de rendre compte[179].

D'un autre côté, il ne s'agit pas non plus de prôner une simple méthode pluridisciplinaire, comprise comme une simple juxtaposition des regards spécifiques à chaque discipline qui préserve certes l'hétérogénéité des points de vue produits sur le même objet mais qui risque d'aboutir à une sorte de « *Babel scientifique* »[180]. De même, la notion de transdisciplinarité proposée par Denys DE BÉCHILLON[181] nous semble à écarter. Cette méthode se doit en effet d'être comprise comme une tentative « *d'abandonner les points de vue particuliers de chaque discipline pour produire un savoir autonome d'où résultent de nouveaux objets et de nouvelles méthodes. Il s'agit cette fois d'une intégration des disciplines* »[182]. Á cet égard, il nous semble qu'une telle méthode semble également partagée par Alain LAQUIÈZE, lequel estime par exemple que « *l'emprunt à la psychosociologie permettrait également de mieux comprendre comment une opinion publique peut influer sur l'édiction de la règle de droit.* […] *Il devient nécessaire d'analyser la constitution d'opinions collectives spécifiques au sein d'institutions telles que les entreprises, les collectivités locales, l'administration, les partis politiques etc. et d'évaluer comment ces différentes opinions communiquent pour former ce qu'il est convenu d'appeler l'opinion publique. Le défi est ambitieux, mais il doit être relevé pour mieux comprendre comment interagissent des normes juridiques et celui des phénomènes sociaux* »[183]. A vrai dire, nous estimons que cette démarche risque de nier la spécificité du langage juridique et qu'elle s'apparente davantage à une forme d'« *utopie scientifique* »[184]. Connaître les avancées de la psychosociologie peut certes permettre au juriste d'appréhender sous un jour nouveau l'édiction de la règle de droit ou le discours tenu par la doctrine, mais il apparaît impossible de bâtir une « *théorie sociale unificatrice* »[185], sous peine de réduire ici le droit à un simple fait social. Il ne s'agit donc nullement de disqualifier en quoi que ce soit les

---

[179] Carlos-Miguel HERRERA, *Droit et gauche (…)*, op. cit., p. 2.

[180] François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ?*, IN CHAZEL François et COMMAILLE Jacques (Dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Coll. Droit et société, 1991, p. 77.

[181] Denys DE BÉCHILLON, *La notion de transdisciplinarité*, Revue du MAUSS, n°10, 1997, pp. 185-

[182] François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la scène au balcon (…)*, op. cit., p. 77. Selon Denys de BÉCHILLON, « *il s'agit bien d'un pouvoir spécifique que possède cette dernière d'aller chercher quelque chose au-delà des clivages disciplinaires* », ibid., p. 192.

[183] Alain LAQUIÈZE, *L'opinion publique des juristes*, op. cit., p. 71.

[184] François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la scène au balcon (…)*, op. cit., p. 78.

[185] Cf. Michel MIAILLE, *Le droit constitutionnel et les sciences sociales*, RDP, n°2-1984, pp. 276-297.

paradigmes existants ni les travaux menés au cœur de la discipline juridique. En ce sens, toute problématique féconde mérite d'être explorée selon ses logiques propres, sans ravaudages méthodologiques tous azimuts, mais « *il existe des faits qui ne peuvent être découverts qu'à l'aide d'alternatives théoriques à vérifier, et qui deviennent indisponibles aussitôt que de telles alternatives sont exclues* »[186].

Notre propos n'est donc pas de systématiser et de transformer l'opinion publique en un concept opératoire pour décrire le droit positif. Une telle volonté s'assignerait à l'échec. Nous voudrions démontrer, plus modestement, qu'une articulation des savoirs est possible et que ce dialogue entre différentes disciplines peut déboucher, alors, sur « *une réorganisation partielle des champs théoriques en présence* »[187]. Sans doute cette méthode correspond-elle à la volonté de Charles EISENMANN de favoriser « *un esprit d'élargissement et d'enrichissement qui est conforme à la nature des choses, et sain, contrairement à l'esprit de rétrécissement, de cloisonnement, et d'ignorance mutuelle plus ou moins teintée d'hostilité* »[188]. Il s'agit donc de permettre une confrontation épistémologique entre le droit, l'histoire et la science politique, tout en respectant toutefois le principe de séparation méthodologique entre ces différentes disciplines[189]. Cette approche, qui était déjà celle prônée par JELLINEK[190], semble particulièrement adaptée aux notions issues des sciences sociales et dont la « charge » politique est évidente. Dès lors, nous acceptons l'invitation à ne pas

---

[186] Paul FEYERABEND, *Contre la méthode*, Paris, Seuil, 1979 (1ère Éd. 1975), p. 36.

[187] François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la scène au balcon (…)*, op. cit., p. 77.

[188] *Droit constitutionnel et science politique, Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1957, pp. 72-85, repris IN EISENMANN Charles, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon Assas, Coll. les introuvables, 2002, p. 524.

[189] « *Dans ce cas, la recherche s'opère à partir du champ théorique d'une des disciplines en présence qui développe des problématiques et des hypothèses qui recoupent partiellement celles qu'élabore, de son côté, l'autre discipline.* […] *Dans ce cas, on procède à la traduction d'un jeu de langage dans un autre, ceci sans nier les difficultés et même les limites inhérentes à ce type d'exercice, notamment la nécessité de respecter le « génie propre » de chaque langage* », ibid., p. 77 ; dans le même sens, Csaba VARGA, *Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques*, APD, T. 18, 1973, pp. 215-241.

[190] « *De même qu'il n'existe pas de science sans présupposé, de même il n'y a pas de droit constitutionnel* […] *qui n'emporte avec soi certains présupposés quant à l'essence de l'État ou même d'une certaine formation étatique concrète. Et ce n'est pas non plus l'ignorance absolue du mouvement historique, qui s'accomplit souvent en contradiction avec les formes du droit, ni davantage l'absence totale de prise en considération de la politique que l'on recherche à travers l'exigence de séparation du droit public par rapport aux autres modes de considération de l'État* […]. *C'est grâce à la prise en considération de leur signification politique que, dans bien des cas, l'on peut parvenir à la compréhension la plus profonde des règles abstraites du droit public* », *Die Lehre von den Staatenverbidungen (1882)*, Goldbach, Keip, 1996, p. 9, cité par Olivier JOUANJAN, *Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek*, IN VIALA Alexandre (Dir.), *La Constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, p. 193.

isoler les concepts mais à les considérer comme inscrits dans un large contexte et souvent à la croisée de différents discours spécialisés (théorie politique, science politique, histoire, sociologie etc…). Ce pluralisme méthodologique, que l'on qualifie parfois de « *post positiviste* »[191], notamment inspiré des travaux de l'École de Cambridge[192], doit nous permettre d'éviter le piège du présentisme dans lequel tombent certains auteurs « *qui en viennent à la réflexion sur le passé constitutionnel non tant pour comprendre et l'expliquer que pour justifier leurs propres élaborations doctrinales* »[193]. Notre démarche n'est certes pas à proprement parler historique et n'a pas vocation à reproduire une histoire du concept, mais il s'agira de démontrer que certaines acceptions du syntagme « opinion publique », pour historiquement datées qu'elles puissent être – nous pensons particulièrement à la métaphore du Tribunal de l'opinion – peuvent être utiles au juriste pour appréhender l'usage contemporain qui est fait de ce terme par les acteurs du système juridique[194]. En d'autres termes, nous devons comprendre que « *l'histoire, pour un constitutionnaliste, n'est pas seulement une science auxiliaire : elle fait partie intégrante de l'objet même de l'observation juridique* »[195]. La définition du droit constitutionnel qui est sous-tendue par cette méthode se veut donc ouverte, mais non moins exigeante.

---

[191] Alexandre GUIGUE, *Autour des méthodes positivistes*, RRJ, n°3-2006, p. 1189. L'auteur appuie sa démonstration sur les travaux de Karl POPPER et de Thomas KUHN notamment.

[192] Dont les principaux représentants sont Quentin SKINNER et Reinhart KOSELLECK. Comme le souligne Alexis LAPOINTE, la méthode dégagée par SKINNER s'appuie sur trois axes fondamentaux : « *l'interprétation des textes historiques, l'examen critique de la formation des idéologies et des changements idéologiques, l'analyse de la relation entre l'idéologie et l'action politique* ». Á partir de là, SKINNER dégage cinq étapes : « *1/ Qu'est-ce que l'auteur fait (ou faisait) en écrivant un texte en relation à d'autres textes disponibles qui constituent le contexte idéologique ?; 2/ Qu'est-ce que l'auteur fait (ou faisait) en écrivant un texte en relation à des formes d'actions politiques disponibles qui constituent le contexte pratique ?; 3/ Comment les idéologies peuvent-elles être identifiées, étudiées et expliquées ?; 4/ Quelle relation entre l'idéologie politique et l'action politique explique le mieux la diffusion de certaines idéologies* […] *; 5/ Quelles formes de théorie et d'action politique sont impliquées dans la propagation et la légitimation des idéologies ?* », *Les méthodes de Quentin Skinner et de Reinhart Koselleck. De l'épistémologie de l'histoire à la pratique politique*, IN CHEVALIER Ludovic (Dir.), *La politique et ses normes. Les débats contemporains en philosophie politique*, PUR, Coll. l'univers des normes, 2006, pp. 69-70.

[193] Joaquin VARELA SUANZES-CARPEGNA, *L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode*, RFDC, n°68, 2006, p. 686. Contra Michel TROPER, *Sur l'usage des concepts juridiques en histoire*, Annales ESC, Vol. 47, n°6-1992, pp. 1171-1183.

[194] Ce postulat n'est pas partagé naturellement par les auteurs positivistes. Ainsi, Pierre BRUNET écrit que « *prétendre prouver la pertinence de concepts contemporains, à l'aide des catégories du passé c'est se condamner à la circularité du passé et courir le risque de confondre la description scientifique avec sa propre idéologie. Par définition, les concepts contemporains ne peuvent être retrouvés dans le passé qu'au terme d'un travail d'interprétation, lequel se fait à l'aide des catégories contemporaines, de sorte qu'au final l'on est assuré de trouver rien d'autre que ce que l'on y a mis soi-même* », *Vouloir pour la Nation (…)*, op. cit., pp. 20-21.

[195] Boris MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé*, RIDC, Vol. 4, n°2-1952, p. 400.

Sous-Paragraphe 2. Une définition ouverte du droit constitutionnel

Jean-Marie DENQUIN a particulièrement mis en évidence le souci qui est le nôtre, à savoir inscrire notre recherche dans une problématique globale. Ainsi, concluant son invitation à repenser le droit constitutionnel, l'auteur insiste sur le fait que « *lorsqu'on essaie de comprendre les réalités juridiques au-delà d'une simple exposition du droit positif, on rencontre inévitablement des problématiques structurées par quelques grandes alternatives. La richesse des analyses s'inscrit ainsi naturellement dans une problématique globale. Celle-ci, réciproquement, légitime les questions particulières en montrant qu'elles s'enracinent dans quelques grandes interrogations touchant à la nature des phénomènes juridiques* »[196]. Adopter une telle démarche ne signifie pas pour autant qu'il ne faille pas délimiter notre recherche, tant dans l'espace que sur le fond.

Tout d'abord, si notre étude ne privilégie aucun système juridique en particulier, elle examinera néanmoins plus particulièrement le discours juridique français. Une telle position apparaît d'autant plus logique eu égard à la généalogie historique de la notion. Toutefois, celle-ci demeure encore relativement ignorée par le droit positif français *stricto sensu*. C'est pourquoi l'approche comparatiste apparaît comme nécessaire en ce qu'elle permet de dévoiler que « *les systèmes juridiques sont formellement fermés et matériellement ouverts* »[197]. Pour autant, il convient d'éviter un certain nombre d'écueils, notamment celui de la traduction et de la signification du vocable « opinion publique »[198]. Ce danger avait été relevé dès l'origine[199] et certains publicistes, tel Rudolf SMEND, avaient pu relever par exemple que le terme allemand *Öffentlichkeit* était « *une traduction nécessairement mauvaise et inadéquate* » du concept de Publicité[200]. Il n'en demeure pas moins que les avantages que l'on peut retirer du droit comparé méritent cette prise de risque. En

---

[196] *Repenser le droit constitutionnel*, DROITS, n°32, 2000, p. 6.

[197] Otto PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, RIDC, Vol. 53, n°2-2001, p. 277.

[198] Comme le souligne Otto PFERSMANN, la science du droit peut se comprendre, abstraitement, « *comme l'ensemble des propositions descriptives des normes des ordres juridiques en vigueur. Mais puisque leur formulation se fait à l'aide d'énoncés dans les langues ordinaires ou semi-ordinaires concrètes l'on est aussitôt confronté au problème traditionnel de la signification exacte de ces énoncés* », ibid., p. 283.

[199] Par exemple Georg FORSTER assimile dès 1793 l'opinion publique au *public spirit* anglais et à l'*öffentliche Meinung* allemand. Ces différences sémantiques n'empêchent toutefois pas l'historien de saisir le projet de l'auteur qui est alors de « *présenter la Révolution française dans toutes ses précipitations, afin de la faire passer pour l'expression de l'opinion publique* », Hans Erich BÖDECKER, « *… l'instrument de la Révolution et en même temps son âme » (…)*, op. cit., p. 374.

[200] *Á problème du public et de l'espace public (…)*, op. cit., p. 164.

effet, « *le droit comparé est* […] *le plus important catalyseur de questions théoriques* »[201]. Par la recherche de points de comparaison entre d'une part les systèmes juridiques et d'autre part les différents discours qui décrivent le droit positif, l'approche comparatiste permet de rechercher les fondements extra-juridiques qui ont donné naissance au droit. On peut ainsi avancer l'hypothèse qu'« *un ordre juridique se place toujours dans un ensemble sociétal. Des connaissances sur la société toute entière dans laquelle le droit visé est conçu et appliqué apparaissent indispensables ; le cadre strictement juridique est donc trop étroit, car le droit reflète des réalités dont il dépend* »[202]. Le dialogue qui existe d'ailleurs entre les doctrines anglo-saxonnes et françaises au XXème siècle pour délimiter ce que constitue un gouvernement d'opinion conforte notre propos et témoigne de la « *fertilisation croisée* »[203] dont fait preuve la notion d'opinion publique. Enfin, il importe de souligner combien, malgré quelques hésitations, les juridictions constitutionnelles démontrent une volonté d'utiliser le droit comparé comme une méthode d'interprétation[204]. La théorie du droit vivant, entendue au sens large comme « *l'ensemble du droit étranger à la Constitution que prend en compte le juge, non pas comme constituant une norme de référence, mais comme constituant une source d'inspiration* »[205], oblige à considérer le droit comparé comme constituant une clef d'interprétation supplémentaire.

L'approche comparatiste souligne alors le rapprochement possible entre théorie juridique et politique. Boris MIRKINE-GUETZEVITCH avait parfaitement résumé cette ambition lorsqu'il écrivait que « *les études du droit constitutionnel comparé apprennent la relativité des textes, des formules et des dogmes. Les textes ne créent pas les démocraties ; les hommes et les idées, les partis et les principes, les mystiques et les affirmations, les mœurs et les traditions sont les facteurs déterminants d'un régime. Les*

---

[201] Otto PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, op. cit., p. 287. Dans le même sens, cf. Constance GREWE, *L'actualité du droit constitutionnel ou la résurrection d'une discipline juridique*, Mélanges Goy, Publications de l'Université de Rouen, 1998, pp. 85-95.

[202] Otto KAUFMANN, *Le droit social comparé*, Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 8, mars 2004, en ligne http://www.ejcl.org/81/art81-1.html ; dans le même sens, cf. Amèle MANSOURI, *Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé*, RDIDC, n°3-2006, pp. 173-196.

[203] Esin ORUCU, *Studies in Legal systems : mixed and mixing*, Kluwer, 1996, p. 342, cité par Laurent ECK, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, op. cit., p. 48.

[204] Cf. Fanny JACQUELOT, *Le juge constitutionnel et le droit comparé*, LPA, n°12-2007, pp. 8-14.

[205] Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Les normes de références extra constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Mélanges Loïc Philip, *Constitution et Finances publiques*, Paris, Economica-PUAM, 2005, p. 169 ; cf. également Gustavo ZAGREBELSKY, *La doctrine du droit vivant*, AIJC, Vol. II, 1986, pp. 55-77 ; Caterina SÉVÉRINO, *La prise en compte du contexte juridique comme méthode d'intégration et d'enrichissement de concepts dans l'interprétation du Conseil constitutionnel*, IN BIOY Xavier, MOUTON Stéphane et ROUSSILLON Henry (Dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, PUSST, 2006, pp. 377-401.

textes créent certaines conditions d'évolution, de transformations, de réalisations politiques. […] *La logique juridique qui normalise, qui stabilise la dialectique constitutionnelle est certes indispensable mais les Constitutions ne se limitent pas à la technicité ; elles constituent des ensembles institutionnels que les Anglais appellent « government ». C'est la science politique, la grande science qui, au XVIII*ème *et XIX*ème *siècles s'écrivait en français. Aujourd'hui elle a besoin d'être modernisée, systématisée, aérée par des rapprochements entre théories juridiques et politiques, par la connaissance plus attentive de l'histoire. Cette science politique est inséparable de la théorie et des faits du droit constitutionnel comparé* »[206]. Cette invitation à concevoir une imbrication entre science du droit et science politique peut apparaître aujourd'hui surprenante tant ces deux sciences se constituent autour d'un « *principe de démarcation mutuelle* »[207]. Pourtant, l'opinion publique apparaît bien comme un paradigme commun, susceptible de renouer le dialogue entre ces deux disciplines sans pour autant nier leur spécificité. En outre, il apparaît naturel de penser que le droit constitutionnel, droit de la démocratie, ne peut être dépouillé de son essence éminemment politique car « *de fait, plusieurs données de base du droit constitutionnel sont déterminées par l'idée de politique, telle que la raison humaine peut en saisir les caractères* »[208]. Il ne s'agit donc pas de renouer avec une méthode empirique, telle que celle prônée par James Bryce et dont Joseph Barthélémy fut l'un des fervents

---

[206] *Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé*, op. cit., p. 417. Dans le même sens, Christian Bidégaray et Claude Emeri, *Du droit constitutionnel au gouvernement comparé*, Mélanges Auby, Dalloz, 1992, pp. 445-461.

[207] Jacques Chevallier, *Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité*, in curapp, *Droit et politique*, Paris, puf, 1993, p. 252. Du même auteur, cf. Jacques Chevallier, *Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel*, Mélanges Avril, *La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 183-199. Pour une approche politiste et historique sur la question, on peut se reporter utilement à l'article de Guillaume Sacriste, *Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIX*ème *siècle*, rhsh, n°4-2001, pp. 69-94.

[208] Denis Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris, puf, Coll. qsj, 3ème Éd., 2006, p. 5. Selon l'auteur, l'une de ces données tient notamment « *dans la manière dont l'action politique place les individus les uns vis-à-vis des autres dans des positions différentes : les uns sont appelés gouvernants, parce qu'ils peuvent, dans l'intérêt commun, exercer une contrainte sur d'autres, qui sont appelés gouvernés* », pp. 5-6.

partisans[209], et qui aboutirait à dissoudre le droit constitutionnel dans la science politique[210]. Si la science du droit constitutionnel ne consiste donc pas en une science empirique, s'appuyant sur une méthode déductive et d'observation des faits[211], on peut avec Charles EISENMANN, pourtant ardent défenseur du positivisme juridique, considérer néanmoins que le dualisme entre droit et science politique est « *partiel, relatif, et souple. Les deux disciplines ne se meuvent point dans deux univers étrangers l'un à l'autre et sans communication ni passage : elles ont des points de contact ou de convergence, et même plus, des zones d'opération communes* »[212]. En d'autres termes, pour reprendre les propos de René CAPITANT, nous estimons que « *les sciences économiques, politiques et sociales doivent trouver auprès d'elles un accès plus large encore, non certes pour y évincer les disciplines juridiques, mais pour s'unir, au contraire, étroitement à elles, afin tout à la fois d'élargir et d'humaniser*

---

[209] Cf. la préface de BARTHÉLÉMY à l'ouvrage de BRYCE, *Les démocraties modernes*, op. cit., pp. 7-14. Ainsi que le souligne d'Olivier BEAUD, il existe bien une « École barthélémyste » du droit constitutionnel qui fut fondée par et poursuivie par la génération qui suit celle de René CAPITANT (Maurice DUVERGER, Georges VEDEL, Georges BURDEAU etc.), *Préface* à René CAPITANT, *Écrits d'entre-deux guerres*, Paris, Éd. panthéon Assas, Coll. les introuvables, 2004, p. 36. Toutefois, Olivier BEAUD démontre que BARTHÉLÉMY fut l'un des contempteurs de la doctrine constitutionnelle classique, notamment par son refus de considérer la Théorie de l'État comme consubstantielle à l'étude du droit constitutionnel, *Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique*, DROITS, n°32, 2000, pp. 89-108. Pour une vision moins critique, cf. Dominique CHAGNOLLAUD, *Á propos de la reparution du Traité de droit constitutionnel de Joseph-Barthélémy*, Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique, n°25/26-2005-2006, pp. 407-412.

[210] Á l'opposé se situe la pensée de Raymond CARRÉ DE MALBERG dont René CAPITANT affirme qu'il « *se place d'un point de vue complètement opposé à celui des auteurs anglais qui décrivent les régimes dans leurs mœurs, dans leurs pratiques, en notant les faits, et de préférence les plus pittoresques, en rapportant les anecdotes, en peignant les hommes et les choses plutôt que les institutions, suivant une méthode essentiellement empirique qui ne leur permet d'évoquer les principes que dans ces réflexions pleines d'humour et de saveur dont ils savent entrecouper leurs descriptions* », *L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg*, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, n°1/2-1937, p. 87.

[211] Ainsi le Doyen VEDEL soulignait-il que « *certes, droit constitutionnel et science politique ne peuvent s'identifier ; il demeurera toujours entre eux la ligne qui sépare le normatif du descriptif, l'impératif de l'indicatif. Mais enfin, il est permis de rêver d'une science juridique qui serait plus attentive au réel et d'une science politique qui comprendrait qu'une collection de faits n'est pas plus une science qu'un tas de pierres n'est une maison* », *La notion de dialogue dans les démocraties modernes*, IN VEDEL Georges (Dir.), *Grands problèmes de la science politique contemporaine*, Bruxelles, Éd. de la librairie encyclopédique SPRL, Coll. Bibliothèque de l'Institut Belge de Science Politique, 1958, p. 8.

[212] *Droit constitutionnel et science politique*, op. cit., p. 520. Pierre AVRIL résume l'enjeu d'une jolie formule : « *le phénomène constitutionnel* […] *n'est réductible ni au droit seul, ni à la seule politique. Le droit constitutionnel souffre d'hémiplégie s'il s'isole de la science politique. Et réciproquement* », *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1997, p. 13. Cf. également Olivier BEAUD, *Constitution et droit constitutionnel*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2003, p. 257-265.

l'enseignement du droit, et de puiser en lui la connaissance des lois et des institutions qui sont le moule et l'armature des sociétés »[213].

Par ces rapprochements successifs, c'est donc la notion même de droit constitutionnel qui se trouve interrogée. Il y a peu, Xavier BIOY constatait que « *dans une certaine mesure, le droit constitutionnel contemporain, dont l'objet dépasse les traditionnelles institutions politiques et tend également à dépasser le champ des droits et libertés, sert de « métadiscours » aux différentes sources du droit* »[214]. Cette position, qui était déjà celle du Doyen VEDEL[215], met l'accent sur le processus de constitutionnalisation des différentes branches du droit et nous invite à inclure dans le champ de cette recherche le droit européen des droits de l'homme. Ce choix peut de prime abord apparaître surprenant mais il est justifié par deux raisons principales. D'une part, en raison du monisme juridique[216], le droit de la Convention européenne des droits de l'homme a considérablement enrichi notre patrimoine constitutionnel de droits et libertés, à tel point que l'on a pu parfois parler d'un « patrimoine constitutionnel européen » ou d'une « *culture constitutionnelle partagée* »[217]. D'autre part, dans une acception large des droits de nature

---

[213] *L'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg*, op. cit., p. 84. Comme l'avait déjà souligné René CAPITANT, « *la méthode dont j'essaierai de m'inspirer est celle des auteurs anglo-saxons de science politique, d'un Lawrence Lowell ou d'un Ramsay Muir* », Lettre à M. Fehling, IN *Archives privées de René Capitant*, publiée en annexe du volume, *Face à l'Allemagne nationale-socialiste*, citée par Olivier BEAUD, *Préface*, op. cit., p. 39.

[214] *Les (r)évolutions du droit constitutionnel : propos introductifs*, IN KRYNEN Jacques et HECQUARD-THÉRON Maryvonne (Dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit. T. 2, Réformes-Révolutions*, PUSST, 2005, p. 563.

[215] « *Le droit constitutionnel est la branche fondamentale du droit public interne. Il n'existe pas de frontières précises entre le droit constitutionnel et les autres branches du droit public interne* », *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002 (Éd. originale, 1949), pp. 3-4.

[216] Nous n'ignorons toutefois pas que le Conseil constitutionnel refuse cette vision des choses et n'inclut pas dans son bloc de constitutionnalité les traités internationaux, et plus particulièrement la Convention européenne des droits de l'homme : « *Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ; Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ; Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* », Décision n°54-74 DC du 15 janvier 1975, LOI RELATIVE À L'INTERRUPTION VOLONTAIRE DE GROSSESSE, Cons. 5, 6, 7. Á l'inverse, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé à plusieurs reprises la primauté de la Convention sur des dispositions de droit interne, y compris de nature constitutionnelle. Pour une illustration récente, CEDH, 26 avril 2007, Dumitru Popescu c. Roumanie (no 2) : « *la Cour estime qu'un système basé sur la primauté de la Convention et de la jurisprudence sur les droits nationaux est à même d'assurer au mieux le bon fonctionnement du mécanisme de sauvegarde mis en place par la Convention et ses protocoles additionnels* », § 103. Cf. Bertrand BEIGNER et Stéphane MOUTON, *La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction*, D., n°21-2001, pp. 1636-1642.

[217] Dominique ROUSSEAU, *Pour une Constitution européenne*, LE DÉBAT, n°108, 2000, p. 55.

politique, la Cour européenne tient compte à la fois des droits qui font participer les citoyens aux pouvoirs publics (droit à des élections libres) et où la figure de l'opinion publique joue un grand rôle[218], et des droits qui contribuent à la mise en œuvre de ces droits (liberté d'expression, de réunion pacifique, d'association entre autres) et qui permettent l'émergence d'une opinion publique libre et éclairée[219]. En d'autres termes, la Convention européenne des droits de l'homme systématise « *le lien intime unissant la proclamation des libertés fondamentales et la société démocratique : il n'est pas de démocratie sans libertés fondamentales et, en retour, la démocratie leur permet de s'épanouir. Á cet égard, tous les droits ont une dimension politique* »[220].

Nous ferons donc l'hypothèse que l'étude du droit constitutionnel repose sur une subtil mélange entre sa composante institutionnelle et sa composante juridictionnelle. Selon nous, la juridictionnalisation du droit constitutionnel ne le coupe pas de ses racines politiques, pas plus que la volonté de saisir son essence politique ne nous dispense d'un contrôle minutieux du contentieux de nature constitutionnelle.

Paragraphe 3. Annonce de plan

Marcel PRÉLOT estimait que « *l'âme même du gouvernement d'opinion* » était la liberté et que le droit constitutionnel, précisément, devait être considéré comme une « *technique de la liberté* »[221]. Ces propos nous aident à comprendre pourquoi le syntagme « opinion publique » est pleinement associé, dans le vocable juridique, à la notion de « constitutionnalisme ». En effet, pris dans un sens *stricto sensu*, le constitutionnalisme est étroitement lié au libéralisme politique en ce qu'il assigne à la Constitution une fin déterminée : assurer la liberté politique[222]. Il peut pourtant y

[218] Dans sa décision PARTI COMMUNISTE UNIFIÉ DE TURQUIE du 30 janvier 1998, le juge européen considère que « *des élections libres au scrutin secret, dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* » sont nécessaires au bon fonctionnement de la démocratie, § 44.

[219] Ainsi, à titre d'exemple, on peut rappeler que la Cour, dans une formule récurrente, précise que « *la liberté de la presse fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants* », CEDH, 8 juillet 1986, LINGENS C. AUTRICHE, § 42.

[220] Patrick WACHSMANN, *Participation, communication et pluralisme*, AJDA, 20 juillet-20 août 1998, numéro spécial, p. 176. Dans le même sens, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les droits de nature politique selon La Cour européenne des droits de l'homme. Le droit constitutionnel entre droit national et droit européen : retour aux sources ou renouvellement ?*, Mélanges Gautron, *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pedone, 2004, pp. 3-18.

[221] *Histoire des idées politiques*, op. cit., p. 702.

[222] Cf. Philippe RAYNAUD, *Constitutionnalisme*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de culture juridique*, op. cit., p. 266. Pour une vision critique, cf. Michel TROPER, *Le concept de constitutionnalisme et la*

avoir quelque paradoxe à rapprocher ces deux expressions tant l'acclimatation en France de la notion de constitutionnalisme, essentiellement anglo-saxonne[223], a pu se heurter au républicanisme et à la philosophie du légicentrisme. Libéralisme et démocratie sont alors pensés comme profondément antinomiques. En effet, si l'on considère que la liberté s'entend, dans un sens plus démocratique, comme la capacité que possède le peuple à se doter de ses propres lois, on estime que l'opinion publique se gouverne elle-même ; à l'inverse, on peut estimer que l'on protège la liberté « *en organisant non le conflit permanent des pouvoirs, mais la critique et le contrôle public du gouvernement* »[224], ce que signifie expressément la métaphore du Tribunal de l'opinion publique. Il existerait ainsi deux manières, complètement opposées, de penser l'opinion publique. Prise dans une acception négative, elle veille simplement à ce qu'aucun homme ne subisse de contraintes et renvoie à la question : sur quel espace suis-je le maître ? La démocratie d'opinion est une démocratie de contrôle. Dans une acception positive, elle est relative à la question : qui est le maître ? Le discours sur la démocratie d'opinion survalorise alors la participation au processus décisionnel et revigore l'idéal de l'autogouvernement. Les libéraux, arguant de ce que la souveraineté est nécessairement limitée, tendent à considérer que « *la liberté positive, c'est-à-dire la démocratie, a pu se transformer en despotisme, portant ainsi atteinte à la liberté négative des individus qui doivent espérer qu'ils pourront faire des choix et poursuivre leurs activités sans rencontrer d'obstacles* »[225]. Pourtant, à bien lire les auteurs qui, tels Benjamin CONSTANT[226] ou

---

théorie moderne du droit, IN *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1994, pp. 203-221.

[223] Même si, comme le souligne Philippe RAYNAUD, « *aux origines du constitutionnalisme moderne, on trouve un paradoxe frappant* […] *: le constitutionnalisme repose sur une philosophie libérale de la limitation du pouvoir, de la « séparation des pouvoirs » et de la promotion des « droits » de l'individu dont une des sources principales se trouve dans la tradition anglaise, mais il n'a pu s'établir que par une rupture avec le régime anglais qui refusait (et refuse encore) de limiter la « souveraineté du Parlement » par une Constitution écrite pour s'en tenir à des « déclarations de droits » opposables au seul pouvoir exécutif* », ibid., p. 266.

[224] René CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, Paris, Sirey, 1934, reproduit IN René CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, op. cit., p. 332.

[225] Alain LAQUIÈZE, *La critique de la souveraineté par les libéraux anglo-saxons*, IN MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (Dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, Coll. Grands colloques, 2006, p. 182.

[226] Dans son discours de 1819 *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, Benjamin CONSTANT avait démontré que les Anciens (les Grecs et les Romains de la République) pensaient la liberté comme autonomie collective (*auto-nomos*), c'est-à-dire comme la capacité dont dispose une communauté politique de se doter de ses propres règles sans l'intervention d'une personne tierce (*hetero-nomos*). Les Modernes quant à eux pensent la liberté comme un attribut de l'individu, la collectivité publique ne pouvant dès lors interférer dans la sphère privée que dans des cas limitativement prévus par la loi : « *demandez-vous d'abord Messieurs ce que de nos jours, un Anglais, un Français, un habitant des États-Unis de l'Amérique, entendent par les mots de liberté. C'est pour chacun le droit de n'être soumis qu'aux lois, de ne pouvoir être arrêté ni détenu, ni*

Isaiah BERLIN, ont conceptualisé cette opposition, les deux versants de la liberté ne sont pas tant incompatibles que complémentaires. La liberté négative est en effet « *une dimension constitutive de toute liberté, nécessaire et non suffisante qui ouvre une possibilité de choix, tandis que la liberté positive est l'autre dimension constitutive, en tant que liberté matérielle ou mentale d'agir et d'effectuer* »[227]. En d'autres termes, si la Constitution est un acte de défiance envers les gouvernants dont l'objet est de garantir la protection de la sphère privée par un système de séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ainsi que par une dissociation de la sphère civile et de l'État, elle se doit également d'organiser la participation du plus grand nombre en reconnaissant un droit de suffrage et des droits qui permettent à chacun de s'associer, de manifester, et de communiquer librement. L'opinion publique joue donc ici un rôle éminemment politique, mais elle a besoin d'un certain nombre d'institutions juridiques pour s'exprimer ou pour se former.

Dans le vocabulaire juridique, il est alors compréhensible que l'opinion publique soit considérée comme un véritable *Janus Bifrons*, participation et contrôle étant ici les deux faces d'une même médaille. Dans son sens positif, le discours juridique met l'accent sur la participation de l'opinion au processus politique et normatif, même si celle-ci oscille entre simple désignation des gouvernants et processus d'autogouvernement (**PARTIE 1**). Reste que cette revendication d'autonomie ne s'oppose pas mais complète une vision d'une démocratie gouvernée où l'opinion publique jouerait un rôle néanmoins primordial[228]. Ainsi que le rappelait Carl SCHMITT, « *dans le parlementarisme moderne, cette foi en l'opinion publique se relie à l'autre représentation,*

mis à mort, ni maltraité d'aucune manière, par l'effet de la volonté arbitraire d'un ou de plusieurs individus. C'est pour chacun le droit de se réunir à d'autres individus, soit pour conférer sur ses intérêts, soit pour professer le culte que lui et ses associés préfèrent, soit simplement pour emplir ses jours et ses heures d'une manière plus conforme à ses inclinaisons, à ses fantaisies. Enfin, c'est le droit, pour chacun, d'influer sur l'administration du gouvernement, soit par la nomination de tous ou de certains fonctionnaires, soit par des représentations, des pétitions, des demandes, que l'autorité est plus ou moins obligée de prendre en considération. Comparez maintenant à cette liberté celle des anciens. Celle-ci consistait à exercer collectivement, mais directement, plusieurs parties de la souveraineté toute entière, à délibérer, sur la place publique, de la guerre et de la paix, à conclure avec les étrangers des traités d'alliance, à voter des lois, à prononcer les jugements, à examiner les comptes, les actes, la gestion des magistrats, à les faire comparaître devant tout le peuple, à les mettre en accusation, à les condamner ou à les absoudre ; mais en même temps que c'était là ce que les anciens nommaient liberté, ils admettaient comme compatible avec cette liberté collective l'assujettissement complet de l'individu à l'autorité de l'ensemble. », *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, 1980, cité par Guy HAARSCHER, *La société civile et le concept d'auto-limitation*, IN FRYDMAN Benoît (Dir.), *La société civile et ses droits*, op. cit., p. 150. La justification de Benjamin CONSTANT en faveur du gouvernement représentatif est toutefois relativement faible puisqu'elle ne s'appuie que sur la taille même des États, l'importance de leur population, et le développement d'une économie fondée sur le commerce, soit des arguments davantage factuels qu'intellectuels.

[227] Gil DELANNOI, *La liberté est-elle négative ?*, COMMENTAIRE, n°115, 2006, p. 752.

davantage concernée par l'organisation : la séparation des pouvoirs ou la mise en balance des différentes activités ou instances de l'État »[229]. Au travers de la figure de l'opinion publique se trouve mise en avant la volonté de créer un gouvernement non despotique, c'est-à-dire un gouvernement où les hommes sont soumis aux lois qu'ils se sont donnés à eux-mêmes et non pas aux autres hommes ou à des principes immanents. On sait que le constitutionnalisme moderne repose ici sur deux grandes méthodes. La première consiste à rechercher des garanties externes et donc à « *énoncer les normes qui déterminent les pouvoirs des gouvernants avec la plus grande précision possible, de manière à ce que les limites soient claires et qu'il soit facile d'établir qu'elles ont été franchies, puis à prescrire des sanctions en cas de violation* »[230]. La seconde méthode consiste à trouver des garanties internes et donc « *à déterminer non pas des limites qu'on ne doit pas franchir, mais des limites qu'on ne peut pas franchir, même si on le veut* »[231]. Pour la doctrine constitutionnaliste, notamment positiviste, seule la deuxième méthode est digne d'intérêt, puisque la première repose toute entière sur la vertu des gouvernants et ne peut s'analyser en termes juridiques. Or, si le discours sur la séparation des pouvoirs dans une démocratie d'opinion mérite toute notre attention, c'est justement parce qu'il associe étroitement ces deux méthodes (**Partie 2**).

---

[228] En ce sens, Cécile Delannoy et Philippe Ségur, *Aperçus sur la notion de démocratie*, in Cabanel Patrick et Février Jean-Marc (Dir.), *Questions de démocratie*, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, Coll. Amphi 7, 2000, pp. 16-18.

[229] Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, op. cit., p. 49.

[230] Michel Troper, *1789 : l'invention de la Constitution*, Mélanges Timsit, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 179.

[231] Ibid.

Partie 1. la participation de l'opinion publique au processus politique et normatif

« C'est un fait que dans les pays où existe le gouvernement représentatif proprement dit, avec régime électoral et assemblées représentatives élues, l'opinion publique joue un grand rôle »[232].

La démocratie libérale est par nature imparfaite. Assumant la séparation de la société civile et de l'État, elle postule que l'harmonie n'est pas toujours immédiate et absolue et trouve dans la représentation la meilleure assurance du bon gouvernement. Le libéralisme tente en effet d'établir une distinction entre la source et l'exercice du pouvoir. Deux principes sont alors fondamentaux : le principe démocratique qui veut que toute autorité qui gouverne une nation doit être émanée de la volonté générale et le principe libéral qui énonce que la volonté générale doit exercer sur l'existence individuelle une autorité limitée. Selon le premier principe, la démocratie repose alors sur une identification des gouvernants aux gouvernés. Mais un tel postulat se heurte à la réalité de l'élection qui, ainsi que le constate Charles EISENMANN, « *est incapable d'assurer la similitude du corps électoral au corps élu, c'est-à-dire de garantir à coup sûr la concordance des opinions et des attitudes et partis ou décisions des élus à ce que sont ou seraient ceux des électeurs, à ce que ceux-ci voudraient s'ils étaient appelés à décider eux-mêmes* », et ce d'autant plus que « *les électeurs ne lui donnent pas le sens d'une manifestation d'opinion publique en même temps que de désignation d'un membre du Parlement* »[233]. La démocratie est alors décrite comme indirecte ou représentative en ce que « *les droits politiques – ce qui veut dire la liberté – s'y réduisent pour l'essentiel à un simple droit de vote* »[234]. En d'autres termes, la participation de l'opinion publique se

[232] Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 159.

[233] *Cours de droit constitutionnel comparé, théorie des formes politiques*, Cours de droit, 1951, pp. 161 et 169, cité par Frédéric-Guillaume DROMARD, *Recherches sur le concept de démocratie (…)*, op. cit., p. 588.

[234] Hans KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 35. Dans le même sens, Pour Charles EISENMANN, une démocratie est dite indirecte ou représentative quand « *les droits politiques des citoyens sont purement électoraux : leur participation au gouvernement consiste uniquement à concourir à la constitution ou investiture d'un ou plusieurs organes du gouvernement de l'État ; ils ne sont pas appelés à se prononcer sur els actes*

limite aux scrutins par lesquels sont désignés les gouvernants[235] (**Titre 1**). La participation du corps électoral peut ainsi être définie comme élective, loin de l'idéal d'une participation plus décisionnelle. Dès lors, certains auteurs n'hésitent pas à considérer qu'entre ces deux types de participation « *il y a une différence si profonde qu'elle est bien proche d'une différence de nature : avec le premier des deux on peut parler de gouvernement par les gouvernés ; avec le second, tout au plus de gouvernement influencé par les gouvernés* »[236]. Un tel constat mérite sans doute d'être nuancé. En effet, ainsi que le souligne Carl Schmitt, « *la particularité spécifique de la notion authentique de représentation* [est que] *elle appartient fondamentalement à la sphère de la publicité* »[237]. La représentation implique donc la nécessité d'un espace public qui ne peut exister sans le support d'institutions politiques et juridiques. L'espace public a donc besoin d'une Constitution démocratique, de droits garantis afin d'être « *cette organisation formelle, cette « éponge » qui permet de drainer l'opinion publique, et dont les canaux sont censés faire remonter à la surface de la vie collective, par capillarité, le meilleur de ce qu'elle a dire* »[238]. L'opinion publique renvoie alors à un idéal d'auto-institution de la société par elle-même, d'épanouissement des droits et libertés individuelles (**Titre 2**).

---

gouvernementaux, ils ne sont pas organes de décisions. Aussi le terme « démocratie élective », simplement élective, conviendrait-il beaucoup mieux pour désigner cette forme politique », *Essai d'une classification théorique des formes politiques*, 1968, repris in *Écrits de théorie du droit (…)*, op. cit., pp. 385-386.

[235] « *Des élections nationales faites par le suffrage universel en toute liberté et assez fréquentes pour que les assemblées élues soient toujours en harmonie avec l'état de l'opinion publique, voilà donc, en définitive, la vraie forme de l'appel au peuple. Celle-là est indispensable et elle peut dispenser de toute autre* », Jules Barni, *L'appel au peuple*, Paris, 1874, p. 29, cité par Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, Coll. Folio, 2000, p. 324.

[236] *Essai d'une classification théorique des formes politiques*, op. cit., p. 387. Dans le même sens Raymond Carré de Malberg considère que « *dans le régime représentatif l'action des citoyens sur la marche des affaires publiques ne s'exerce que par la voie, en la forme et dans la mesure de leur pouvoir de nomination des représentants, en sorte que par les élections le peuple épuise son droit de participation à l'exercice de la souveraineté* », *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. II, op. cit., p. 220.

[237] *Parlementarisme et démocratie*, op. cit., p. 43.

[238] Thierry Pech, *Qu'est-ce que l'opinion publique ?*, in *Justice et Opinion publique*, Université de Toulon et du Var, Centre d'Études et de recherche sur les contentieux, Coll. Champs libres. Études interdisciplinaires, 2002, p. 9.

Titre 1. Une définition restrictive de la participation de l'opinion publique

« Cette entité floue et insaisissable qu'est l'opinion publique fait parfois preuve d'une sagacité naturelle ou, ce qui est plus fréquent, d'un sens moral supérieurs à ceux du gouvernement. Elle n'en constitue pas moins une menace pour la liberté si elle ne se trouve pas médiatisée par une tradition libérale puissante. Elle est dangereuse lorsqu'elle se pique d'arbitrer le goût, et l'on ne saurait admettre qu'elle se fasse l'arbitre de la vérité »[239].

Le régime représentatif semble le cadre adéquat pour analyser la notion d'opinion publique car celle-ci tend à infléchir la nature même de l'obéissance des gouvernés aux gouvernants, « *qui de simple pré-condition de l'existence du pouvoir se transforme en fondement de sa légitimation* »[240]. Reste que, conformément aux souhaits de MONTESQUIEU[241] ou de MILL[242], le peuple n'a pour vocation dans ce modèle que la désignation des gouvernants. La démocratie représentative ne nie pas l'existence d'une opinion publique, mais la fonction censoriale qu'elle lui confère demeure assez éloignée du mythe d'auto-gouvernement que l'on retrouvera sous la plume des auteurs anglo-saxons du début du XXème siècle. En un sens donc, le régime représentatif néglige la réalité sociale de l'opinion publique qui a désormais « *besoin de la représentation pour assumer la forme universelle de la volonté générale et de la loi, car l'opinion publique ne coïncide pas avec l'opinion commune* »[243]. Opinion publique et représentation semblent donc entretenir dans le discours juridique des relations pour le moins ambiguës (**CHAPITRE 1**). Reste que comme le souligne

---

[239] Karl POPPER, *Conjectures et réfutations* (…), op. cit., p. 516.

[240] Pasquale PASQUINO, *Contribution à l'étude du concept d'opinion publique*, op. cit., p. 7.

[241] « *Le grand avantage des représentants, c'est qu'ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n'y est point du tout propre ; ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie. Il ne droit entrer dans le Gouvernement que pour choisir ses représentants, ce qui est très à sa portée. Car, s'il y a peu de gens qui connaissent le degré précis de la capacité des hommes, chacun est pourtant capable de savoir, en général, si celui qu'il choisit est plus éclairé que la plupart des autres* », *L'esprit des Lois*, Livre XI, Chap. VI, *De la Constitution d'Angleterre*.

[242] « *La multitude a souvent un instinct juste, qui lui fait distinguer un homme capable, quand il a carrière pour déployer devant elle ses talents* », *Le gouvernement représentatif*, op. cit., p. 192.

[243] Pasquale PASQUINO, *Contribution à l'étude du concept d'opinion publique*, op. cit., p. 11. L'auteur précise ensuite : « *ce n'est donc pas dans un vide, comme c'est le cas chez Hobbes, mais dans un écart que prend sa place le gouvernement représentatif qui travaille, lui, dans l'ordre de la médiation, et non pas dans l'ordre de l'identité rousseauiste entre souverain et sujets* », pp. 11-12.

Dominique ROUSSEAU, « *il serait exagéré de soutenir que, dans son organisation actuelle, le système de pouvoir ne fait pas droit à des procédures de discussion puisque le régime représentatif moderne s'est construit explicitement comme régime de délibération publique. Le droit de vote, les campagnes électorales, les partis politiques sont, pour une part, des outils qui organisent les flux réciproques entre l'espace public et le pouvoir politique* »[244]. En d'autres termes, en faisant de l'élection le pivot du régime représentatif, le système juridique se doit d'organiser un espace public ouvert, de libre débat dans son acception libérale à même de permettre l'égalité des conditions de la compétition. En effet, si l'on accepte l'idée selon laquelle la démocratie est également l'objet d'une lutte entre des candidats pour acquérir le pouvoir[245], alors l'ordre démocratique suppose des procédures de régulation agissant du point de vue juridique[246]. Il n'est d'ailleurs pas surprenant que les politologues aient toujours considéré les campagnes électorales comme un lieu propice à l'expression de l'opinion publique. Elles s'accompagnent en effet, pour parler

---

[244] *La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel*, LE DÉBAT, n°96, 1997, p. 82.

[245] Rappelons que pour Joseph SCHUMPETER, la démocratie se définit comme « *le système institutionnel aboutissant à des décisions politiques, dans lequel des individus acquièrent le pouvoir de statuer sur ces décisions à l'issue d'une lutte concurrentielle portant sur les votes du peuple* », *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Paris, Payot, 1951, p. 355.

[246] Par exemple, un État peut tout à fait prévoir un certain nombre d'inéligibilités afin de garantir la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif. Par exemple, l'article 56-3 de la Constitution grecque instituant l'inéligibilité au mandat de député de certains titulaires de la fonction publique « dans toute circonscription électorale où ils ont exercé leurs fonctions pendant plus de trois mois au cours des trois années précédant les élections » poursuit un double objectif : « *l'égalité des moyens d'influence entre les candidats de diverses tendances politiques* » et la préservation du corps électoral des pressions émanant des titulaires de certaines fonctions publiques « *amenées à prendre de nombreuses et importantes décisions* » et disposant « *d'un grand prestige aux yeux de leurs administrés de sorte qu'ils pourraient orienter leur choix électoral* », CEDH, 1er juillet 1997, GITONAS ET AUTRES C. GRÈCE, § 40. Dans une affaire qui concernait l'impossibilité faite aux fonctionnaires de l'administration locale britannique de briguer certains mandats locaux, la Cour européenne a également rappelé que « *cette notion de régime politique véritablement démocratique s'applique tout autant au niveau local qu'au niveau national, eu égard à la mesure dans laquelle des pouvoirs décisionnels ont été confiés aux collectivités locales et à la proximité de l'électorat local par rapport aux politiques qu'adoptent les élus locaux* ». Le règlement ministériel en cause a donc été jugé valide car « *le système d'administration locale de l'État défendeur s'est longtemps appuyé sur une relation de confiance entre les membres élus et un corps permanent de fonctionnaires locaux qui, d'une part, conseillent les élus sur les politiques à mener et, d'autre part, assument la responsabilité de la mise en œuvre des politiques adoptées. Cette relation de confiance procède du droit des membres élus des collectivités locales de pouvoir compter, dans l'accomplissement de leurs fonctions, sur l'assistance de fonctionnaires politiquement neutres et devant faire preuve de loyauté envers l'ensemble du conseil qui les emploie* », CEDH, 2 septembre 1998, AHMED ET AUTRES C. ROYAUME-UNI, § 52-53. Cf. Michel LEVINET, *L'autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de réglementation des droits politiques*, RFDA, n° 5-1998, pp. 1007-1010. Ces solutions jurisprudentielles s'inscrivent dans une réflexion plus générale de la Cour concernant « le droit à des élections libres » reconnu par l'article 3 du Protocole 1 à la Convention européenne des droits de l'homme. Cf. sur ce point, Virginie NATALE, *Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen*, RTDH, n°68, 2006, pp. 939-972.

comme Loïc BLONDIAUX, d'une « *mise en forme symbolique de l'opinion* », en ce qu'il s'agit de mettre en place des dispositifs d'action politique dont la conséquence directe est l'essor de la publicité politique[247]. Ainsi, à titre d'exemple, on peut noter que, dès la fin des années 20, les partis politiques américains se dotent pour la première fois de services de publicité qui, tout en cherchant à obtenir des renseignements sur l'opinion des électeurs, mettent en place un véritable système de propagande électorale[248]. Consubstantielle à l'idée démocratique moderne[249], la propagande politique repose néanmoins dans un premier temps sur une double croyance : d'une part, l'opinion existe pour elle-même ; d'autre part, il est possible de canaliser cette force anonyme qui se substitue alors aux rassemblements de foule et aux démarchages au porte-à-porte. S'appuyant sur le médium radiophonique, le plus puissant alors[250], la propagande permit, selon certains auteurs, d'instituer une foule diffuse et de transformer le citoyen en consommateur[251]. Ainsi que l'avait suggéré Walter LIPPMANN, l'opinion publique est alors déterminée de l'extérieur et le jeu politique faussé par la propagande[252]. Ces propos, qui se

---

[247] Loïc BLONDIAUX, *La fabrique de l'opinion*, op. cit., pp. 105-120.

[248] Ainsi, en 1928, le Parti Démocrate est le premier parti à se doter d'un service de publicité. Puis, peu avant l'élection présidentielle de 1936, le Parti Républicain créé à son tour un bureau de publicité confié à un publicitaire professionnel et chargé d'organiser l'achat de publicité radiophonique et d'y diffuser des messages. Cf. Ralph CASEY, *Party campaign propaganda*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, n°179, 1935, cité par Loïc BLONDIAUX, *La fabrique de l'opinion*, op. cit., pp. 107-108.

[249] C'est notamment ce qu'affirme, tout en le regrettant, Jacques ELLUL : « *L'État démocratique, justement parce qu'il suppose l'expression de l'opinion publique et ne la bâillonne pas, doit, si nous tenons compte de la réalité humaine, endiguer et former cette opinion publique dans une certaine mesure.* […] *L'information est bien la clef de la démocratie.* […] *et il est vrai que l'on ne peut plus concevoir information sans propagande* », *Propagandes et démocratie*, RFSP, Vol. 2, n°3-1952, pp. 475-476.

[250] Ce sont notamment les travaux de Hadley CANTRILL et Gordon ALLPORT selon lesquels, « *la radio est potentiellement plus efficace que l'imprimé dans la constitution d'une opinion ou d'une action concertés* », *The Psychology of Radio*, New York, Harper & Bros, 1935, p. 18, cité par Loïc BLONDIAUX, *La fabrique de l'opinion*, op. cit., pp. 113.

[251] Certains, tel Jacques ELLUL, pressentaient déjà le rôle qui allait être dévolu à la télévision : « *la propagande suppose en effet, à la fois, la répétition et la diversité.* […] *Il semble que la télévision soit appelée à devenir une arme fondamentale, car elle a la possibilité de mobiliser totalement l'individu sans lui demander le moindre effort. Elle l'atteint chez lui, comme la radio, dans son milieu, dans sa vie privée : elle ne lui demande donc aucune décision, aucune participation a priori, aucun déplacement. Mais elle le saisit tout entier, ne lui laissant pas la possibilité de faire autre chose, de penser à autre chose (alors que la radio laisse une grande partie de l'individu inoccupé). Et de plus, elle possède la puissance du choc de l'image qui est bien plus grande que celle du son* », *Propagandes et démocraties*, op. cit., p. 492.

[252] « *Aujourd'hui le citoyen ordinaire en est venu à se sentir comme le spectateur sourd du dernier rang, qui cherche à comprendre le mystère qui se joue, mais ne parvient pas à se maintenir éveillé* […]. *En fait, ces affaires publiques ne sont en aucun cas ses affaires. Elles sont pour la plupart invisibles. Elles sont dirigées, si elles sont dirigées, par des centres distants, de derrière la scène, par des pouvoirs anonymes* […]. *Il vit dans un monde qu'il ne peut pas voir, qu'il ne comprend pas et qu'il n'est pas en mesure de diriger. Á la lumière froide, il sait que sa souveraineté est*

veulent très critiques envers le parlementarisme[253], sont paradoxalement également repris par des tenants du régime représentatif qui vont dès lors soutenir une vision réductrice de l'idéal démocratique où les citoyens n'ont comme seule compétence que celle de désigner leurs représentants. Historiquement, c'est l'élection présidentielle américaine de 1936 qui marque le point de départ d'une vision ambivalente de l'opinion publique dans les campagnes électorales : d'une part, elle correspond à l'avènement du modèle scientifique de prédiction que constituent les sondages et contribue au mythe du gouvernement de l'opinion publique ; mais, d'autre part, elle continue de confiner la connaissance de l'opinion au domaine électoral et entretient le modèle représentatif comme unique modèle possible[254]. Confirmée par le rôle toujours plus important joué par les médias dans les campagnes électorales, c'est bien cette ambivalence qui est au cœur des mécanismes juridiques relatifs à la conquête du pouvoir (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Opinion publique et représentation : un rapport ambigu

« La représentation permet d'épurer et d'élargir les vues de l'opinion publique en les faisant passer par le filtre d'un corps choisi de citoyens dotés d'assez de sagesse pour dégager le véritable intérêt du pays et d'assez de patriotisme et d'amour de la justice pour refuser de les sacrifier à des vues éphémères ou partisanes »[255].

Les travaux historiques sur la notion d'opinion publique soulignent tous l'usage rhétorique du recours à l'opinion dans les débats politiques sous la Révolution. Dès le XVIIIème siècle s'affirme ainsi un paradoxe qui veut que l'opinion publique soit un phénomène social qui, *a priori*, ne se confond pas avec les fictions créées par le droit positif telles la volonté générale, le peuple ou la

---

une fiction. Il règne en théorie mais en fait il ne gouverne pas », *The Phantom Public*, New York, Harcourt, Brace & Company, 1925, p. 14.

[253] Un auteur comme Carl Schmitt qualifie par exemple l'ouvrage de Lippmann de « *livre très lucide quoique trop prisonnier de la psychologie* », ce qui lui permet d'affirmer que « *les masses sont conquises grâce à un appareil de propagande* », *Parlementarisme et démocratie*, op. cit., pp. 102-103. Mais cette position fut également partagée par des auteurs d'inspiration néo-marxiste : à titre d'illustration, on peut ainsi citer les propos de Robert Charvin qui estimait que « *la publicité, comme la propagande électorale, qui obéit aux techniques découvertes dans les activités commerciales, par leur force « persuasive » (c'est-à-dire manipulatrice) réduisent l'autonomie réelle du consommateur et de l'électeur* », *Le droit de suffrage, stade suprême de la démocratie ?*, Mélanges Mourgeon, *Pouvoir et liberté*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 140.

[254] Pour un rappel historique et contextuel, Loïc Blondiaux, *La fabrique de l'opinion*, op. cit., pp. 149-162.

[255] Madison, Lettre n°10, *The Federalist*, op. cit., p. 82.

Nation, et qui, pourtant, semble indissociable de la notion de représentation. Dès lors, certains auteurs n'hésitent pas à considérer que tout gouvernement représentatif repose sur « *une combinaison de « représentation politique » et d'« opinion publique », combinaison variable selon les différentes constellations historiques et modalités institutionnelles* »[256]. Pris dans son acception sociologique, le syntagme « opinion publique » interroge : tantôt jugement collectif et irrationnel des masses, tantôt « *entité rationnelle, universelle, impersonnelle et unitaire* »[257]. Il n'est alors pas surprenant que l'opinion publique apparaisse comme une figure politique contestée lors des débats révolutionnaires (**Section 1**). Aujourd'hui, il n'est pas rare de considérer que l'opinion publique utilise nécessairement des modes d'expression spontanés, empiriques, pour se former et se faire entendre. L'opinion publique correspond dans cette vision à une notion profondément antinomique par rapport à celle de représentation en ce qu'elle s'inscrirait dans un circuit extra-institutionnel. Mais, une telle approche néglige qu'il existe également des « *modes organisés d'expression de l'opinion publique* »[258] au premier rang desquels on trouve le vote. Comme l'exprime avec enthousiasme Georges Burdeau, « *l'élection va être par excellence le procédé d'expression de l'opinion publique. La représentation créant la volonté générale, on ne concevrait pas qu'il y ait d'autres moyens d'exprimer cette volonté que la représentation, puisqu'en dehors d'elle il n'y a pas de volonté* »[259]. Pourtant, selon d'autres auteurs, en confinant l'expression de l'opinion publique à la désignation des gouvernants, on renforce le caractère aristocratique du régime représentatif, notamment en considérant l'indépendance des représentants comme un trait essentiel de ce type de régime[260]. L'enjeu est ainsi de permettre à l'opinion publique de pouvoir s'exprimer puisque,

---

[256] Javier Fernandez Sébastian, *Opinion vs. Représentation : des Lumières au libéralisme*, in *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Vol. XV, puam, Coll. Association des historiens des idées politiques, 2003, p. 209. L'auteur précise ensuite que « *les concepts d'opinion et de représentation s'offrent comme deux voies alternatives – compétitives ou complémentaires, c'est selon – pour exprimer un même imaginaire d'unité et de cohésion nationale dans des sociétés de plus en plus complexes et souffrant de fractures internes.* […] *les deux concepts en viennent à occuper un espace symbolique semblable : celui qui prétend fonder l'image unitaire d'une société politiquement active et homogène* […], p. 210.

[257] Keith Michael Baker, *Au tribunal de l'opinion (…)*, op. cit., p. 264.

[258] « *Il est nécessaire dans une démocratie sagement conçue que l'expression organisée de l'opinion soit tenue pour le moyen le plus régulier d'expression* », Georges Burdeau, *L'évolution des techniques d'expression de l'opinion publique dans la démocratie*, op. cit., p. 139.

[259] Ibid., p. 152.

[260] Carl Schmitt avait ainsi distingué dans sa *Théorie de la Constitution* deux types d'élection : « *si l'élection doit fonder une véritable représentation, elle est l'instrument d'un principe aristocratique ; si elle signifie seulement la sélection d'un mandataire dépendant, on peut la considérer comme une méthode spécifiquement démocratique* », op. cit., p. 396. Pour une analyse de la pensée schmittienne sur ce point, cf. Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., pp. 191-196.

pour reprendre les termes de Bernard MANIN, « *la liberté de l'opinion publique forme un contrepoids populaire à l'indépendance des gouvernants* »[261]. Cette hypothèse postule alors que le régime représentatif ne peut pas se passer de l'opinion publique, tant pour éviter la dérive du régime vers un régime « ultra-représentatif »[262], que comme principe de légitimation. L'opinion publique apparaît donc ici comme une figure politique rénovée (**SECTION2**).

Section 1. L'opinion publique, une figure politique contestée

Les historiens ont depuis longtemps démontré que la petite minorité de députés qui invoquait l'opinion publique au lendemain de la Révolution avait tous une conception fort différente de sa signification et de la manière dont il convient de la déterminer. Certains l'assimilent au jugement irréfléchi et facilement manipulable de la masse, tel PÉTION qui considère que « *l'opinion publique ne peut point servir de rempart à la liberté* ». D'autres considèrent qu'elle est identifiable de manière certaine puisqu'elle « *se formera dans le sein* » de diverses assemblées (LENOIR). Pour d'autres encore, « *l'opinion publique est ce que les gens devraient désirer, s'ils avaient conscience de ce qu'est le bien pour eux, une conception très proche de la « volonté générale » chez Rousseau* »[263]. S'il est donc difficile de dégager une conception uniforme de l'opinion publique, on peut néanmoins distinguer deux orientations principales sur ce thème. La conception jacobine, d'une part, qui tend à considérer, sur le modèle rousseauiste de la volonté générale, l'opinion publique comme une force censoriale, un moyen pour le peuple d'exercer un contrôle permanent sur les représentants. Ces derniers ne sont alors que de simples commettants, l'opinion publique apparaissant ainsi comme la forme d'expression populaire de la souveraineté (**SOUS-SECTION 1**). D'autre part, nous trouvons la position de ceux qui, suivant les postulats de SIÉYÈS, essayent de combiner opinion et représentation. En effet, comme cela a été écrit, à la veille de la Révolution, « *l'« opinion publique » était devenue l'idée qui permettait au nouvel espace politique d'énoncer clairement que sa légitimité et son autorité étaient séparées de celles de la couronne, et que la*

---

[261] Ibid., p. 306.

[262] Le Doyen VEDEL le considère comme une déformation du régime représentatif, une sorte d'absolutisme représentatif « *dans lequel les droits des citoyens sont réduits à une pure abstraction et les droits des représentants ou des partis démesurément enflés* », *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 141. Il ajoute plus loin que « *la fiction de l'identité entre le souverain, c'est-à-dire la Nation, et ses élus, ne se soutient que par les aménagements qui lui sont apportés.* […] *La fiction représentative, privée des aménagements qui lui sont essentiels, aboutit à un absolutisme représentatif, à un régime « ultra-représentatif »* », pp. 584-585.

[263] Timothy TACKETT, *Par la volonté du peuple. Comment les députés de 1789 sont devenus révolutionnaires*, Paris, Albin Michel, Coll. L'évolution de l'humanité, 1997, p. 106.

nation pouvait récupérer là ses droits contre la couronne »[264]. Pourtant, la construction de la théorie de la souveraineté nationale n'en est pas moins ambiguë de ce point de vue en ce qu'elle constitue sans doute « *un pas décisif vers l'émancipation de la représentation par rapport à l'opinion* »[265] (**Sous-Section 2**).

Sous-Section 1. L'opinion publique, forme d'expression populaire de la souveraineté

Les récents travaux historiographiques, dont ceux de Keith Michael Baker et Jürgen Habermas, font de Rousseau le représentant d'une vision passéiste de l'opinion publique. En effet, à leurs yeux, « *le Contrat social élève l'opinion non publique au rang d'unique législateur et exclut la Publicité des discussions où le public fait usage de sa raison.* […] *Rousseau oppose l'harmonie qui doit régner au sein des assemblées aux dangereuses péroraisons des beaux parleurs* »[266]. En d'autres termes, contrairement à Necker par exemple, le penseur genevois ne verrait pas en l'opinion publique une nouvelle instance de rationalité appelée à légitimer les décisions du pouvoir politique, mais une simple « opinion » collective, avec tout ce que ce terme implique d'irrationnel et d'aberrant. Cette affirmation, largement partagée par de nombreux interprètes de la pensée rousseauiste, est pourtant simplificatrice. En effet, sans doute Rousseau entretient-il une méfiance à l'égard de l'opinion publique au regard de la volonté générale, mais cela ne signifie pas que sa pensée politique n'accorde aucune place à la notion (**Paragraphe 1**). Les Jacobins, lecteurs assidus de la

[264] Keith Michael Baker, *Au Tribunal de l'opinion (…)*, op. cit., p. 265. Stéphane Rials a également défendu ce point de vue en rappelant que « *la contestation politique, dominante jusqu'au milieu de 1788, se double par la suite d'une puissante et croissante contestation sociale des avancées du Tiers-État.* [Apparaît ainsi] *la rupture entre l'ancienne opposition, parlementaire et largement nobiliaire, qui comptait bien détourner les États à son profit, et une opposition montante, beaucoup plus radicale.* […] *Quoiqu'il en soit, la nouvelle opposition radicale se déploie sur le fond d'une constitution d'une « opinion publique » au sens moderne. Elle trouve des relais dans les nouveaux lieux de sociabilité que le siècle a vu prospérer, cercles, cafés, cabinets de lecture, académies locales et, bien sûr, loges maçonniques, voire sociétés mesméristes* », *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette Littérature, Coll. Pluriel, 1989, pp. 30-31.

[265] Javier Fernandez Sébastian, *L'avènement de l'opinion publique et le problème de la représentation politique (France, Espagne, Royaume-Uni)*, in Sébastian Javier Fernandez et Chaussin Joëlle (Dir.), *L'avènement de l'opinion publique (…)*, op. cit., p. 234.

[266] Jürgen Habermas, *L'espace public*, op. cit., p. 107. Pour Keith Michael Baker, l'opinion publique rousseauiste est « *l'expression collective des valeurs morales et sociales d'un peuple, les sentiments et les convictions partagées tels qu'ils se concrétisent dans les us et les coutumes d'une nation et trouvent une application dans les jugements que cette nation porte sur les actes individuels* ». En d'autres termes, « *dans la pensée de Rousseau, l'« opinion publique » était donc une catégorie sociale plutôt que politique, un défi à l'habileté du législateur plutôt que l'expression d'une volonté politique* », *Au tribunal de l'opinion (…)*, op. cit., p. 247.

pensée rousseauiste, vont alors mettre en exergue les équivoques de sa définition de l'opinion publique. Progressivement va en effet poindre la préoccupation des Conventionnels d'institutionnaliser une fonction de vigilance sociale tout en formulant la souveraineté comme l'articulation dynamique et conflictuelle d'un pouvoir représentatif et d'un pouvoir de surveillance ayant tous deux une même origine populaire (**Paragraphe 2**)

Paragraphe 1. L'ambiguïté de la définition rousseauiste de l'opinion publique

Sans doute est–il impossible de trouver une définition claire de l'opinion publique dans les écrits de Rousseau. Il s'agit en effet « *soit d'une opinion commune répandue dans un groupe social, soit d'une mentalité collective agissante, soit d'une force invincible et contraignante* »[267]. Toutefois, dans l'ensemble de ces écrits romanesques, l'opinion publique de Rousseau, si elle est bien un ensemble de prises de position largement répandues dans le public, n'en est pas moins « *ce monstre qui dévore le genre humain* »[268] (**Sous-Paragraphe 1**). Pourtant, dans ses écrits politiques, Rousseau va confier à l'opinion un rôle primordial, justifié par le fait que « *le pouvoir législatif consiste en deux choses inséparables : faire les lois et les maintenir ; c'est-à-dire, avoir inspection sur le pouvoir exécutif* »[269]. En d'autres termes, indépendamment de sa participation au législatif, le citoyen - et par là même l'opinion publique - se voit confier un pouvoir censorial indispensable au bon fonctionnement de la démocratie (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. L'opinion publique rousseauiste, une force dangereuse

Rousseau, comme la plupart de ses contemporains, ne peut s'empêcher de voir en l'opinion publique une puissance irrésistible, qui ne cesse de s'étendre. Selon lui, ceci n'est rendu possible que parce que les hommes ne font pas un usage critique de leur conscience[270]. Comme le soulignera Nicolas Veysman, la conscience et l'opinion sont donc chez le penseur genevois « *des*

---

[267] Colette Ganochaud, *Opinion publique et changement social chez Jean-Jacques Rousseau*, rfsp, n°5-1978, p. 900.

[268] Lettre à l'Abbé Maydieu du 9 février 1770, citée par Colette Ganochaud, ibid., p. 901.

[269] *Lettres écrites de la montagne*, Lettre 7, in *Œuvres complètes*, Paris, Dalibon, 1826, T. VII, p. 406, en ligne sur Gallica http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k205199k/f409.chemindefer ; Et Rousseau d'ajouter : « *sans cela, toute liaison, toute subordination manquant entre ces deux pouvoirs, le dernier ne dépendrait point de l'autre ; l'exécution n'aurait aucun rapport aux lois ; la loi ne serait qu'un mot et ce mot ne signifierait rien* ».

[270] « *Voyant par de tristes observations renverser les idées que j'avais du juste, de l'honnêteté et de tous les devoirs de l'homme, je perdais chaque jour quelqu'unes des opinions que j'avais reçues* », Rousseau méditant par la suite « *sur le triste sort des mortels flottant sur cette mer d'opinions humaines sans gouvernement, sans boussole, et livrés à leurs passions orageuses* », *Emile ou l'Éducation*, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, Coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1964, p. 568, cité par Nicolas Veysman, *Mise en scène de l'opinion publique dans la littérature des Lumières*, op. cit., pp. 541-542.

instances contraires, puisque l'une et l'autre ne s'élèvent que sur les ruines de sa rivale : l'opinion publique naît de la mort de toutes les consciences et, inversement, la conscience rompt la promotion publique des opinions lorsqu'elle exerce sa fonction critique »[271]. On sait que la pédagogie de l'*Émile* vise justement à affranchir l'individu de l'adoption des préjugés, à le tenir à l'écart des opinions communes car « *c'est un mal de savoir ce qu'ils* [les hommes] *pensent quand on ignore si ce qu'ils pensent est vrai ou faux* »[272]. Il s'agit donc d'éviter un certain conformisme social en incitant chaque individu à exercer son propre jugement personnel, en d'autres termes à préférer sa propre autonomie à l'hétéronomie des opinions communes[273]. Dans ses écrits romanesques, l'opinion publique rousseauiste exerce donc une puissance pernicieuse qui fait abdiquer à l'individu sa capacité de jugement pour épouser les bienséances communes : « *ôtez donc le mot opinions,* écrit-il, *et mettez à la place le mot préjugés et la correction sera faite* »[274]. Affirmant là un argument largement partagé par ses contemporains, Rousseau accorde pourtant *a contrario* dans son œuvre plus politique une place primordiale à l'opinion publique : en effet, ainsi qu'il l'explique dans le *Contrat social*, « *Á ces trois sortes de lois* [les lois politiques ou fondamentales, les lois civiles et les lois criminelles], *il s'en joint une quatrième, la plus importante de toutes ; qui ne se grave ni dans le marbre ni sur l'airain, mais dans le cœur des citoyens ; qui fait la véritable Constitution de l'État ; qui prend tous les jours de nouvelles forces ; qui, lorsque les autres lois vieillissent ou s'éteignent, les ranime ou les supplée, conserve un peuple dans l'esprit de son institution, et substitue insensiblement la force de l'habitude à celle de l'autorité. Je parle des mœurs, des coutumes et surtout de l'opinion* »[275].

Cette dualité apparente de l'opinion publique s'explique en réalité de manière très simple. Là où l'empire de l'opinion est néfaste à la socialisation de l'enfant, il n'en va pas de même pour une société déjà constituée. Si l'opinion ne peut pas être une instance initiatrice de la vie sociale, elle peut être une instance régulatrice ou une force censoriale. Dans le premier cas, elle peut être un

[271] *Emile*, p. 567, cité par Nicolas Veysman, ibid., p. 542.

[272] Ibid., Livre III, p. 458, cité par Nicolas Veysman, ibid., p. 542.

[273] « *Si vous commencez par l'instruire de l'opinion publique avant de lui apprendre à l'apprécier, assurez-vous que quoi que vous puissiez faire, elle deviendra la sienne et que vous ne la détruirez plus* », Livre III, p. 458. Rousseau ajoute plus loin « *forcé d'apprendre de lui-même, il use de sa raison et non de celle d'autrui : car pour ne rien donner à l'opinion, il ne faut rien donner à autrui* », p. 486, cité par Nicolas Veysman, ibid., p. 543.

[274] Cité par Colette Ganochaud, *L'opinion publique chez Jean-Jacques Rousseau*, thèse, dactyl. Lille, 1980, p. 18. Comme l'explique Mona Ozouf, « *les opinions publiques de Rousseau ne vivent que l'espace d'un matin, tout de suite réabsorbées par les préjugés personnels* », *Le concept d'opinion publique au XVIII*ème *siècle*, op. cit., p. 25.

[275] *Du Contrat social*, Livre IV, Chap. VII, *De la censure*, in *Œuvres complètes*, Paris, Dalibon, 1826, T. VI, en ligne sur Gallica http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k2051816/f505.chemindefer

appui au service du législateur dans sa volonté de changer les moeurs. Tout l'art politique consistera alors à s'associer la puissance de l'opinion au risque de voir la réforme inappliquée. ROUSSEAU prend ainsi l'exemple des duels que la monarchie souhaitait interdire et de constater que « *quand les mêmes édits voulurent prononcer que c'était aussi une lâcheté de se battre en duel, ce qui est très vrai, mais contraire à l'opinion commune, le public se moqua de cette décision sur laquelle son jugement était déjà porté* »[276]. Il ne s'agit donc pas de permettre à l'opinion d'être législatrice, auquel cas le souverain s'asservirait à une puissance irrésistible, mais le Législateur ne peut ignorer cette même force et s'il désire « *changer les actions dont l'estime publique est l'objet, il faut auparavant changer les jugements qu'on en porte* »[277]. En ce sens, ROUSSEAU est incontestablement un précurseur d'un certain nombre de travaux, dont ceux de NECKER et d'autres penseurs libéraux[278], en ce qu'il saisit tout à la fois la force irrésistible que constitue l'opinion publique et la nécessité pour le souverain (Roi ou Nation) de s'associer à cette puissance. Pour autant, au moment de la constitution de la Cité, il importe que l'opinion publique ne soit pas souveraine.

En effet, pour le philosophe genevois, la démocratie engage une conception de la souveraineté, entendue comme « *exercice de la volonté générale* » qui ne peut se réaliser que si le peuple est souverain. En d'autres termes, le peuple dispose d'une réelle participation à l'activité législative puisque « *le peuple soumis aux lois doit en être l'auteur : il n'appartient qu'à ceux qui s'associent de régler les conditions de la société* »[279]. Dès lors, si la démocratie désigne la souveraineté, alors la démocratie est le seul régime légitime puisque tous les citoyens se définissent à la fois, mais non indistinctement, sujet et législateur[280]. L'égalité entre les citoyens découlant du pacte social[281] peut aussi se comprendre *a contrario* comme l'affirmation d'un corps politique où nul n'a autorité pour décider des affaires de tous, c'est-à-dire pour occuper le lieu de la décision

---

[276] Ibid.

[277] *Lettre à d'Alembert*, Paris, Garnier-Flammarion, 1967, p. 151. L'auteur avait auparavant affirmé que « *l'on a beau faire : ni la raison, ni la vertu, ni les lois ne vaincront l'opinion publique, tant qu'on ne trouvera pas l'art de la changer* », p. 148, cf. Colette GANOCHAUD, *Opinion publique et changement social (…)*, op. cit., pp. 905-911.

[278] BAGEHOT considérait par exemple que « le Parlement accomplit son œuvre à la satisfaction du public, et si l'on veut améliorer sa conduite sous ce rapport, il faut commencer par améliorer le peuple anglais qui lui impose cette façon d'agir », La Constitution anglaise, op. cit., p. 237.

[279] *Du Contrat social*, Livre II, Chap. VI.

[280] « *Dans une démocratie, les sujets et le souverain ne sont que les mêmes hommes considérés sous différents rapports* », *Lettre à d'Alembert*, op. cit., p. 218.

[281] « *Le pacte social établit entre les citoyens une telle égalité qu'ils doivent jouir tous des mêmes droits. Ainsi, par la nature du pacte, tout acte de souveraineté, c'est-à-dire tout acte authentique de la volonté générale, oblige ou favorise également tous les citoyens* », *Du Contrat social*, Livre II, Chap. VI.

politique. Pour parler comme Claude LEFORT, la démocratie est donc ce lieu vide du pouvoir qui appartient à tous et à personne à la fois. Dans cette perspective, puisque « *le souverain n'est formé que des particuliers qui le composent* »[282], la souveraineté siège en chacun des citoyens, chaque citoyen portant en lui « *tout l'empire des lois* »[283]. Dès lors, selon une formule célèbre, « *chacun se donnant à tous ne se donne à personne, et, comme il n'y a pas un associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de ce que l'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a* »[284]. Mais, pour que la loi soit conforme à la volonté générale, il convient que chaque citoyen « *délibère dans le silence des passions* »[285] et que les citoyens n'aient « *aucune communication entre eux* »[286]. En d'autres termes, le fondement de la loi ne se trouve pas dans la délibération publique d'opinions concurrentes, auquel cas la volonté générale se confondrait avec la volonté de tous. Comme l'écrit Guillaume BACOT, pour ROUSSEAU, « *la délibération n'est pas un acte collectif de confrontation d'idées mais, comme le vote, un acte individuel par lequel chaque citoyen se prononce après avoir entendu les divers arguments, selon le jugement de sa conscience* »[287]. En d'autres termes, là où la volonté générale est produite par les citoyens délibérant dans le silence des comparaisons et des distinctions, la volonté de tous s'appuie sur « *des brigues, des associations partielles* »[288] qui développent une volonté particulière par rapport à celle de l'État. La volonté de tous répond donc davantage à une logique libérale qui est celle de la logique de coalitions d'intérêts et d'opinions, soit une logique pluraliste, alors que la volonté générale tend à nier l'ipséité de chacun[289]. Dès lors, HABERMAS a raison de souligner que ROUSSEAU s'écarte sensiblement de l'idée

---

[282] Ibid., Livre I, Chap. VII.

[283] Ibid., Livre III, Chap. I.

[284] ibid., Livre I, Chap. VI.

[285] Ibid., Livre I, Chap. II.

[286] Ibid., Livre II, Chap. III.

[287] *Jean-Jacques Rousseau et la procédure législative*, RFHIP, n°15, 2002, p. 47.

[288] « *Quand il se fait des brigues, des associations partielles aux dépends de la grande, la volonté de chacune de ces associations devient générale par rapport à ses membres et particulières par rapport à l'État* », ibid., Livre II, Chap. III.

[289] Charles EISENMANN a magistralement relevé ce point. Là où la démocratie directe doit reposer sur le principe unanimiste, ROUSSEAU concède que « *hors ce contrat primitif* [le Contrat social], *la voix du plus grand nombre oblige tous les autres : c'est une suite du contrat même* » (Livre IV, Chap. II). Selon EISENMANN, « *il s'agit là d'une immense concession : pratiquement nécessaire sans doute, elle n'en ruine pas moins la thèse de la totale liberté de chaque individu par l'effet de gouvernement de démocratie directe, même si l'on tient à ne considérer que le seul établissement des lois, à l'exclusion de leur abrogation* ». Dès lors le positiviste français considère que ROUSSEAU s'est « *obstiné à soutenir une thèse excessive, en tous cas dans le cadre de la règle de la décision majoritaire : le citoyen serait aussi libre dans la société, il relèverait autant de sa seule et personnelle volonté que s'il vivait hors société. En vérité, société, c'est à dire, ordre social, exclut l'autonomie totale, autrement dit : souveraineté*

libérale d'un débat public comme garantie de la production de la loi comme volonté générale. Le penseur genevois y voit en effet davantage une source de division et de fragmentation du corps politique qui empêche le citoyen d'être le principal acteur du politique. La loi n'assure son fondement que si elle parvient, dès son origine, à se couper de tout intérêt exclusif qui la transformerait en défense d'intérêts de privilégiés[290]. Sous cet aspect, sans doute la cité rousseauiste se présente-elle sous le trait d'une Cité où l'opinion publique n'existe pas.

Sous-Paragraphe 2. L'opinion publique rousseauiste, une force censoriale

Mais une telle vision, largement répandue, y compris parmi les juristes, apparaît comme partielle. En effet, ROUSSEAU consacre des développements importants sur la nécessité pour un Gouvernement de s'assurer une légitimité qui ne peut reposer sur la force mais sur le consentement des citoyens. Or, il se peut qu'existe un décalage entre la fin et les effets de la loi. Le citoyen se voit alors confier une double mission : si les citoyens participent à la fonction législative, il leur appartient aussi de veiller à ce que les lois correspondent effectivement à leur fin. Cette vigilance correspond bien à un acte de parole, mais non législatif, que ROUSSEAU appelle le « *droit de représentation* ». Le citoyen dispose alors d'un droit de requête quand il estime que le gouvernement produit une mauvaise application des lois, c'est-à-dire quand il favorise non plus tous les citoyens, mais certains intérêts privés. Ce droit de requête est ainsi « *un frein qui évite beaucoup d'iniquité* »[291]. Comme il le précise dans les *Lettres écrites de la Montagne*, « *hors des assemblées, le peuple souverain n'est pas anéanti ; ses membres sont épars, mais ils ne sont pas morts ; ils ne peuvent parler par des lois, mais ils peuvent toujours veiller sur l'administration des lois ; c'est un droit, c'est même un devoir attaché à leurs personnes et qui ne peut leur être ôté dans aucun temps* »[292]. Le citoyen a donc un droit, qui n'est pas une simple velléité mais qui appartient bien au dispositif de la démocratie[293], droit qui se transforme même en devoir puisque le silence gardé par le citoyen est la première pierre de l'absolutisme[294]. Le citoyen a donc le droit d'obtenir que le pouvoir mette fin à la transgression d'une loi, ainsi que le confirme ce passage : « *le*

de l'individu », *La Cité de Jean-Jacques Rousseau*, 1956, reproduit IN *Écrits de théorie du droit (…)*, op. cit., pp. 616-617.

[290] « *Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière* », *Du Contrat social*, Livre II, Chap. VI.

[291] *Lettres écrites de la montagne*, Lettre 8, p. 443.

[292] ibid., p. 435.

[293] « *Requérir pour un citoyen n'est pas seulement demander, mais demander en vertu d'un droit que l'on a d'obtenir* », Ibid., p. 437 (en note).

Législateur, existant toujours, voit l'effet ou l'abus de ses lois : il voit si elles sont suivies ou transgressées, interprétées de bonne ou mauvaise foi, il y veille ; il doit y veiller ; cela est de son droit, de son devoir, même de son serment. C'est ce devoir qu'il remplit dans les représentations »[295].

Ce que l'auteur met en évidence, c'est donc la dissociation entre deux paroles politiques : celle où le citoyen décide – la parole législative – et celle où il critique le Gouvernement. Comme l'a souligné Colette GANOCHAUD, « *cette protestation politique est celle des membres épars de l'État et non de ses membres régulièrement assemblés pour légiférer, c'est à dire pour prendre une décision, œuvre de la volonté générale* »[296]. ROUSSEAU considère en effet que « *la voie des représentations a le même avantage sans avoir le même inconvénient. Ce n'est pas voter en Conseil général, c'est opiner sur les matières qui doivent y être portées ; puisqu'on ne compte pas les voix, ce n'est pas donner son suffrage, c'est seulement dire son avis. Cet avis n'est à la vérité que celui d'un particulier ou de plusieurs mais ces particuliers étant membres du souverain, et pouvant le représenter quelques fois par leur multitude, la Raison veut qu'alors on ait égard à leur avis, non comme une décision, mais comme une proposition qui la demande, et qui la rend quelques fois nécessaire* »[297]. En d'autres termes, le citoyen rousseauiste dispose bien d'un pouvoir de critiquer ce qu'il considère comme être les conditions naissantes d'une limitation de sa liberté, la démocratie ne s'épuisant donc pas dans sa capacité législative. Si la participation est un droit positif, le droit de représentation est conçu lui comme un droit négatif contre les abus de l'exécutif, un moyen pour le citoyen de voir ses droits garantis[298]. La fonction de l'opinion publique ne se résume toutefois pas, comme dans la pensée libérale, à un simple droit d'expression qui se réduirait *in fine* à donner une publicité à l'avis des citoyens. Ce droit est davantage celui d'obtenir une réaction, une intervention du politique. Le pouvoir politique se doit de prendre en compte la parole des citoyens, notamment en raison de leur nombre, car « *quand la voix publique s'élève, elle doit être portée au souverain* »[299]. En d'autres termes, le droit de

---

[294] « *Comme ils parlent toujours au nom de la loi, même en la violant, quiconque ose la défendre contre eux est un séditieux, un rebelle ; il doit périr* », ibid., Lettre 9, p. 511. Il ajoute plus loin que « *le vrai chemin de la tyrannie n'est point d'attaquer directement le bien public ; ce serait réveiller tout le monde pour le défendre mais c'est d'attaquer successivement tous ses défenseurs, et d'effrayer quiconque oserait encore aspirer à l'être* », p. 513.

[295] Ibid., Lettre 8, p. 438.

[296] *Opinion publique et changement social chez Rousseau*, op. cit., p. 919.

[297] *Lettres écrites de la montagne*, Lettre 8, p. 436.

[298] Dans une formule étonnamment libérale, ROUSSEAU considère que « s*i le droit de représentation, seul garant des lois et de la liberté, est un droit illusoire et vain, qui n'eut aucun cas, aucun effet nécessaire, je ne vois point de servitude pareille à la vôtre ; et l'image de la liberté n'est plus chez vous qu'un leurre méprisant et puéril, qu'il est même indécent d'offrir à des hommes sensés* », ibid., Lettre 9, p. 516.

[299] Ibid., Lettre 8, p. 443.

représentation n'est pas seulement une critique du pouvoir, mais il organise un pouvoir de la critique, notamment en ce qu'il appartient à l'Assemblée du peuple de suspendre l'activité du gouvernement si elle estime la requête fondée. Le peuple se réunit donc dans un double but : légiférer et décider de la nature des conséquences politiques à donner aux requête des citoyens. Ces derniers ont donc le droit d'intervenir de manière permanente et continue par le contrôle qu'ils exercent sur l'exécutif. Ils exercent donc leurs droits en participant à l'établissement des lois, mais également en manifestant de manière publique leur crainte d'un abus de pouvoir auquel doit répondre l'institution politique[300]. Comme le souligne ROUSSEAU, « *l'effet des représentations des particuliers négligées est de devenir enfin la voix du public* »[301]. Si pour le penseur genevois il s'agit là d'un des traits essentiels d'une démocratie[302], on doit donc comprendre cette dernière comme indubitablement liée à l'existence d'une opinion publique qui ne s'exprime pas simplement sur la place publique mais qui, de manière institutionnelle, est capable d'opiner et de critiquer le pouvoir en place : « *l'opinion publique est l'espèce de loi dont le censeur est le ministre, et qu'il ne fait qu'appliquer aux cas particuliers, à l'exemple du Prince* »[303]. En d'autres termes, l'opinion publique rousseauiste exerce bien une fonction censoriale qui en fait le rempart contre les abus de l'exécutif, tout en étant maintenu « *sous la subordination du pouvoir législatif dont elle est l'un des modes d'expression* »[304].

Paragraphe 2. De l'usage du syntagme « opinion publique » dans la pensée jacobine

Le discours des Jacobins relativement à l'opinion publique est lui aussi relativement ambigu, et de ce point de vue, épouse parfaitement les vicissitudes de la pensée rousseauiste. Dans un premier temps, il est décrit une opinion publique comme une sphère « *où chacun peut venir*

---

[300] Comme l'écrit Colette GANOCHAUD, « *le Souverain a deux modes d'expression dont il use alternativement : le premier est la loi, œuvre de la volonté générale, et par laquelle il parle quand ses membres sont assemblés dans les formes et qu'ils votent ; l'autre consiste dans les jugements de l'opinion publique non seulement sur les particuliers et leur conduite mais surtout sur les gouvernants et la façon dont ils appliquent ou interprètent les lois dans les intervalles de temps où le Souverain est épars sans être anéanti ou mort* », *Opinion publique et changement social chez Rousseau*, op. cit., p. 920.

[301] *Lettres écrites de la montagne*, Lettre 8, p. 444.

[302] « *Ce n'est pourtant pas dans un État despotique, c'est dans une République, c'est dans une démocratie, qu'on donne authentiquement aux citoyens, aux membres du souverain, la permission d'user auprès de leur magistrat de ce même droit que nul despote n'ôta jamais au dernier des esclaves* », ibid., p. 434.

[303] *Du Contrat social*, Libre IV, Chap. VII. Ici ministre doit être compris au sens de serviteur.

[304] Colette GANOCHAUD, *Opinion publique et changement social chez Rousseau*, op. cit., p. 922.

s'exprimer, et où la diversité est signe de fécondité ; elle suppose l'existence de la presse et des clubs »[305]. Force collective, elle tend à contrôler les abus des gouvernants et de ce fait, les libertés qui lui permettent de se former (expression, réunion, publication) doivent être illimités[306]. De ce point de vue, elle exerce une fonction censoriale (**Sous-Paragraphe 1**). Toutefois, l'opinion publique va progressivement disparaître en tant que telle puisqu'elle se confond désormais avec la volonté générale, ou, selon la sémantique jacobine, avec l'esprit public. L'opinion publique oscille alors entre représentation et identification (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. L'opinion publique jacobine comme juge des gouvernants

Si les Jacobins ont toujours été attentifs, tout comme leurs contemporains, à cette puissance invisible qui cristallise tous les jugements individuels, ils lui ont confié pour mission première celle de contrôler les gouvernants. Ainsi, de la Constituante au coup de force contre les Girondins des 31 mai-2 juin 1793, l'opinion publique est, selon ces propos de ROBESPIERRE en 1791, « *seule juge de ce qui est conforme au bien* »[307]. L'opinion relève du monde du fait, elle est une donnée « brute » qu'il faut écouter et respecter, et ce même si elle ne se manifeste que sous la forme d'un jugement anonyme et collectif qui empêche de lui reconnaître un auteur identifiable. Dans une acception « souple », elle se présente comme un moyen de popularité, qui très rapidement va accentuer la personnalisation du pouvoir[308]. ROBESPIERRE, par exemple, use du syntagme « opinion publique » dans un sens de légitimation évident, ce qui lui permet de critiquer la politique d'une Assemblée dont il ne fait plus partie. Il est alors rapidement accusé de vouloir asservir l'opinion et de rompre avec l'égalité entre tous les citoyens en s'attirant les honneurs de l'opinion[309]. Pourtant SAINT JUST s'insurge contre une telle présentation : « *on le constitue en tyran de l'opinion ; il faut que je m'en explique là-dessus et que je porte la flamme sur un*

---

[305] Lucien JAUME, *Le public et le privé chez les Jacobins (1789-1794)*, RFSP, Vol. 37, n°2-1987, p. 239.

[306] C'est ce qu'exprime parfaitement la section de Mauconseil le 5 août 1792 au sein de l'Assemblée Législative : étant donné « *que les pouvoirs constitués n'ont de force que par l'opinion, et qu'alors la manifestation de cette opinion est un devoir rigoureux et sacré pour tous les citoyens* », AP, 1ère série XLVII, p. 457, cité par Lucien JAUME, *Les Jacobins et l'opinion publique*, IN BERNSTEIN Serge et RUDELLE Odile (Dir.), *Le modèle républicain*, Paris, PUF, 1992, p. 59.

[307] Cité par Lucien JAUME, *Le public et le privé chez les Jacobins*, op. cit., p. 240.

[308] MIRABEAU le perçoit assez rapidement, lui qui demande au Roi de tirer toutes les conséquences de la Révolution : « *l'opinion publique a tout détruit : c'est à l'opinion publique à rétablir. On ne peut déterminer l'opinion publique que par des chefs d'opinion ; on ne pourra désormais disposer de la multitude que par la popularité de quelques hommes* », cité par Lucien JAUME, *Les Jacobins et l'opinion publique*, op. cit., p. 60.

[309] D'ailleurs Loïc BLONDIAUX constate que les discours robespierristes font constamment référence à l'opinion publique de façon anthropomorphique, *La fabrique de l'opinion*, op. cit., p. 48.

sophisme qui tendrait à faire proscrire le mérite. Et quel droit exclusif avez-vous sur l'opinion, vous qui trouvez un crime dans l'art de toucher les âmes ? La conscience publique est la cité : elle est la sauvegarde du citoyen ; ceux qui ont su toucher l'opinion ont tous été les ennemis des oppresseurs. Démosthène était-il un tyran ? Le droit d'intéresser l'opinion publique est un droit naturel, imprescriptible, inaliénable ; et je ne vois d'usurpateurs que parmi ceux qui tendraient à opprimer ce droit »[310]. En ce sens, l'Incorruptible ne peut vouloir s'accaparer l'opinion puisque, conformément au contrat social rousseauiste, il n'est pas « *l'arbitre de l'opinion du peuple* » mais simplement son « *déclarateur* »[311].

Reste que, là aussi, comme pour le droit de représentation rousseauiste, il ne s'agit pas d'une simple faculté de critique laissée aux individus. Il s'agit d'un droit, voire d'un devoir si l'on veut empêcher l'usurpation du pouvoir législatif par quelques-uns. Apparaissant comme « *le seul frein efficace des abus de l'autorité* »[312], l'opinion publique se conçoit donc « *comme la volonté actuelle du peuple : elle est une expression de la souveraineté* »[313]. En éludant la question de la compétence du citoyen, question jugée injurieuse au regard de l'égalité abstraite proclamée, le jacobinisme ouvre ainsi la porte au jugement personnel de chaque citoyen sur ses représentants[314]. En filigrane se dessine alors une critique de l'indépendance donnée aux représentants. Le modèle qui se dessine est celui d'une souveraineté populaire où les représentants sont de simples mandants. PÉTION considère ainsi que « *les membres du corps législatif sont des mandataires les citoyens qui les ont choisi sont des commettants : donc ces représentants sont assujettis à la volonté de ceux dont ils tiennent leur mission et leurs pouvoirs. Nous ne voyons aucune différence entre ces*

[310] Discours du 9 thermidor an II (27 juillet 1794), AP, T. XCIII, p. 561.

[311] *Du Contrat social*, Livre IV, Chap. VII. Le rapprochement avec la volonté générale est alors évident : toutes deux font l'objet un acte de connaissance, et non de volonté. Ainsi, concernant la volonté générale, ROUSSEAU signale que « *la première et la plus importante maxime du gouvernement légitime ou populaire, c'est-à-dire celui qui a pour objet le bien du peuple, et donc, comme je l'ai dit, de suivre en tout la volonté générale ; mais pour la suivre il faut la connaître, et surtout bien la distinguer de la volonté particulière en commençant par soi-même* », *Discours sur l'économie politique*, cité par Yves Charles ZARKA, *Le tournant rousseauiste ou la réinvention de la souveraineté du peuple*, IN CAZZANIGA Gian Mario et ZARKA Yves-Charles (Dir.), Penser *la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, T. I, Paris, Vrin, 2001, p. 297.

[312] ROBESPIERRE, Constituante, 22 août 1791, AP, T. XXIX, p. 631.

[313] Julien BOUDON, *Les Jacobins. Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, T. 128, 2006, p. 253.

[314] Comme l'écrit Lucien JAUME, « *défenseur de l'égalité civique, le robespierrisme tient pour évident que le citoyen peut être juge de tout ; car le zèle patriotique, l'enthousiasme pour la liberté, suffisent à éclairer l'esprit de chaque citoyen. La difficile question de la compétence du jugement ne fait jamais problème dans cette perspective, elle n'est pas abordée car ce serait injurieux à l'égalité.* […] *Au problème de la compétence du citoyen, le jacobinisme substitue donc celui de sa moralité ; à la question des modalités de participation aux décisions, il substitue la vision d'une transparence intégrale de la société, par laquelle gouvernants et gouvernés deviendraient indivis* », *Le discours jacobin de la démocratie*, op. cit., pp. 219-220.

mandataires et les mandataires ordinaires, les uns et les autres agissent au même titre, ils ont les mêmes obligations et les mêmes devoirs »[315] ; tandis que ROBESPIERRE, dans un discours du 10 mai 1793 désire « *que tous les fonctionnaires publics nommés par le peuple puissent être révoqués par lui sans autre motif que le droit imprescriptible qui lui appartient de révoquer ses mandataires* »[316]. La critique jacobine du régime représentatif emprunte naturellement beaucoup à la pensée politique de ROUSSEAU. Contrairement à ce qui a pu parfois être dit, le penseur genevois n'exclut pas entièrement le régime représentatif[317], même s'il en mesure tous les inconvénients[318]. Le gouvernement démocratique ne convenant qu'à un peuple de Dieux[319], il convient selon ROUSSEAU d'organiser une représentation qui demeure permanente et qui reste toujours dirigée et contrôlée par les citoyens. Dès lors, outre le renouvellement fréquent des chambres, le penseur genevois préconise de ne considérer les représentants que comme de simples commettants liés par un mandat impératif : « *la souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée ; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point* […]. *Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires ; ils*

---

[315] Lucien JAUME souligne à propos de PÉTION qu'il n'admet pas « *la fiction selon laquelle la Nation prend corps dans l'Assemblées des représentants : elle est pour lui le peuple même des électeurs* », *Le discours jacobin et la démocratie*, op. cit., p. 288.

[316] Discours du 10 mai 1793, Moniteur, T. XVI, p. 364. Il n'est d'ailleurs pas surprenant de voir que le principe du mandat impératif fut repris *in extenso* dans l'article 105 de la Constitution de l'URSS du 7 octobre 1977 qui disposait : « le député a l'obligation de rendre compte à ses électeurs de son activité et de l'activité des Soviets. Le député qui ne se serait pas montré digne de la confiance des électeurs peut être privé de son mandat à tout moment sur décision de la majorité des électeurs, selon les modalités prévues par la loi ».

[317] ROUSSEAU considérait effectivement que « *le souverain n'ayant d'autre force que la puissance législative n'agit que par des lois, et ces lois n'étant que des actes authentiques de la volonté générale, le souverain ne saurait agir que quand le peuple est assemblé* », *Du Contrat social*, Livre III, Chap. XII. Dès lors, conclut-il, la volonté générale « *ne se représente point : elle est la même ou elle est autre* », Livre III, Chap. XV. Mais, on le sait, un tel idéal n'est possible selon lui que dans très petits États et il reconnaissait lui-même, dans une formule demeurée célèbre, que le peuple anglais demeurait libre au moment où celui-ci désignait ses représentants (« *le peuple anglais pense être libre ; il se trompe fort, il ne l'est que durant l'élection des membres du Parlement ; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. Dans les courts moments de sa liberté, l'usage qu'il en fait mérite bien qu'il la perde* », Livre III, Chap. XV)

[318] Dans ses *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, il écrit ainsi que « *cela a son mal et son bien, mais le mal l'emporte. Le législateur en corps est impossible à corrompre mais facile à tromper. Ses représentants sont difficilement trompés, mais aisément corrompus, et il arrive rarement qu'ils ne le soient pas* », chap. VII, cité par Guillaume BACOT, *Jean-Jacques Rousseau et la procédure législative*, op. cit., p. 56.

[319] « *S'il y avait un peuple de Dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes* », *Du Contrat social*, Livre III, Chap. IV.

ne peuvent rien conclure définitivement »[320]. ROBESPIERRE, dans la lignée de la pensée rousseauiste, ne va alors cesser d'affirmer la souveraineté du peuple et de témoigner sa méfiance corrélative à l'égard du système représentatif. La souveraineté est non seulement une et indivisible, mais également inaliénable. Dans son discours du 29 juillet 1792, il affirme par exemple clairement que « *la source de tous nos maux, c'est l'indépendance absolue où les représentants se sont mis eux-mêmes à l'égard de la nation sans l'avoir consultée. Ils ont reconnu la souveraineté de la Nation, et ils l'ont anéantie. Ils n'étaient, de leur aveu même, que les mandataires du peuple, et ils se sont faits souverains, c'est-à-dire despote. Car le despotisme n'est autre chose que l'usurpation du pouvoir souverain* ». La souveraineté du peuple implique la soumission des gouvernants au peuple : en ce sens, « *les mandataires du peuple sont avec le souverain dans le même rapport que les commis d'un particulier avec leur commettant, et que le serviteur avec le père de famille* »[321]. La représentation apparaît donc comme une institution viciée et pernicieuse qui nie la délégation de pouvoir des gouvernés vers les gouvernants et encourage les députés à poursuivre leurs intérêts particuliers au nom de l'intérêt général. Le mandat impératif est alors un moyen sûr pour obliger les gouvernants à suivre l'opinion publique.

Les Jacobins adoptent donc pour postulat qu'« *il est nécessaire que la voix de l'opinion publique retentisse sans cesse autour d'eux* [les représentants] *pour balancer la puissance de l'intérêt personnel et des passions individuelles* »[322]. Dans cette optique, l'opinion monte du social et soumet à son jugement infaillible les gouvernants qui se sont placés sous son regard. Très vite va alors se poser la question de savoir si l'opinion publique peut s'exprimer par elle-même ou s'il faut renouer avec la figure du Tribunat rousseauiste[323]. La solution Jacobine peut dans un premier

[320] *Du Contrat social*, Livre III, Chap. XV. Notons toutefois que, selon Guillaume BACOT, « *le mandat impératif décrit par Rousseau est assez souple, puisque les représentants peuvent se prononcer de leur propre chef sur les questions qu'il n'a pas prévues et que ceux-ci peuvent même le violer sans que leurs décisions puissent être invalidées* », *Jean-Jacques Rousseau et la procédure législative*, op. cit., p. 57.

[321] Cité par Lucien JAUME, *Légitimité et représentation sous la Révolution : l'impact du jacobinisme*, DROITS, n°6, 1987, p. 57. ROBESPIERRE confirme ce point de vue lors de son discours à la Convention du 10 mai 1793 : « *un peuple dont les mandataires ne doivent compte à personne de leur gestion n'a point de Constitution ; un peuple dont les mandataires ne rendent compte qu'à d'autres mandataires inviolables n'a point de Constitution puisqu'il dépend de ceux-ci de le trahir impunément et de le laisser trahir par les autres. Si c'est là le sens qu'on attache au gouvernement représentatif, j'avoue que j'adopte tous les anathèmes prononcés contre lui par Jean-Jacques Rousseau* ».

[322] N°5 du *Défenseur de la Constitution*, 15 ou 17 juin 1792, cité par Julien BOUDON, *Les Jacobins (…)*, op. cit., p. 254.

[323] « *On institue une magistrature particulière qui ne fait point corps avec les autres, qui replace chaque terme dans son vrai rapport, et qui fait une liaison ou un moyen terme, soit entre le Prince et le Peuple, soit entre le Prince et le Souverain, soit à la fois des deux côtés s'il est nécessaire. Ce corps, que j'appellerai Tribunat, est le conservateur des*

temps s'interpréter comme une solution intermédiaire, qui emprunte autant à l'idéal physiocratique[324] qu'aux propos d'un Nicolas DE BONNEVILLE[325]. Les Jacobins, par la voix de ROBESPIERRE, préconisent en effet la création d'un Tribunal populaire, auguste asile de la liberté[326], et dont « *l'unique fonction sera de connaître des prévarications des fonctionnaires publics. Les membres du Corps législatif ne pourront être poursuivis par ce tribunal pour raison des opinions qu'ils auront manifestées dans l'Assemblée, mais seulement pour les faits positifs de corruption ou de trahison dont ils pourraient être prévenus. Les délits ordinaires qu'ils pourraient commettre sont du ressort des tribunaux ordinaires* »[327]. Toutefois, le député CHABOT émet dès le 11 juin 1793 un doute réprobateur : d'une part, il soutient que « *le peuple a seul le droit de se prononcer sur la conduite de ses représentants* ». La révocation ne peut alors venir que d'en bas et non d'un pouvoir constitué ; d'autre part, il se fonde sur l'impératif d'unité et d'indivisibilité des pouvoirs pour considérer qu'il ne faut pas établir « *deux pouvoirs qui puissent rivaliser ensemble ; n'exposons pas le peuple à se diviser d'opinion*

---

lois et du pouvoir législatif », *Du Contrat social*, Livre IV, Chap. V.

[324] Sébastien LE MERCIER DE LA RIVIÈRE considérait par exemple qu'il « *est tellement nécessaire de laisser au corps entier de la société la plus grande liberté possible de l'examen et de la contradiction. Il est tellement nécessaire d'abandonner l'évidence à ses propres forces, qu'il n'est aucune autre force qui puisse les suppléer : une force physique, quelque supérieure qu'elle soit, ne peut commander qu'aux actions, et jamais aux opinions* », *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Paris et Londres, 1767, p. 465. On a pu noter que, « *en attendant que l'opinion publique leur appartienne et que la foule leur accorde l'appui qu'elle refuse dans son ignorance, ils* [les physiocrates] *font appel contre l'arbitraire du législateur à d'autres auxiliaires, dont l'intervention se cumulera plus tard avec celle de la foule elle-même, après l'avoir, plus ou moins longtemps, supplée* », Ernest CHAVEGRIN, *Les doctrines politiques des physiocrates*, Mélanges Carré de Malberg, Vaduz, Topoz Verlag AG, 1977, p. 67.

[325] Le Tribunal national « *est une institution qui* [formant] *une liaison ou moyen terme entre les gouverneurs et les gouvernés, ne faisant corps avec aucun d'eux, les replacera les uns et les autres par la seule force de l'opinion publique ou volonté générale qui est toujours droite, dans le rapport exact des divers emplois qui leur sont fixés par la loi* », *Le Cercle social*, Lettre VII, 1790, p. 53, cité par Marcel GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799*, Paris, Gallimard, Coll. Bibliothèque des Histoires, 1995, p. 88. GAUCHET signale d'ailleurs « *l'intéressant glissement de la volonté générale à l'opinion publique et à la nécessité de pourvoir celle-ci d'un organe pour qu'elle compte dans la machinerie politique* ». Ce propos est bien évidemment transposable à la pensée Jacobine.

[326] Le député RAMEL-NOGARET, reprenant la proposition de ROBESPIERRE, proposera ainsi le 10 juin 1793 un jury national censé constituer « *un auguste asile de la liberté* » grâce auquel « *le mandataire coupable n'échappera pas plus à la justice qu'à l'opinion publique* », Le Moniteur, T. XVI, p. 617.

[327] Réimpression de l'ancien Moniteur, T. XVI, p. 264. L'ambiguïté de ce type de mécanisme est grande, ce que confirment les propos de ESMEIN qui voit là la mise en œuvre « *d'une responsabilité pénale à l'égard de tout citoyen, non d'une responsabilité politique des électeurs* », *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 442. La confusion des deux types de responsabilité est à notre sens une des caractéristiques majeures de la démocratie d'opinion, cf. infra.

entre le corps représentatif et le jury national »[328]. Le projet est alors rejeté au motif, selon les mots de THIRION, qu'il « *existe déjà un tribunal de ce genre, l'opinion publique* »[329].

On voit ici s'esquisser l'aporie jacobine de l'opinion publique. Pensée comme une force irrésistible qui trouve ses racines dans le social, elle ne peut toutefois être représentée par une instance *ad hoc*. Dès lors, plutôt que de tolérer une opinion toute-puissante et finalement impossible à vaincre, et par là même effrayante, les Jacobins vont être tentés « *de lui substituer une opinion publique cohésive, faite de la rectification autoritaire des opinions individuelles.* […] *c'est de haut en bas, cette fois, que l'opinion publique s'impose aux opinions individuelles corrompues et dépravées* »[330]. Devant le rêve d'une unité parfaite entre le Peuple et ses guides, l'opinion devient une force qui n'est plus antécédente mais largement à venir.

Sous-Paragraphe 2. L'opinion publique jacobine entre représentation et identification

La critique de la Représentation va rapidement évoluer une fois le pouvoir conquis. Elle passe d'une dénonciation de l'institution et de ses occupants à « *une éloge de la représentation régénérée* »[331]. En effet, ROBESPIERRE considère que « *partout où le peuple n'exerce pas son autorité, et ne manifeste pas sa volonté par lui-même, mais par des représentants, si le corps représentatif n'est pas pur et presque identifié avec le peuple, la liberté est anéantie* »[332]. L'indépendance engendre la corruption et l'opinion elle-même n'est alors plus en mesure d'exercer son pouvoir censorial. Comme l'écrit l'Incorruptible, « *l'opinion publique aujourd'hui ne peut plus reconnaître les ennemis de la liberté aux traits prononcés du royalisme et de l'aristocratie ; il faut qu'elle les saisisse sous les formes les plus délicates de l'incivisme et de l'intrigue. Elle ne pourrait que se tromper ou flotter dans une funeste*

---

[328] Le Moniteur, T. XVI, p. 620.

[329] Discours du 16 juin 1793, AP, T. LXVI, p. 576. Avant de soutenir le projet de jury populaire, Maximilien ROBESPIERRE avait dénoncé la création par ROLAND d'un Bureau de la formation de l'esprit public, s'inscrivant dans la droite ligne des propos de THIRION : « *c'est à l'opinion publique de juger les hommes qui gouvernent et non à ceux-ci de maîtriser et de créer l'opinion publique* », Discours du 10 mai 1793, Moniteur, T. XVI, p. 364.

[330] Mona OZOUF, *Esprit public*, IN FURET François et OZOUF Mona (Dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Paris, Flammarion, Coll. Champs, 1992, p. 169.

[331] Lucien JAUME, *Le discours jacobin et la démocratie*, op. cit., p. 391.

[332] Cité par Lucien JAUME, *Échec au libéralisme. Les Jacobins et l'État*, Paris, Kimé, 1990, p. 40. Comme le souligne Lucien JAUME, la dénonciation est ambiguë : « *on peut entendre aussi bien que le peuple pourrait gouverner sans représentation, ou que l'institution représentative doit posséder des représentants dotés de qualités morales et politiques (corps « pur ») ou enfin qu'un nouveau système est à inventer (de façon à être « presque identifié avec le peuple ») »*, *Les équivoques de la souveraineté sous la Révolution française*, IN CAZZANIGA Gian Mario et ZARKA Yves-Charles (Dir.), Penser *la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, T. I, op. cit., p. 342.

incertitude, si elle cherchait encore à classer les hommes d'après les anciennes dénominations »[333]. Le discours Jacobin va alors s'inscrire dans une double dynamique. D'une part, il s'agit de permettre l'avènement d'une identité entre le peuple et ceux qui exercent le pouvoir. Là où la représentation introduit originellement une distance entre les gouvernants et les gouvernés, les Jacobins recherchent la simultanéité et l'homogénéité. La conception jacobine de la représentation nie alors la possibilité d'une séparation entre la sphère civile et l'État et, *in fine*, tout avènement d'un espace public autonome[334]. En d'autres termes, comme le met en évidence Marcel GAUCHET, « *cette ouverture de la représentation sur le peuple, au lieu de la fermeture de la représentation absolue, n'est en réalité qu'une autre version de la représentation/identification. Ceux qui s'opposent à l'usurpation représentative sont pris exactement dans le même schème identificatoire que leurs adversaires. Eux aussi croient fondamentalement à l'Un du peuple et des mandataires qui parlent en son nom. Ils veulent la rendre tangible grâce à la mobilisation d'une unanimité citoyenne autour de l'assemblée des représentants, au lieu de se contenter de son incarnation symbolique dans le monopole de l'assemblée* »[335]. Cet unanimisme exclut toute idée de pluralisme et les différentes libertés (presse, réunion, association) sont progressivement rognées au nom d'une opinion publique unanime qui s'incarnerait dans la Société des Jacobins[336]. L'opinion publique devient alors l'esprit public, symbole de la Raison énoncée au sein de l'Assemblée Jacobine[337]. L'opinion publique perd son caractère d'infaillibilité et la dénonciation des factieux ne se fait plus tant devant elle qu'au sein

---

[333] Cité par Lucien JAUME, *Le public et le privé chez les Jacobins (1789-1794)*, op. cit., p. 236. COUTHON abonde dans ce sens et accepte l'abandon du projet d'un tribunal populaire conçu par le Comité de Constitution car, dit-il, « *vous venez de me faire remarquer qu'une majorité corrompue pourrait avoir corrompu l'opinion publique, de telle façon que la patriote le plus pur, le républicain le plus zélé pourrait être déclaré avoir trahi la cause du peuple pour l'avoir trop bien défendu* », AP, T. LXVII, p. 141.

[334] Il s'agit là d'une des caractéristiques d'un régime totalitaire. Cf. Pierre MANENT, *Le totalitarisme et le problème de la représentation politique*, COMMENTAIRE, n°26, 1984, pp. 212-213 en particulier.

[335] *L'héritage jacobin et le problème de la représentation*, LE DÉBAT, n°116, 2001, p. 37.

[336] Comme l'écrit COUTHON, « *de pareilles associations ne peuvent subsister, car elles ne s'accordent pas avec l'unité de gouvernement, d'action et d'opinion dont la République a besoin. Si vous les laissez subsister, il n'y aura plus d'unité d'opinion. Les Jacobins sont forts par l'opinion ; évitons avec grand soin que cette force ne soit brisée* », cité par Lucien JAUME, *Le public et le privé chez les Jacobins*, op. cit., p. 240.

[337] Mona OZOUF attire l'attention sur le fait qu'« *à l'idée d'opinion publique, toujours péjorativement connotée par ce substantif qui contient en lui une menace d'éclatement de la communauté, on préférera celle d'esprit public, plus immédiatement pourvue d'unité et prometteuse d'une intégration pleine dans le collectif* », *Esprit public*, op. cit., pp. 169-170. L'auteur cite à l'appui un des commissaires départementaux Directoire qui, découvrant « *la distinction très judicieuse entre l'esprit public et l'opinion* », considère que « *cette dernière est l'arbitre suprême du département et que les vicissitudes sanglantes de la scène politique, la divergence continuelle des opinions et toutes les prétentions de l'amour-propre ont substitué l'homme à la patrie et qu'il ne peut y avoir d'esprit public là où il n'y a que des opinions* », p. 177.

de la Société des Jacobins, qui, composée de vertueux, lutte également contre ceux qui sont susceptibles de corrompre l'opinion[338]. C'est pourquoi ROBESPIERRE insiste pour « *que tous les bons citoyens se réunissent dans leurs sections, qu'ils y dirigent l'opinion publique d'une manière plus utile qu'ils n'ont fait jusqu'à présent et qu'ils viennent à la barre de la Convention nous forcer de mettre en état d'arrestation les députés infidèles* »[339]. Si le peuple est par nature vertueux, alors seuls les représentants qui sont eux-mêmes vertueux, et qui donc lui ressemblent, peuvent le représenter. La représentation tend à se confondre avec l'incarnation, ce dont témoignent ces propos de COUTHON : « *ce facteur inconscient de l'opinion – la situation de l'opinant – se maintient : la société est permanente ; qu'il s'en écarte tout autre ; la société est fermée ; qu'il se renforce : la société se recrute et « s'épure », assimile et élimine les hommes et les idées toujours selon la même pente* »[340]. Julien BOUDON résume alors l'idée Jacobine : « *la « machine » fabrique une opinion dont l'adjectif publique est synonyme de jacobine* »[341].

Dès lors, prolongeant les hypothèses rousseauistes[342], les Jacobins vont admettre que l'opinion publique a besoin d'être guidée. La où le régime représentatif usurpe la souveraineté populaire, la Société des Jacobins incarne l'opinion publique. Elle n'est que le récipiendaire d'une volonté du peuple originaire à qui elle se doit de rendre des comptes[343]. L'opinion publique n'est plus une donnée constatable : si elle s'identifie encore avec la volonté du peuple, il ne peut toutefois s'agir que d'un peuple qui n'existe pas encore, d'un peuple qui n'advient que par la

---

[338] Ainsi, dès 1792, un arrêté de la Commune de Paris prévient que « *les empoisonneurs de l'opinion publique tels que les auteurs de journaux contre-révolutionnaires seront mis en prison et leurs presses, caractères et instruments distribués entre les imprimeurs patriotes* », cité par Bertrand MATHIEU, *La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives*, RDP, n°1-2007, p. 232.

[339] Discours du 5 avril 1794, cité par Mona OZOUF, *Esprit public*, op. cit., p. 173.

[340] Convention du 27 floréal an II (16 mai 1794), Moniteur, T. XX, pp. 493-494, cité par Julien BOUDON, *Les Jacobins. Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau*, op. cit., p. 475.

[341] Ibid. Comme le signale Marcel GAUCHET, « *tel est le paradoxe : pour obtenir le vrai peuple, il faut retrancher du peuple tout ce qui peut le diviser. Il faut diviser pour empêcher l'œuvre de la division* », *L'héritage jacobin et le problème de la représentation*, op. cit., p. 39.

[342] « *De lui-même le peuple veut toujours le bien, mais de lui-même il ne le voit pas toujours. La volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n'est pas toujours éclairé. Il faut lui faire voir les objets tels qu'ils sont, quelque fois tels qu'ils doivent lui paraître, lui montrer le bon chemin qu'elle cherche, la garantir de la séduction des volontés particulières, rapprocher à ses yeux les lieux et les temps, balancer l'attrait des avantages présents et sensibles, par le danger des mots éloignés et cachés* », *Du Contrat social*, Livre II, Chap. VI.

[343] « *Il faut que les ennemis apprennent que le public n'est point l'écho de cette Société, mais au contraire qu'elle soit l'écho du public ; qu'ils apprennent qu'elle n'est autre chose qu'une section du public qui n'a de l'énergie que parce que toute la capitale est pénétrée des principes de la Révolution* », cité par Lucien JAUME, *Le public et le privé chez les Jacobins*, op. cit., p. 240.

représentation jacobine. Cette vision suppose, selon Lucien JAUME, que « *l'opinion soit dirigée, purifiée et personnalisée dans l'Acteur collectif que constitue le peuple, mais dont seule la Convention pouvait finalement incarner la représentation sensible, la voix ou la bouche* »[344]. En d'autres termes, « *en joignant l'exaltation du citoyen vertueux* […] *à l'unité du Peuple – lui-même conçu comme le détenteur originaire de la vertu – le jacobinisme peut élargir l'origine du Mal : elle n'est pas seulement chez les aristocrates* […] *mais aussi chez tout « individu » qui montre un intérêt personnel au service de l'ambition, ou une appartenance de « faction »* »[345]. Les Jacobins défendent ainsi l'idée unanimiste d'un peuple conçu dans son unité singulière et qui oppose sa volonté aux représentants. L'exigence d'union fusionnelle entre les représentants et les gouvernés débouche naturellement sur une conception organiciste de l'opinion publique. Celle-ci ne se construit pas au cours d'un processus ininterrompu, d'une circulation des idées, mais elle ressort tout au contraire d'une entité indivisible, unanimiste, qui est tout autant le produit d'un processus spontané qu'un artefact légitimant le pouvoir.

Sous-section 2. La souveraineté nationale ou l'émancipation de la représentation par rapport à l'opinion

Le régime représentatif est souvent présenté par la doctrine comme « *incontestablement logique et intellectuellement harmonieux* »[346]. Pourtant, une telle affirmation s'avère hasardeuse si l'on considère la centralité de l'opinion publique dans le discours politique au moment de la Révolution française. Sans doute, la thèse selon laquelle « on ne peut gouverner contre l'opinion » devient-elle triviale dès le commencement de la Révolution. Mais se pose alors deux questions simples : qui peut s'en proclamer le porte-parole ? Et l'opinion publique consiste-elle en une unité abstraite, rationnelle et unanimiste ? Au regard de ces interrogations, on ne peut que constater l'ambiguïté initiale de la doctrine de la souveraineté nationale (**PARAGRAPHE 1**). Cette doctrine, considérée abstraitement, conduit à récuser l'existence d'une opinion publique, ou du moins à nuancer son influence réelle. André MATHIOT souligne ainsi avec raison que « *la naissance de la démocratie avait soumis le Parlement à l'opinion publique : les progrès de la démocratie*

---

[344] *Les Jacobins et l'opinion publique*, op. cit., p. 68.

[345] Lucien JAUME, *Le discours jacobin et la démocratie*, op. cit., p. 169.

[346] Joseph BARTHÉLÉMY, *La crise de la démocratie représentative*, RDP, 1928, p. 587.

donnent à la chambre basse une sorte de complexe de supériorité et, en tous cas, un réflexe de défense à l'égard des consultations populaires »[347]. Force est en effet de constater que la doctrine de la souveraineté nationale aboutit à mettre sous tutelle l'opinion publique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les ambiguïtés de la doctrine de la souveraineté nationale

La construction théorique et institutionnelle du gouvernement représentatif peut se comprendre comme une volonté de permettre aux plus éclairés de gouverner. Le régime représentatif est un gouvernement des capables. Dès lors, la référence à l'opinion publique se veut profondément contradictoire. Elle est tout à la fois le produit de la délibération des élites et l'opinion commune et vulgaire de la multitude. Cette dichotomie est notamment présente dans la pensée de Sieyès que la doctrine publiciste considère majoritairement comme le principal théoricien de la souveraineté nationale (**Sous-Paragraphe 1**). Cette ambiguïté va profondément marquer les travaux de la doctrine publiciste qui, devant le flou de la définition, assimilera parfois opinion publique et Nation (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. L'opinion publique chez Sieyès : opinion commune ou opinion éclairée ?

Au cours de la Révolution, le projet des modérés consiste à établir une souveraineté par la représentation. Ce projet, on le sait, consiste à libérer l'individu de toute appartenance sociale et à ne le comprendre que comme citoyen. Les citoyens sont donc classiquement envisagés en tant qu'individus rationnels et autonomes, c'est-à-dire indépendants de leurs insertions sociales et du contexte social dans lequel ils s'inscrivent : l'individu, et non pas son ancrage social, constitue le référent ultime de tout principe libéral. La « *transcendance par la citoyenneté* » dont parle Dominique Schnapper repose alors sur l'individualisme libéral qui considère le citoyen « *apte à s'arracher* […] *à ses enracinement particuliers* […] *à rompre avec les déterminations qui l'enfermeraient dans une culture et un destin imposés par sa naissance* »[348]. La conséquence politique s'impose alors d'elle-même : il n'y a pas de « peuple » qui existerait en dehors de la représentation nationale et dont l'opinion pourrait être connaissable par les représentants. Le député représente toute la nation[349] et la multitude ne saurait avoir une voix unique en dehors de la représentation, ou, comme le dit Siéyès, « *le peuple ne peut avoir d'autre voix que celle des ses représentants, il ne peut*

[347] *Agonie de quelques vieux principes*, Il politico, 1950, pp. 3-16, repris in De Laubadère André, Mathiot André, Rivero Jean et Vedel Georges (Dir.), *Pages de doctrine*, T. I, Paris, lgdj, 1980, p. 88.

[348] Dominique Schnapper, *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994, p. 92.

parler, ne peut agir que par eux »[350]. La nation n'a pas une volonté originaire qui précéderait le moment de la délibération des représentants du peuple ; elle ne veut donc que par ses députés, à travers leur volonté, auxquelles il n'y a pas lieu de s'opposer[351]. Comme l'écrit Lucien JAUME, « *la « volonté générale » ne naît pas de la confrontation des opinions au sein de la société et ne réside pas dans l'espace public : formuler et constater la volonté générale revient aux organes de pouvoir, dont, au premier chef, l'Assemblée des représentants* »[352].

Pourtant, SIEYÈS ne néglige pas le rôle politique de l'opinion publique et reconnaît que celle-ci s'est formée en 1789 par l'avènement d'une « *masse d'idées communes* »[353] qui a pu naître par l'action des « *écrivains patriotes* »[354]. L'Abbé va même jusqu'à considérer que « *le garant de la liberté publique ne peut être que là où est la force réelle. Nous ne pouvons être libres qu'avec le peuple et par lui. Si une considération de cette importance est au-dessus de la frivolité et de l'étroit égoïsme de la plupart des têtes françaises, au moins ne pourront-elles s'empêcher d'être frappées des changements survenus dans l'opinion publique. L'empire de la raison s'étend tous les jours davantage* »[355]. L'opinion publique n'est donc plus cette masse de préjugés vulgaires qui avait cours avant l'extension de la Raison. Même si elle demeure synonyme de « bon sens », elle se doit d'être guidée par une élite éclairée. De fait, « *on peut se dispenser de donner le nom d'opinion publique aux superstitions religieuses, féodales ou royalistes, non pas qu'elles représentent des idées qui ne soient très générales et très publiques, mais plutôt en ce que ce sont des habitudes intellectuelles reçues plutôt que des idées*

---

[349] Comme le dit SIEYÈS, « *le député d'un bailliage est immédiatement choisi par son bailliage ; mais médiatement, il est élu par la totalité des bailliages. Voilà pourquoi tout député est représentant de la nation entière* ».

[350] Discours du 7septembre 1789, AP, T. VIII, p. 585. Rappelons que l'esprit des propos de l'Abbé perdure, ainsi qu'en atteste cette célèbre exclamation de Paul REYNAUD, alors opposé à l'élection populaire du chef de l'État, à la tribune de l'Assemblée nationale : « *la France est ici et non ailleurs !* ».

[351] Ainsi, SIÉYÈS dans son discours sur le veto royal du 7 septembre 1789 s'exclame-t-il : « *La nation n'exerçant pas par elle-même sa puissance, et ne devant pas l'exercer, ne peut avoir d'autre volonté que celle des personnes qu'elle en a rendu dépositaires, à moins qu'elles n'en abusent pour la retenir dans l'oppression* ».

[352] *Les équivoques de la souveraineté sous la Révolution française*, op. cit., pp. 333-334.

[353] *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, Paris, Société de l'Histoire de la Révolution française, 1888, p. 36, en ligne sur Gallica http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre?O=NUMM-89685&M=notice

[354] Ibid., p. 53. L'auteur précise plus loin que « si tout le monde pensait vrai, les plus grands changements, dès qu'ils présenteraient un objet d'utilité publique, n'auraient rien de difficile. Que puis-je faire de mieux que d'aider de toutes mes forces à répandre cette vérité qui prépare les voies ? On commence par la mal recevoir, peu à peu les esprits s'y accoutument, l'opinion publique se forme, et, enfin, l'on aperçoit à l'exécution des principes qu'on avait d'abord traités de folles chimères. Dans presque tous les ordres de préjugés, si des écrivains n'avaient consenti à passer pour fous, le monde en serait aujourd'hui moins sage », pp. 90-91.

[355] Ibid., p. 54.

acquises. Ce que nous appelons aujourd'hui opinion publique est tout différent […]. *Cette opinion publique est d'une nature plus relevée. Elle se compose des idées, des notions, des jugements que chacun forme spontanément d'après ses lectures, son éducation, ses réflexions, les sociétés où il vit. Elle a succédé avantageusement à la masse des préjugés vulgaires* »[356]. Néanmoins, l'ambiguïté demeure grande. D'un certain côté, la multitude n'est pas en mesure de former une opinion préalablement à la délibération de ses représentants, puisque c'est l'action parlementaire elle-même qui génère cette volonté. Là où, avant la Révolution française, l'opinion publique avait pu jouer un rôle substitutif face à une représentation inexistante, l'établissement d'un gouvernement représentatif tend tout à la fois à nier l'existence de l'opinion publique en dehors de la représentation et à circonscrire l'espace public[357]. D'un autre côté, s'il n'assimile pas l'opinion publique à la volonté générale comme chez les Jacobins, SIEYÈS ne conteste pas pour autant l'influence de l'opinion sur le Législateur, notamment en matière de mœurs où elle s'avère la condition du changement. Ainsi, certains auteurs n'hésitent pas à considérer que l'opinion publique sieyèsienne « *influence nécessairement le jugement des citoyens actifs qui, en réélisant ou non les sortants, feront fonctionner une ébauche de démocratie semi-représentative, qui n'a pu être mise en place faute de temps* »[358]. Une telle interprétation des écrits de SIÉYÈS s'avère probablement audacieuse mais il ne fait néanmoins aucun doute que pour l'Abbé, l'opinion publique « *doit demeurer un point fixe, la garante de l'équilibre entre le législateur et le citoyen, et donc de l'efficace des mœurs en soutien aux lois, c'est-à-dire dans sa proximité en aval avec les mœurs, et en amont avec la loi* »[359]. Il ne s'agit donc pas de la « régénérer » ou de la mettre en mouvement au moyen du principe de la souveraineté populaire, mais il n'est pas possible pour le Législateur de l'ignorer.

Sous-Paragraphe 2. De l'identification entre l'opinion publique et la Nation

---

[356] Manuscrit inédit, Archives nationales 284 AP5 D3, cité par Bernard MANIN, *Le concept d'opinion publique*, op. cit., p. 322.

[357] Comme il l'a été souligné, « *l'espace public selon Siéyès, est porteur d'une stratégie de prise de pouvoir* », ce qui explique ses positions extrêmement strictes envers la liberté de la presse et la liberté de manifestation, Christine FAURÉ, *L'espace public selon Sieyès*, IN GUILHAUMOU Jacques et MONNIER Raymonde (Dir.), *Des notions-concepts en révolution (…)*, op. cit., p. 85. Cette assimilation de l'espace public à l'ordre public est caractéristique d'un gouvernement représentatif pensé comme gouvernement des capables et dont les doctrinaires seront les plus fervents porte-parole. Cf. infra.

[358] Bernard VONGLIS, *Souveraineté de la Nation et souveraineté du peuple*, Mélanges Gaudemet, *Nonagesimo Anno*, Paris, PUF, 1999, p. 696.

[359] Jacques GUILHAUMOU, *Sieyès et le point fixe de l'opinion publique*, IN SÉBASTIAN Javier Fernandez et CHAUSSIN Joëlle (Dir.), *L'avènement de l'opinion publique (…)*, op. cit., p. 115.

Si l'idéal du gouvernement d'opinion naît et trouve un terreau favorable dans le libéralisme politique de la doctrine constitutionnelle anglo-saxonne, il se trouve également en France un certain nombre d'auteurs pour inclure le rôle de l'opinion publique dans leur théorie constitutionnelle. La tentative la plus marquante pour juridiciser la notion est à mettre au crédit d'Adhémar ESMEIN. Arguant de ce que la souveraineté appartient à la Nation, qui est à ses yeux autant une construction juridique qu'une entité politique et sociale, il considère que « *la souveraineté nationale ne se fonde pas seulement sur la raison et sur le droit des individus ; elle est aussi la seule interprétation juridique exacte et adéquate d'un fait social incontestable qui s'impose* ». En d'autres termes, la souveraineté « *ne subsiste et s'exerce en fait que si elle est obéie par les citoyens ou les sujets. Or, cette obéissance ne peut être obtenue que de deux manières : ou par l'emploi de la force, ou par l'adhésion de l'opinion publique* »[360]. On ne doit pas se méprendre ici sur les positions d'ESMEIN. Son adhésion aux principes du gouvernement représentatif est en effet certaine. Ainsi qu'il l'a rappelé dans un article majeur, le gouvernement représentatif repose sur trois traits essentiels : 1/ « *La nation, considérée comme souveraine, n'exerce par elle-même aucun des attributs de la souveraineté* […] *La nation leur* [les députés] *abandonne pour un temps le libre pouvoir de légiférer pour elle et en son nom* » ; 2/ « *Ces autorités sont en principe irresponsables* » ; 3/ « *Cette représentation est conçue, non comme un succédané du gouvernement direct de la nation par elle-même, mais comme un système de gouvernement préférable à celui-ci* »[361]. Le prestigieux auteur est donc bien un lecteur attentif de l'œuvre de SIEYÈS dont il fait d'ailleurs, avec MONTESQUIEU et de DELOLME, l'un des pères du gouvernement représentatif[362].

Cette conception de la souveraineté nationale est pourtant à l'époque violemment critiquée par Léon DUGUIT. Cette position ne doit pas surprendre tant ce dernier se montre déjà virulent à l'égard du principe de la souveraineté nationale qu'il considère comme « *non seulement*

---

[360] *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 286. L'auteur précise ensuite que « *l'opinion, la volonté du plus grand nombre peut seule maintenir parmi les hommes l'empire de la souveraineté* », p. 287.

[361] *Deux formes de gouvernement*, RDP, 1894, pp. 15-16.

[362] ESMEIN n'hésite d'ailleurs pas à citer SIEYÈS au soutien de sa démonstration : ainsi considère-t-il par exemple que le gouvernement direct de la Nation est « *vicieux dans le fond, en ce que la très grande majorité des citoyens, très capable de choisir des représentants d'après leurs opinions connues et d'orienter ainsi la législation et le gouvernement, est incapable d'apprécier les lois ou projets de loi qui lui seraient soumis. Il lui manque pour cela, comme le disait Sieyès, deux choses nécessaires : l'instruction pour comprendre ces projets et le loisir pour les étudier* », *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 399. Cf. Alain LAQUIÈZE, *La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX*ème *et du XX*ème *siècles*, Historia Constitucional, n°6, 2005, pp. 249-250, en ligne hc.rediris.es/06/articulos/pdf/10.pdf

indémontré et indémontrable mais […] *encore inutile* »[363]. Deux types d'arguments sont notamment invoqués par le prestigieux auteur : d'une part la Nation n'existe pas en tant qu'entité réelle[364] ; d'autre part, le principe s'appuie sur une incohérence logique : « *dans la doctrine française c'est au moment de l'élection que le mandat serait donné à l'Assemblée, bien qu'elle n'existe pas encore* »[365]. Dès lors, souligne un commentateur, la critique de DUGUIT peut se formuler ainsi : « *comment la nation qui ne s'exprime que par ses représentants pourrait-elle donner un mandat aux personnes qui formeront une assemblée représentative qui n'existe pas au moment de l'élection ?* »[366]. En s'appuyant sur ces prémisses, le Doyen de Bordeaux contredit vigoureusement le raisonnement de son « *savant et regretté collègue* » qui ne le convainc pas. « *Assurément*, dit-il, *il y a dans chaque Nation à un moment donné un certain nombre d'idées communes, qui forment ce que l'on appelle l'opinion publique, et les hommes au pouvoir seront d'autant mieux obéis qu'ils agiront d'accord avec l'opinion publique. Mais cela ne démontre nullement l'existence d'une volonté nationale souveraine s'exprimant par la majorité d'un corps électoral arbitrairement déterminé ; cela montre seulement l'obligation pour les hommes qui sont au pouvoir d'agir en conformité avec l'opinion publique. Sous prétexte de faire la construction juridique de l'opinion publique, on crée une entité métaphysique sans valeur et sans réalité* »[367].

La critique de DUGUIT sur la conception de l'opinion publique chez ESMEIN est difficilement réfutable. La confusion qui est ici opérée conduit en effet à sacraliser l'opinion alors même que sa définition reste improbable. Toutefois, contrairement à ce qui a pu parfois être avancé, il existe bien une équivoque sur le titulaire de la souveraineté dans la pensée de SIEYÈS et la confusion entre peuple et nation est parfois nette, comme lorsqu'il déclare dans son discours des 20 et 21 juillet 1789 que « *tous les pouvoirs publics, sans distinction, sont une émanation de la volonté générale ; tous viennent du peuple c'est-à-dire de la nation. Ces deux termes doivent être synonymes* »[368].

---

[363] *Traité de droit constitutionnel*, *T. 1*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing et Compagnie, 3ème Éd., 1927, p. 585

[364] « *Je ne prétends point que les nations ne soient pas des réalités* […] *mais ils* [les évènements que nous venons de vivre] *ne peuvent pas démontrer que les nations sont des personnalités susceptibles d'être des sujets de droit. Pour admettre cela, il faudrait faire un acte de foi auquel je me refuse* », ibid., p. 609.

[365] Ibid., p. 611.

[366] Dmitri LAVROFF, *Á propos de la représentation politique dans la France contemporaine,* IN *Le concept de représentation dans la pensée politique*, op. cit., p. 460. Cf. également Georges FERRIÈRE, *Droit et politique chez Léon Duguit : la critique de la notion de souveraineté*, IN *Pensée politique et droit*, PUAM, Coll. Histoire des idées politiques, 1998, pp. 489-520.

[367] *Traité de droit constitutionnel*, *T. 1*, op. cit., pp. 584-585.

[368] AP, T. 8, p. 260, cité par Félicien LEMAIRE, *La distinction souveraineté nationale - souveraineté populaire sous la Révolution*, IN MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (Dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, op. cit., p. 22.

L'opinion publique n'est alors ici que la troisième expression d'un triptyque aux contours intellectuels encore flous. Ensuite, il convient de restituer la volonté première d'ESMEIN. L'auteur identifie en effet la Nation à l'opinion publique dans le but unique de faire correspondre le pays « légal » au pays « réel », ce qui permettrait selon lui d'éviter insurrections et émeutes révolutionnaires. Il s'agit donc pour l'auteur de « *rétablir l'harmonie* » et de « *traduire dans le droit aussi exactement que possible le fait inévitable. Reconnaître, organiser et respecter la souveraineté nationale, c'est donner à l'opinion publique, force supérieure, une expression précise, une valeur juridique, une autorité légale* »[369]. Comme il a pu être signalé[370], Adhémar ESMEIN est donc un « antipositiviste » par excellence : sa position scientifique est clairement normative – il ne s'agit pas tant de décrire le droit positif que de proposer un véritable programme pour l'action, de prescrire ce qui doit être - et s'appuie incontestablement sur un présupposé idéologique libéral, ce qui explique cette référence à l'opinion publique. Enfin, l'auteur demeure tributaire d'une doctrine constitutionnelle qui n'a pas encore clairement distingué les concepts de nation ou de peuple et qui assimile parfois, notamment dans la doctrine libérale, l'opinion publique à la volonté générale[371]. La construction positiviste de la souveraineté nationale va toutefois clarifier un certain nombre de positions et finalement conférer à l'opinion publique un statut assez limité.

Paragraphe 2. La souveraineté nationale ou la mise sous tutelle de l'opinion publique

---

[369] *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 288. Historiquement, cette position a pu être défendue par certains révolutionnaires soucieux de préserver l'institution monarchique. Ainsi Jacob-Nicolas MOREAU soulignait-il par exemple que, « *à moins que l'on ne convienne qu'il peut y avoir une différence immense, dans tous les sens, entre l'opinion publique et le vœu unanime de la Nation* », il n'est pas possible de reconnaître le point de vue des auteurs de brochures exigeant un changement de type révolutionnaire comme constituant une opinion publique, *Exposition et défense de notre Constitution monarchique française*, 2 Vol. Paris, 1789, Vol. 1, p. 17, cité par Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion (…)*, op. cit., p. 252.

[370] Stéphane PINON, *Regard critique sur les leçons d'un « maître » du droit constitutionnel. Le cas d'Adhémar Esmein (1848-1913)*, RDP, n°1-2007, pp. 193-229.

[371] Les propos du juriste allemand, et libéral, Karl VON ROTTECK sont à ce titre éclairants : « *L'opinion publique, qui signifie presque la même chose que la volonté générale rationnelle, doit partout se déployer sans obstacle.* […] *La publicité des décisions gouvernementales et celle des débats parlementaires, ainsi que la liberté de la presse, sont des articles essentiels de la constitution de l'État constitutionnel* », *Constitution*, IN *Staatslexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften*, III, Altona, Hammerich, 1836, p.767, cité par Jacky HUMMEL, *État de droit, libéralisme et constitutionnalisme durant le Vormärz*, IN JOUANJAN Olivier (Dir.), *Figures de l'État de droit*, op. cit., p. 132.

Sous l'impulsion de Carré de Malberg, la doctrine positiviste va décrire une conception constructiviste de l'unité nationale. La collectivité ne dispose pas d'une volonté propre puisqu'elle ne l'atteint qu'au travers de son organisation constitutionnelle. L'unité de l'État n'est donc pas une donnée existentielle, mais elle est une abstraction qui s'oppose à une réalité empirique et donc aux individus pris en eux-mêmes : « *ce qui fait de la collectivité une personne sous le nom d'État, ce sont ses organes. Car, par elle-même, la collectivité nationale n'a pas d'unité, et notamment n'a pas de volonté une, réelle : elle n'acquiert cette volonté une que si elle est organisée. L'organisation de la collectivité est donc le fait générateur immédiat de la personnalité étatique. Personnalité qui est purement juridique, et non pas réelle en ce sens qu'elle existerait dès avant toute organisation juridique de la collectivité. Personnalité abstraite par conséquent, mais non point fictive, elle a une réalité juridique* »[372]. Dire que la souveraineté appartient à la nation, ou à la collectivité unie par une même volonté, signifie qu'elle ne leur appartient qu'en tant qu'ils sont considérés comme les sujets d'une volonté, qui, parce qu'elle est une, n'est pas une volonté empirique. Elle ne leur appartient donc qu'en tant qu'ils sont représentés ou qu'ils se représentent, pourrait-on dire, doués d'une volonté une. Or, si l'on admet que la souveraineté appartient nécessairement à l'État[373], alors force est de constater pour le juriste alsacien que « *seule l'idée qui trouve son expression dans le principe français de la souveraineté nationale, permet de dégager pleinement le concept d'État, s'affirmant comme sujet permanent et distinct, c'est-à-dire à la fois, de ses organes, quels qu'ils soient, et des individus qui le composent à chacun des moments successifs de sa durée* »[374]. L'État est donc la collectivité unifiée, il est la personnalité de la nation et la constitue comme telle ; il est le principe d'unité de tous les individus qui la composent. Adopter le principe de la souveraineté populaire reviendrait à confier l'exercice de la souveraineté non à l'Assemblée qui est un organe

---

[372] *Contribution à la théorie générale (…)*, op. cit., p. 198.

[373] Rappelons que Carré de Malberg distingue trois significations au mot « souveraineté » : « *dans son sens originaire* [le mot souveraineté] *désigne le caractère suprême de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance étatique et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe* », *Contribution à la théorie générale de l'État (…)*, T. I, op. cit., p. 79.

[374] Ibid., T. II, pp. 185-186. Comme le souligne Éric Maulin, « *seul l'État-nation réalise pleinement le concept juridique d'État, parce que seul il permet d'attribuer la souveraineté à un être collectif et abstrait, incapable d'exercer le pouvoir illimité dont il est le détenteur* », *Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française*, AHRF, n°328, 2002, p. 12.

de l'État[375], mais à une « *collection inorganisée d'individus* »[376]. Il n'est pas dans notre propos de revenir ici sur les critiques d'ordre historique ou logique que l'on peut apporter à la distinction opérée par CARRÉ DE MALBERG entre la souveraineté nationale et la souveraineté populaire[377]. Il nous importe simplement de souligner combien la logique représentative, interprétée à la lumière des travaux publicistes du début du XXème siècle, exclut l'existence d'une opinion extérieure aux assemblées. En outre, parallèlement à l'affirmation de la théorie de la souveraineté nationale, la doctrine publiciste se livre à une dénégation de la souveraineté populaire qui renverrait inéluctablement aux conceptions psychosociologiques en vogue à l'époque où écrivent nos auteurs. Ainsi, Maurice HAURIOU dresse par exemple un tableau extrêmement sombre de la souveraineté du peuple, ce dernier désignant « *une collectivité, mais où tous les rangs et toutes les classes sont confondus, où il n'y a plus d'ordre établi, où il n'y a même plus d'organes permanents de gouvernement, où les mouvements de l'ensemble sont déterminés directement par l'impulsion de la majorité des individus assemblés, c'est la régression vers la horde, le troupeau, la foule, vers ce qu'on appelle en sociologie l'état grégaire* »[378]. Certes, on sait que le Doyen de Toulouse accorde une large place à l'opinion publique qui prospère grâce à la conversation et à la publicité des actes des gouvernants et il ne la confond pas avec l'opinion moyenne de la multitude[379]. Pour autant, on constate combien cette vision des choses faisant du Parlement le

---

[375] « *Le propre de l'organe, c'est de vouloir pour le compte d'une collectivité unifiée, qui, en tant qu'entité abstraite, ne saurait par elle-même, ni vouloir, ni agir. L'organe ne présuppose pas une personnalité et une volonté déjà existantes ; mais la constitution de l'organe est le moyen par lequel la collectivité devient capable de volonté et d'action, par lequel donc cette collectivité acquiert, en tant que sujet juridique, une réalité d'existence, c'est-à-dire une personnalité, qu'elle ne posséderait pas sans ses organes. En un mot, bien loin de présupposer une personnalité ou volonté antérieures, l'organe fait, au contraire, naître cette volonté et cette personnalité* », *Contribution à la théorie générale de l'État (…)*, T. II, op. cit., p. 228. Pour une présentation de la théorie de l'organe, cf. Pierre BRUNET, *Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg*, IN BEAUD Olivier et WACHSMANN Patrick (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, PUST, 1997, pp. 273-293.

[376] Ibid., T. II, op. cit., p. 354.

[377] Cf. Guillaume BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Éd. CNRS, 1985 : Michel TROPER, *Terminer la révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, Coll. Histoire des Constitutions de la France, 2006, pp. 109-127.

[378] *Principes de droit public*, Paris, 2ème Éd., 1916, p. 630, cité par Éric MAULIN, *Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française*, op. cit., p. 13. D'une manière plus générale, cf. Marie-Joëlle REDOR, « *C'est la faute à Rousseau… » Les juristes contre les parlementaires sous la Troisième République*, POLITIX, n°32, 1995, pp. 89-96.

[379] Comme le signale Stéphane PINON, « *chez Hauriou, la souveraineté nationale doit s'entendre comme une souveraineté-autorisation dont le sens est d'établir un lien de confiance entre les citoyens et le pouvoir. Elle ne s'inscrit nullement dans une perspective d'autogouvernement.* [C'est pourquoi] *on peut dire qu'elle* [l'opinion publique] *s'accorde avec l'impossible gouvernement par le peuple. En fait, le pouvoir de l'opinion, à la manière*

lieu où se forme et où se développe l'opinion publique est indissociable, paradoxalement, de la théorie de la souveraineté nationale[380].

Si la Nation souveraine n'existe, ne parle et ne veut que par son Assemblée représentative, alors au mandat particulier de l'Ancien Régime – par lequel le député agit sur les instructions de ceux qui l'ont nommé - se substitue un mandat représentatif qui fait de l'élu un représentant de la Nation de toute entière et donc le porte-parole d'une unité abstraite. Comme le souligne CARRÉ DE MALBERG, « *le mot représentation ne désignera plus seulement, comme autrefois, un certain rapport entre le député et ses délégants : il exprime l'idée d'un pouvoir consistant chez le représentant à vouloir décider pour la nation. L'assemblée des députés représente la nation en tant qu'elle a le pouvoir de vouloir pour elle* »[381]. La totalité de la représentation nationale représente donc l'unité de la nation, puisque considérer isolément les représentants aboutirait à admettre la représentation d'une pluralité d'intérêts par ailleurs niée[382]. En d'autres termes, selon les dires de SIÉYÈS, « *il n'y a, il ne peut y avoir, pour un député, de mandat impératif, ou même de vœu positif, que le vœu national. Ce vœu, où peut-il être, où peut-on le reconnaître, si ce n'est dans l'Assemblée nationale elle-même* »[383]. Ainsi qu'on le perçoit au travers de ses lignes, il n'existe pas d'autre choix que celui-ci : « *il s'agit d'un impératif hypothétique et non catégorique, d'une règle technique et non d'une norme morale ou juridique : elle ne procède pas d'une volonté humaine subjective, elle ne relève pas du monde des valeurs mais de celui des faits, elle n'est pas l'expression d'une contrainte qu'un individu impose à un autre mais, tout au contraire, elle s'impose par elle-même à tout individu du fait de la nature des choses* »[384]. Cette volonté

---

d'une veille permanente, constitue le substitut d'une indésirable intervention directe des citoyens », *Le pouvoir exécutif dans l'œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou*, Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique, n°24, 2004, pp. 131-132.

[380] Cf. Javier Fernandez SÉBASTIAN, *Opinion vs. Représentation (…)*, op. cit., p. 215.

[381] *Contribution (…),* T. II, op. cit., p. 263. Cette position est aujourd'hui celle retenue par le Conseil constitutionnel, ainsi qu'en atteste cette décision récente où le juge constitutionnel affirme que « *si députés et sénateurs sont élus au suffrage universel, direct pour les premiers, indirect pour les seconds, chacun d'eux représente au Parlement la Nation tout entière et non la population de sa circonscription d'élection* », décision n°2007-547 DC, 15 février 2007, LOI ORGANIQUE PORTANT DISPOSITIONS STATUTAIRES ET INSTITUTIONNELLES RELATIVES À L'OUTRE-MER, Cons. 10.

[382] Ces propos de ROEDERER sont à cet égard significatifs : « *La Constitution reconnaît des représentants qui, tous ensemble, représentent le peuple, mais elle ne reconnaît pas le représentant un tel. Il y a des représentants, et pas un représentant. Représentant est un mot qui, dans la langue constitutionnelle a un pluriel et point de singulier* », *Abus d'un mot à l'aide duquel on a fait d'horribles choses*, cité par Pierre ROSANVALLON, *Le peuple introuvable (…)*, op. cit., p. 44.

[383] *Dire sur le veto royal*, cité par Didier MINEUR, *Archéologie de la crise de la représentation politique*, Thèse, dactyl., IEP Paris, 2004, p. 185.

[384] Pierre BRUNET, *Vouloir pour la Nation (…)*, op. cit., p. 101.

de rompre avec le mandat impératif signifie également que les électeurs donneront leur confiance, écrit SIEYÈS, à des personnes plus capables qu'eux de connaître l'intérêt général[385]. Ainsi que le rappelle Lucien JAUME, « *cette formulation est capitale par ses présupposés mêmes : liberté de choix fondée sur la responsabilité et de l'électeur et de l'élu ; reconnaissance d'une compétence, car il y a dans la confiance une différenciation reconnue, une hétérogénéité jugée positive ; sélection des représentants dictée par l'intérêt des votants, mais où l'on sait que c'est un intérêt plus général qui devra sortir de la délibération de ceux à qui l'on a laissé les mains libres* »[386].

Dans son immense majorité, la doctrine publiciste comprend ainsi que la doctrine de la souveraineté nationale a pour corollaire l'indépendance des représentants compris comme « *des sortes de gérants de la chose publique pour le compte de la Nation* »[387]. Rappelant les propos célèbres de BURKE[388] ou de CONDORCET[389], les auteurs stigmatisent le mandat impératif qui aboutirait à faire de l'élu le représentant du collège électoral qui l'a nommé. Comme l'écrit CARRÉ DE MALBERG, « *le député moderne, comme celui de l'Ancien régime, n'a reçu de pouvoirs que de son collège propre. Si donc il représente le pays tout entier, ce ne peut être en qualité de mandataire. Ce seul argument suffit déjà à prouver que l'idée de mandat ne peut se concilier avec les principes du régime représentatif actuel* »[390]. En d'autres termes, l'élection doit être distinguée d'une transmission de pouvoir puisque « *l'élection du député n'a rien de commun avec la constitution d'un mandat. Si donc elle n'a pas pour but d'opérer une transmission de pouvoir, des électeurs aux élus, il faut nécessairement admettre qu'elle ne peut être*

---

[385] C'est la célèbre distinction entre le citoyen actif et le citoyen passif, seul le premier ayant effectivement le droit de vote. On appliqua même l'équivalent d'un cens limitant tant l'exercice du droit de suffrage que le droit d'éligibilité. Cf. Dominique LEYDET, *Représentation et présence : la démocratie représentative en question*, Politique et sociétés, Vol. 21, n°1-2002, pp. 67-88.

[386] Jacqueline COSTA-LASCOUX et Lucien JAUME, *La démocratie et le déclin de la confiance, une rupture dans la culture politique*, Mélanges Lancelot, *Le citoyen*, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, p. 68.

[387] André HAURIOU, *Le droit de révocation populaire*, RPP, Vol. 120, n°5-1924, p. 67.

[388] « *le Parlement n'est pas un congrès d'ambassadeurs envoyés par des intérêts différents et hostiles, intérêts que chacun devrait défendre, comme un délégué et un porte-parole, contre d'autres délégués et d'autres porte-parole ; le Parlement est une assemblée délibérative d'une seule nation, avec un seul intérêt, celui du tout – et où c'est le bien général, déterminé par la raison générale du tout, qui doit servir de guide, et non pas les objectifs locaux, les préjugés locaux* », Lettre aux électeurs de Bristol, 1774, cité par Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., p. 238.

[389] CONDORCET admettait que le peuple l'avait envoyé à l'Assemblée « *non pour soutenir ses opinions mais pour exposer les miennes. Ce n'est point à mon zèle seul mais à mes lumières qu'il s'est confié et l'indépendance absolue de mes opinions est un de mes devoirs envers lui* », *Remerciements aux électeurs de l'Aisne*, cité par Lucien JAUME, *Le discours jacobin et la démocratie*, op. cit., p. 315.

[390] *Contribution (…)*, op. cit., pp. 212-213.

qu'un pur mode de désignation des membres du Corps législatif »[391]. La théorie du mandat représentatif fait donc du parlementaire un individu indépendant dont les pouvoirs ne sont pas déterminés par les instructions de ceux qui l'avaient désigné. En d'autres termes, la représentation doit être appréhendée comme une technique juridique qui évacue toute relation subjective ou contractuelle entre les gouvernants et les gouvernés. Ou, pour le dire autrement, « *l'élection ne témoigne pas d'un transfert/délégation de volonté ou de pouvoir, mais plutôt du caractère de service public de la fonction de gouverner* »[392]. L'ensemble de la doctrine publiciste semble s'accorder sur ce point : le mandat impératif aliène la liberté du représentant[393] ; comme l'écrivent Joseph BARTHÉLÉMY et Paul DUEZ, « *il n'y a mandat impératif que s'il y a engagement formel de voter dans un sens déterminé sur une série de questions, engagement sanctionné par l'obligation de se démettre plutôt que de que voter contre les instructions des électeurs, obligation qui se traduit par la remise à un comité de la démission en blanc. C'est en somme l'aliénation complète de la liberté de l'élu qu'implique le mandat impératif* »[394]. Or, un gouvernement qui accepterait que le corps électoral transmette des instructions à ses représentants privilégierait les passions de l'opinion publique à la Raison qui se dégagerait de la délibération des membres de l'Assemblée[395].

Pourtant, la théorie de la souveraineté nationale aboutit à opposer clairement gouvernement représentatif et gouvernement démocratique. Comme l'écrit Charles EISENMANN, « *la théorie de la représentation des gouvernés par les gouvernants* […] *est un sophisme, elle joue sur l'ambiguïté des termes « représentation » et « représentant »* »[396]. Dans le gouvernement démocratique, le citoyen participe à la prise de décision alors que dans le gouvernement représentatif, il n'est qu'électeur.

---

[391] Ibid., pp. 217-218.

[392] Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 52.

[393]Victor-Emmanuel ORLANDO considère par exemple que « *le député est parfaitement libre de ses actions dont il n'a à répondre devant personne, ses votes et ses discours étant expressément déclarés non censurables de la part de n'importe quelle autorité et de n'importe quelle personne* », *Du fondement juridique de la représentation politique*, RDP, 1895, Vol. 1, p. 13.

[394] Joseph BARTHÉLÉMY et Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 98.

[395] « *Le gouvernement direct proprement dit qui conduirait le peuple à la place publique pour légiférer est une institution d'un autre âge. Le seul gouvernement direct pratiquement réalisable consisterait à faire des députés des simples commissaires de leurs mandants. Ils seraient élus pour un temps très court ; ils pourraient recevoir des instructions de leurs électeurs ; ils seraient révocables et leurs décisions importantes seraient soumises à la ratification populaire. Un tel gouvernement serait un fléau. Outre que son fonctionnement serait très compliqué, il jetterait le pays dans une agitation publique continuelle ; les émotions passagères de l'opinion, qui sont parfois les plus violentes, imprimeraient une marche désordonnée au gouvernement, les politiciens professionnels s'en donneraient à cœur joie et mettraient l'inquiétude et la confusion dans les esprits* », Emile GIRAUD, *La crise de la démocratie et les réformes nécessaires du pouvoir législatif*, Paris, Éd. Giard et Brière, 1925, p. 68.

[396] *Essai d'une classification théorique des formes politiques*, op. cit., p. 388.

Il s'agit là d'un des traits caractéristiques du parlementarisme et si, dès lors, « *certains politologues persistent à définir le parlement des démocraties modernes comme organe « représentatif », en dépit de son indépendance juridique à l'égard de l'électorat, si quelques auteurs vont jusqu'à déclarer que le mandat impératif est contraire au principe d'un gouvernement représentatif, ils n'exposent pas une théorie scientifique mais prônent une idéologie politique. Cette idéologie a pour but de recouvrir la réalité d'un voile, d'entretenir l'illusion que le législateur, c'est le peuple, en dépit du fait que la fonction du peuple, ou plus exactement la fonction de l'électorat, se borne en réalité à la création de l'organe législatif* »[397]. Pourtant, outre qu'il apparaît comme naïf de considérer la nation comme un être abstrait là où le peuple serait une entité réelle, ceci ne correspond qu'imparfaitement à la pensée de SIEYÈS. Celui-ci a également vigoureusement défendu la possibilité pour les citoyens actifs de contrôler et de révoquer les élus qui n'accompliraient pas leur mission. Ce que les citoyens remettent à leur député, c'est leur confiance, mais, comme l'écrit Colette CLAVREUL, « *la confiance, pour être libre, doit pouvoir être retirée : aussi l'élection doit-elle être suivie de la révocation d'un représentant par les électeurs* »[398]. En supposant implicitement l'existence d'un dialogue entre les gouvernants et les gouvernés, SIEYÈS entrouvrait la porte à une reconnaissance de la société civile que les différents constituants, ainsi que la doctrine positiviste pour des raisons essentiellement prescriptives[399], ont voulu refermer.

Section 2. L'opinion publique, une figure politique rénovée

L'avènement progressif d'une démocratie d'opinion au XIXème siècle s'explique par l'émergence concomitante des partis politiques. Comme l'écrit Pierre ROSANVALLON, « *l'introduction de l'opinion dans la représentation passe la reconnaissance de la légitimité des partis politiques* »[400]. Pourtant, cette reconnaissance ne s'impose pas d'elle-même, notamment au regard de l'argument démocratique emprunté à ROUSSEAU : les partis politiques encourageraient en effet la division de la société là où la volonté de la Nation est supposée indivisible, créant de plus « *un intérêt qui n'est ni général ni particulier et qui empêchent les citoyens de s'élever au point de vue de la volonté générale* »[401]. L'opinion

---

[397] Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., pp. 339-340.

[398] *Sieyès et la genèse de la représentation moderne*, DROITS, n°6, 1987, p. 51.

[399] Cf. la critique de CARRÉ DE MALBERG par Éric MAULIN, *Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française*, op. cit., pp. 20-23 ; également Alain LAQUIÈZE, *La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française (…)*, op. cit., pp. 255-256.

[400] *L'opinion et la représentation dans la démocratie moderne*, POUVOIRS LOCAUX, n°3, 1989, p. 74.

[401] Philippe RAYNAUD, *La philosophie politique devant les partis*, Mélanges Avril, op. cit., p. 108. Dans le même sens, Giuseppe DUSO affirme que « *si l'on entend le terme de représentation du point de vue politique, il faut*

publique est unanimité : ainsi que le note Jean-Baptiste Antoine SUARD, « *que signifie ce nom de représentation ? Qu'est-ce que des représentants peuvent représenter, sinon l'opinion publique ? Que les débats naissent donc et qu'ils durent tant que cette opinion est incertaine ; cela est bon, cela est inévitable* […]. *On ne se divise en partis ni à la vue d'une partie d'échecs, ni à la lecture de deux solutions du même problème de géométrie : pourquoi ? Parce que, pour ceux mêmes qui ne connaissent ni les règles du jeu, ni les règles des solutions, la solution et le gain de la partie deviennent des faits qu'il s'agit que d'attester. Mais des partis ne sont pour cela aucunement nécessaires. On porte aux scrutins les témoignages ; il suffit de les compter* »[402]. L'opinion publique se veut donc pour certains une image d'un consensus rationnel et pacifié qui ne peut être soumis à la conflictualité politique créée par les partis. En outre, elle heurterait également le principe posé à l'article 3 de la DDHC selon lequel « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». Reste que, bercés par la diffusion des idées libérales, l'extension du suffrage universel et la parlementarisation du régime politique[403], les partis politiques vont rapidement apparaître comme indissociables du phénomène démocratique, notamment par la fonction qui leur est assignée : former l'opinion publique[404] (**SOUS-SECTION 1**). Pendant longtemps, en France, les partis politiques ont donc été considérés comme « *les oubliés du droit constitutionnel* »[405]. Leur reconnaissance tardive, en 1958, n'est

---

résolument affirmer l'impossibilité d'une représentation des intérêts particuliers ». En d'autres termes, les partis « *sont en soi étrangers à la logique de la formule politique moderne, laquelle ne paraît envisager que deux termes, celui des individus, et celui, universel, de l'État* », *Constitution et représentation : le problème de l'unité politique*, IN JAUME Lucien et TROPER Michel (Dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, op. cit., p. 271.

[402] Propos relatés par Dominique-Joseph GARAT, *Mémoires historiques sur la vie de M. Suard, sur ses écrits, et sur le XVIIIème siècle*, 2 Vol., 1820, Vol. 2, p. 94, cité par Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion (…)*, op. cit., pp. 263-264.

[403] Cette hypothèse est notamment défendue par Maurice DUVERGER dans son ouvrage désormais classique sur *Les Partis politiques* : « *dans l'ensemble, le développement des partis paraît lié à celui de la démocratie, c'est-à-dire l'extension du suffrage populaire et des prérogatives parlementaires* », Paris, Armand Colin, 6ème Éd., 1967, p. 2. Néanmoins, ainsi que le souligne Alain LAQUIÈZE, cette grille de lecture paraît insuffisante à expliquer la naissance de partis politiques au sein des monarchies constitutionnelles du XIXème siècle. Il conviendrait selon l'auteur d'insister davantage sur l'organisation des partis politiques dans un double but : soutenir ou s'opposer au pouvoir en place, *Naissance des partis politiques modernes et démocratisation dans les monarchies constitutionnelles*, IN BOUTIN Christophe et ROUVILLOIS Frédéric (Dir.), *Partis politiques et démocratie. Inséparables mais incompatibles ?*, Caen, Éd. François-Xavier de Guibert, Coll. Combats pour la liberté de l'esprit, 2005, pp. 49-75.

[404] Comme l'écrit Carl FRIEDRICH, « *la division du peuple en groupes de plus ou moins longue existence qui assument la tâche de créer une opinion publique est un trait essentiel d'un Gouvernement populaire* », *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, Coll. Bibliothèque de la Science Politique, 1958, p. 87.

[405] Jean-Claude COLLIARD, *Les partis politiques, oubliés des libertés publiques*, Études offertes à Claude-Albert Colliard, *Droit et libertés à la fin du XXème siècle. Influence des données économiques et technologiques*, Paris,

d'ailleurs pas dénuée d'ambiguïté, notamment en ce qu'il est spécifié qu'ils doivent respecter la souveraineté nationale[406]. Si la formule est contestable[407], elle a pour objectif, selon nous, de répondre à une interrogation très nette de la doctrine constitutionnaliste. Le Doyen VEDEL avait ainsi perçu que le premier danger de la démocratie partisane, « *c'est qu'au cours de son mandat l'élu d'un parti se sente davantage tenu par son parti et sa discipline que par l'opinion publique* »[408]. *A contrario*, l'ancien membre du Conseil constitutionnel considérait donc qu'il était somme toute logique, et conforme à la théorie de la représentation, qu'un lien très fort unisse le représentant à l'opinion publique[409]. Un tel constat s'appuie sur l'existence de différents canaux qui permettent à l'opinion publique de se manifester en dehors du scrutin, mettant à mal, *a priori*, la thèse de la souveraineté nationale. Ce que va alors chercher à mettre en avant la doctrine, c'est un double niveau de lecture, à la fois politique et juridique, ces présupposés méthodologiques lui permettant *in fine* de souligner la permanence d'un contrôle de l'opinion publique sur les gouvernants (**SOUS-SECTION 2**).

Sous-section 1. Partis politiques et opinion publique : un lien inaltérable

---

Pedone, 1984, p. 406. Selon l'auteur, il est possible de faire remonter la naissance juridique des partis politiques à une résolution du 1er juillet 1910 de la Chambre des députés consacrant les groupes parlementaires. La circulaire du ministre de l'Intérieur aux préfets du 30 octobre 1919 et relative à la loi électorale du 12 juillet 1919 consacrera la notion de parti politique, pp. 410-411.

[406] L'article 4 de la Constitution du 4 octobre 1958 énonce que « les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie ». Pour un commentaire cf., Pierre AVRIL, *Article 4 : explication d'un paradoxe*, IN FAVOREU Louis, MAUS Didier et PARODI Jean-Luc (Dir.), *L'écriture de la Constitution*, Paris, Economica-PUAM, 1993, p. 713 et s.

[407] Comme l'écrit Olivier GOHIN, « *on a pu dire, devant l'Assemblée générale du Conseil d'État, que cette défense de la souveraineté nationale avait deux sens : d'abord, la prohibition du mandat impératif dans l'organisation des partis, ce qui est une invention alors que cette prohibition figure en toute hypothèse à l'alinéa 1er de l'article 25, devenu article 27, du projet ; ensuite, la garantie de l'indépendance nationale dans le programme des partis, ce qui est l'exacte vérité* », *L'encadrement des partis en droit français*, IN BOUTIN Christophe et ROUVILLOIS Frédéric (Dir.), *Partis politiques et démocratie. Inséparables mais incompatibles ?*, op. cit., pp. 211-212. Selon nous la première interprétation n'est pourtant pas à exclure et n'est pas exclusive du second argument plus contextualiste.

[408] *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 156.

[409] Á titre d'exemple, Victor-Emmanuel ORLANDO insiste par exemple sur le fait que, bien que « *le rapport entre l'électeur et l'élu ne constitue pas un mandat, dans l'acception véritable du mot, comment expliquera-t-on le fait indéniable par expérience, que, dans les assemblées politiques, se répercutent les grands courants de l'esprit public, courants d'opinion, d'intérêts d'idées, qui trouvent leur représentations et leur expression dans la diversité de composition des assemblées* », *Du fondement juridique de la représentation politique*, op. cit., p. 32.

Si, à la fin du siècle dernier, le juriste suisse BLUNTSCHLI avait pu écrire que « *le droit public ne connaît pas les partis ; l'ordre étatique paisible et solide est l'ordre solide commun à tous, qui limite l'agitation des partis et leurs luttes* »[410], il n'en va plus de même aujourd'hui. D'une part, la théorie politique admet largement aujourd'hui le rôle crucial joué par les partis en démocratie ; comme l'écrivait par exemple Hans KELSEN, « *l'individu isolé, ne pouvant acquérir aucune influence réelle sur la formation de la volonté générale, n'a pas, du point de vue politique, d'existence véritable* »[411]. L'institutionnalisation des partis politiques s'avère donc indispensable en ce qu'elle permet aux individus de se regrouper et de peser sur le processus politique : en d'autres termes, « *dans une démocratie parlementaire, le parti politique représente un véhicule essentiel à la formation de la volonté publique* »[412]. D'autre part, la plupart des constitutions étrangères mentionnent désormais de manière explicite le rôle joué par les partis politiques dans nos démocraties pluralistes et libérales[413]. Néanmoins, l'imprécision des dispositions juridiques relatives aux partis politiques oblige bien souvent la doctrine à considérer l'exercice de leur définition comme une « *gageure* »[414]. Devant les incertitudes relatives à leur statut, il est même parfois revenu au juge de préciser ce que l'on devait entendre par « partis ou groupements politiques ». Ainsi, en droit interne, la jurisprudence définit un parti de manière très restrictive par la possibilité qui lui est donnée de financer des campagnes électorales[415]. Cette définition apparaît d'autant plus

---

[410] *Article « Partis politiques »*, IN *Staatswörterbuch*, cité par Carl SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, op. cit., p. 60.

[411] *La démocratie, sa nature, sa valeur,* op. cit., p. 29. L'influence de Roberto MICHELS sur les écrits politiques de KELSEN est par ailleurs indiscutable ainsi qu'en attestent ces propos : « *pour représenter un nombre, il faut s'organiser, se coordonner. Le principe de l'organisation doit être considéré comme la condition absolue de la lutte conduit par les masses* », *Essai sur les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques de l'organisation*, Paris, Flammarion, 1971 (1911), p. 26. Cf. Viviana RAVASI, *La représentation politique dans la crise de l'État libéral chez Roberto Michels*, IN *Le concept de représentation dans la pensée politique*, op. cit., pp. 371-382.

[412] Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 343. Dans le même sens, BÖCKENFÖRDE estime que « *les partis politiques sont les médiateurs de la volonté des citoyens qu'ils portent jusque dans l'État* », *Le droit, l'État et la Constitution démocratique*, Bruylant-LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2000, p. 289.

[413] Cf. Béatrice MAJZA, *Le statut constitutionnel des partis politiques en droit comparé*, IN BOUTIN Christophe et ROUVILLOIS Frédéric (Dir.), *Partis politiques et démocratie. Inséparables mais incompatibles ?*, op. cit., pp. 229-243.

[414] Guy PRUNIER, *Le statut des partis politiques en Europe*, RDP, n°3-2004, p. 682.

[415] Cf. Les conclusions de Laurent TOUVET sous CE, Ass., 30 octobre 1996, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE FOS-SUR-MER, où le magistrat administratif explique que « *la notion de « partis ou groupements politiques » correspond alors à l'ensemble des partis ou groupements qui ont bénéficié de tout ou partie des dispositions des articles 8 à 114 de la loi du 11 mars 1988 modifiée, c'est-à-dire du financement public ou de la désignation d'un mandataire financier, association ou personne physique* », RFDA, n°1-1997, p. 65. Cette jurisprudence fut reprise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°97-2535 DC du 19 mars 1998, AN NORD (12ème Circ.).

restreinte si l'on se remémore celles proposées par les philosophes des Lumières[416], voire par certains textes juridiques étrangers contemporains[417]. En réalité, il n'est pas possible pour le juriste d'appréhender le parti s'il ne le comprend pas comme une organisation, au sens sociologique du terme, c'est-à-dire comme une institution dotée d'une finalité propre, vers la réalisation de laquelle sont tournés les individus qui en sont membres. Ainsi, selon la définition classique de Joseph La Palombara et Myron Weiner[418], tout parti politique doit répondre à quatre critères : 1/ Avoir une organisation durable, c'est-à-dire une organisation dont l'espérance de vie est supérieure à celle de ses membres ; 2/ Une organisation locale bien établie, et apparemment durable, entretenant des rapports réguliers et variés avec l'échelon national ; 3/ La volonté délibérée des dirigeants nationaux et locaux de l'organisation de prendre et d'exercer le pouvoir et non pas seulement de l'influencer ; 4/ Le souci de rechercher un soutien populaire à travers les élections ou de toute autre manière. Il n'est donc sans doute pas possible de considérer le parti politique indépendamment des fonctions qui lui sont assignées, et c'est en tenant compte des interrelations qui peuvent se nouer entre l'opinion publique et les partis politiques que l'on peut alors comprendre certaines dispositions de droit positif qui assignent aux partis politiques un rôle primordial dans la formation de l'opinion publique. James Bryce ne rappelait-il d'ailleurs pas que « *si dans les pays à population nombreuse, tels que les États-Unis, la France ou l'Angleterre, l'organisme des partis n'existait pas, qui donc éduquerait, dirigerait et stimulerait*

---

[416] Burke appréhende par exemple le parti comme « *un ensemble organisé d'hommes unis pour œuvrer en commun dans l'intérêt national, d'après le principe particulier sur lequel ils se sont mis d'accord* », cité par Daniel-Louis Seiler, *Les partis politiques*, Paris, Armand Colin, 1993, p. 21. Dans le même sens, dans un essai de 1816 *De la doctrine politique qui peut réunir les partis en France*, Benjamin Constant désigne le parti comme « *une réunion d'hommes qui professent la même doctrine politique* », cité par Pierre Rosanvallon, *Partis*, in Raynaud Philippe et Rials Stéphane (Dir.*), Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 525.

[417] Par exemple, l'article 2 de la loi allemande du 24 juillet 1967 dispose que « Ces partis sont des associations de citoyens qui, sans limitation de temps ou pour une longue durée, influent sur la formation de la volonté politique au niveau de la Fédération ou dans un Landtag, pourvu que l'ensemble des éléments de faits qui leur sont propres, notamment l'ampleur et la consistance de leur organisation, des effectifs de leurs membres à leurs activités sur la scène publique, présente une garantie suffisante de sérieux. Seules les personnes physiques peuvent être membres d'un parti ». Au niveau communautaire, le règlement (CE) n°2004/2003 du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 relatif au statut et au financement des partis politiques au niveau européen en date du 4 novembre 2003 précise dans son article 2-1 qu'un parti politique est « une association de citoyens qui poursuit des objectifs politiques et qui est reconnue par, ou établie en conformité avec, l'ordre juridique d'au moins un État membre ». Cf. Olivier Dubos, *Le prix de la démocratie européenne*, jcpa, n°8-2004, pp. 1124-125.

[418] *Political Parties and Political Development*, Princeton University Press, 1966. Cette typologie est citée par Laurent Touvet dans ses conclusions précitées.

l'opinion publique en vue de certains buts spécifiques ? »[419]. Il existe toutefois deux manières d'appréhender le phénomène : soit on considère que les partis politiques ont pour mission de former seuls l'opinion publique et auquel cas ils se présentent comme des guides, voire des tuteurs des citoyens (**Paragraphe 1**) ; soit, dans une logique libérale, on met l'accent sur la sauvegarde du pluralisme sans lequel il n'est pas d'opinion publique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le parti politique, tuteur de l'opinion publique

L'idée selon laquelle les partis politiques contribuent à la formation de l'opinion publique peut être perçue comme la confirmation d'un idéal capacitaire[420]. Celui-ci n'est pas nécessairement antidémocratique mais il s'appuie sur une philosophie rationaliste qui fait que l'opinion publique est obligatoirement celle des élites. Le parti est alors au service des gouvernants et a pour objectif la conquête et la conservation du pouvoir (**Sous-Paragraphe 1**). Néanmoins, il est également possible de comprendre les partis politiques, non comme une organisation qui confisquerait la volonté populaire, mais qui demeurerait au service des citoyens. Comme l'explique Esmein, on peut en effet considérer que « *chaque parti parle alors surtout pour le pays tout entier, pour l'opinion publique à qui restera le dernier mot* »[421]. Le parti politique n'a plus tant pour objectif de créer artificiellement que de permettre une meilleure correspondance entre les

---

[419] James Bryce, *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 143. Dans le même sens, Georges Burdeau explique qu'« *il n'est aujourd'hui aucun régime qui ne se réclame de sa docilité aux vœux de l'opinion. Or, les partis sont tenus, à juste titre d'ailleurs, pour les instruments ou les interprètes de la volonté populaire* », *L'État*, Paris, Seuil, Coll. Points, 1992 (1ère Éd. 1970), p. 94.

[420] En ce sens, cf. Thomas Delos, *L'opinion, le Gouvernement d'opinion, le Gouvernement de Foule*, op. cit., pp. 22-23. Après avoir rappelé que les partis politiques étaient la conséquence normale de la division sociale du travail, l'auteur précise ainsi que « *les luttes des partis* […] *contribuent à éduquer l'opinion* ».

[421] *Éléments de droit constitutionnel (…)*, op. cit., p. 258.

gouvernants et les gouvernés[422]. Telle est la configuration retenue par les auteurs libéraux et, dans une certaine mesure, par le droit positif (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. La théorie élitiste des partis politiques ou l'opinion publique aux mains des gouvernants

L'idée d'un gouvernement des élites, si elle a pu être développée par le groupe des doctrinaires en France, semble en fait inhérente à la théorie de la représentation. André MATHIOT insistait ainsi sur ce que « *la théorie de la souveraineté nationale avait été construite, non pour satisfaire au goût de l'abstraction, mais pour conserver à une fraction politique, momentanément triomphante, l'exercice du pouvoir* »[423]. Il n'est toutefois pas sûr que la vision instrumentale de la doctrine de la souveraineté nationale soit la seule interprétation valable. Il ressort ainsi de la notion de professionnalisation de la politique telle qu'elle s'exprime chez SIEYÈS que celle-ci résulte d'une conception de la division du travail comprise comme un principe de civilisation : « *tout est représentation dans l'État social. Elle se trouve partout dans l'ordre privé comme dans l'ordre public ; elle est la mère de l'industrie productive et commerciale, comme des progrès libéraux et politiques. Je dis plus, elle se confond avec l'essence même de la vie sociale* »[424]. En d'autres termes, SIEYÈS applique à la chose publique le principe de la division du travail pour la réserver à des spécialistes compétents. Ceci s'explique autant par une vision péjorative de la multitude[425] que par la volonté de préserver l'autonomie

---

[422] Le précurseur demeure le juriste italien MICELI qui considérait ainsi que « *les majorités et les minorités ne sont pas des faits fortuits, ils n'intéressent pas seulement les partis politiques, ils reflètent l'opinion publique elle-même. Si un parti devient plus nombreux, et par conséquent obtient la majorité, cela ne peut être la conséquence d'un cas fortuit ou d'une cause accessoire : il faut qu'un changement se soit produit dans le pays en faveur de ce parti. Les majorités parlementaires correspondent donc aux majorités qui existent dans la nation* », *Les partis politiques dans leurs rapports avec le gouvernement de cabinet*, RDP, 1895, cité par Didier MINEUR, *Les partis politiques et la logique philosophico-juridique de la représentation politique*, Raisons politiques, n°20, 2005, p. 95. Ainsi que le constate Didier MINEUR, « *il s'agit là d'un renversement de la vision traditionnelle des partis politiques, selon laquelle les partis politiques sont avant tout des factions qui diffractent l'intérêt général : les partis* […] *sont au contraire les interprètes de courants d'opinion qui structurent réellement le corps électoral ; un parti majoritaire reflète un courant d'opinion majoritaire et le lieu d'apparition de cette majorité n'est plus le Parlement mais l'opinion publique elle-même* ».

[423] *Agonie de quelques vieux principes*, op. cit., pp. 86-87.

[424] Discours du 2 Thermidor An III, cité par Pasquale PASQUINO, *Emmanuel Sieyès, Benjamin Constant et le « gouvernement des Modernes ». Contribution à l'histoire du concept de représentation politique*, RFSP, 1987, Vol. 37, n°2-1987, p. 221. L'auteur précise que « *cela revient à dire, sur le plan politico-constitutionnel, que la forme représentative du gouvernement, loin d'être un repli, une forme mineure de gouvernement légitime ou une solution technique propre aux grands États à population nombreuse, est, au contraire, celle qui correspond le mieux à la société moderne* ».

[425] « *La très grande pluralité de nos citoyens n'a ni assez d'instruction, ni assez de loisir pour vouloir s'occuper directement des lois qui doivent gouverner la France ; leur avis est donc de se nommer des représentants* », AP, 1ère série, T. VIII, p. 594.

de la sphère privée en train de se créer : comme l'écrit Philippe RAYNAUD, « *la représentation ne diminue en rien la liberté, que bien au contraire elle accroît, puisqu'elle augmente les possibilités de jouissance privée* »[426]. Le lien avec l'opinion publique est alors évident pour certains révolutionnaires. MOUNIER souligne par exemple que « *le pouvoir législatif ne doit pas être confié à des hommes sans fortune, qui n'auraient ni assez de loisir ni assez de lumières pour s'occuper avec succès du bien général ; mais par la représentation, il s'établit des liens de fraternité entre les riches et ceux qui sont forcés de travailler pour leur subsistance. Les premiers ont intérêt à mériter les suffrages des autres ; ils cherchent à se concilier avec l'opinion publique* »[427]. L'opinion publique est certes ici assimilée à l'opinion commune et témoigne du lien étroit qui existe entre les gouvernants et les gouvernés. Mais, en réalité, subsiste l'hypothèse déjà évoquée d'un processus en deux temps : le représentant s'arroge les faveurs de l'opinion commune avant de progressivement diffuser ses Lumières à la masse des représentés. Une telle logique est ainsi poussée à son paroxysme chez ROEDERER qui considère que « *tandis que le sentiment général ou public prend toujours naissance* […] *dans les classes* […] *les plus pauvres et les plus bornées et qu'il va toujours s'élevant vers les talents et les fortunes du premier ordre,* […], *l'opinion publique prend sa source au sommet de la pyramide, et va toujours en descendant vers les classes inférieures ; de sorte que les richesses et les talents aspirent, si l'on peut parler ainsi, le sentiment général et épanchent l'opinion publique* »[428]. L'opinion publique a donc besoin d'être guidée par une élite éclairée qui dispose des moyens et du temps pour l'informer et la former.

Le développement du suffrage universel, combiné à l'avènement de la psychosociologie, n'a sans doute fait que renforcer la volonté de conserver la démocratie représentative tout en encadrant au mieux les masses, médiocres et irrationnelles. En effet, combinée à la théorie de la souveraineté nationale, l'apparition des partis politiques confirme « *le renversement de la proposition classique selon laquelle le peuple est capable de se former une opinion rationnelle et précise sur chaque problème qui lui est soumis, de donner effet à cette opinion en désignant des représentants chargés d'exécuter les décisions agrégées du peuple. Le règlement des problèmes politiques passera plutôt par la simple élection des hommes chargés, non pas d'exécuter la volonté des électeurs* […] *mais de prendre les*

---

[426] *Droit naturel et souveraineté nationale dans la pensée juridique française. Remarques sur la théorie de l'État chez Carré de Malberg*, COMMENTAIRE, n°22, 1983, p. 390.

[427] 12 août 1789, AP, T. VIII, pp. 407-422.

[428] *De la majorité nationale, de la manière dont elle se forme, et des moyens auxquels on peut la reconnaître, ou Théorie de l'opinion publique*, 1797, Texte reproduit in Lucien JAUME, *Échec au libéralisme*, op. cit., p. 100.

décisions que la situation impose »[429]. Dès lors, l'élection sélectionne certes les plus capables, mais également un type particulier d'élite : des notables. Or, comme l'ont montré un certain nombre de travaux, la création de partis de masse n'inversa pas la tendance ; bien au contraire, si le type d'élites sélectionnées diffère, c'est le constat d'une séparation toujours plus grande entre les dirigeants du parti et la base qui s'impose néanmoins. Cette vision élitiste de la représentation conduit naturellement à considérer les partis comme un instrument au service d'une minorité éclairée qui s'accapare la démocratie[430]. Ou, pour le dire autrement, le pouvoir ne peut appartenir aux masses mais est, nécessairement, confisqué par une minorité oligarchique, de telle sorte que « *réduite à sa plus brève expression, la loi sociologique fondamentale qui régit inéluctablement les partis (en donnant au mot « politique » son sens le plus large) peut être formulée ainsi : l'organisation est la source d'où naît la domination des élus sur les électeurs, des mandataires sur les mandants, des élus sur les électeurs, des délégués sur ceux sui les délèguent. Qui dit organisation dit oligarchie* »[431]. L'étude du parti social-démocrate allemand à l'aube du XXème siècle conduit ainsi Roberto MICHELS à dégager une loi d'airain de l'oligarchie : le principe de délégation est en soi pervers, car dès lors qu'émerge une minorité dirigeante, celle-ci, qu'on le veuille ou non, se détache progressivement de la masse qu'elle est censée représenter et guider. Par le fait même que toute organisation « *a pour effet de diviser tout parti ou syndicat professionnel en une minorité dirigeante et une majorité dirigée* »[432], MICHELS croit pouvoir dégager une règle universelle qui veut que, structurellement, la démocratie doit se transformer en une oligarchie. Si l'argumentation de MICHELS est contestable sur le fond[433], et semble particulièrement datée, on ne peut lui faire grief de mettre en évidence ce que les théoriciens du politique ont su percevoir au sein du concept de représentation : la division sociale du travail sur laquelle elle repose conduit la démocratie à être

---

[429] François D'ARCY et Guy SAEZ, *De la représentation*, op. cit., p. 20.

[430] Christophe BOUTIN, *La démocratie confisquée*, IN BOUTIN Christophe et ROUVILLOIS Frédéric (Dir.), *Partis politiques et démocratie. Inséparables mais incompatibles ?*, op. cit., pp. 329-345.

[431] Roberto MICHELS, *Essai sur les partis politiques (…)*, op. cit., p. 296. Cf. Stéphane CAPORAL, *Robert Michels : actualité de l'oligarchie dans les partis*, IN BOUTIN Christophe et ROUVILLOIS Frédéric (Dir.), *Partis politiques et démocratie. Inséparables mais incompatibles ?*, op. cit., pp. 182-185 plus particulièrement.

[432] Ibid., p. 33.

[433] Deux reproches peuvent être adressés à Roberto MICHELS : d'une part « *l'analyse de Michels repose sur le présupposé implicite, totalement infondé, d'un âge d'or démocratique qui aurait pu être observé quand les organisations ouvrières en question n'en étaient encore qu'à l'état embryonnaire* » ; d'autre part, l'auteur inclut « *dans la thèse générale des qualifications ne se rapportant qu'à un cas de figure particulier : l'évolution du mouvement ouvrier socialiste à un moment particulier de son histoire* », Jacques COENEN-HUTHER, *Le principe démocratique et la tendance oligarchique*, Essais en l'honneur de Yves Fricker, *Théorie et pratique de la démocratie*, Economica, 2005, p. 93 et 96.

gouvernée par une « classe politique » dominante minoritaire puisqu'il « *surgit toujours et nécessairement, au sein des masses, une nouvelle minorité organisée qui s'élève au rang d'une classe dirigeante. Éternellement mineure, la majorité des hommes se verrait ainsi obligée, voire prédestinée par la triste fatalité de l'histoire, à subir la domination d'une petite minorité issue de ses flancs et à servir de piédestal à la grandeur d'une oligarchie* »[434]. La théorie élitiste de la démocratie, que l'on a pu aussi qualifier de « réaliste », entend donc étudier la démocratie non pas de manière abstraite mais dans son déroulement effectif. Arguant de ce que les élites constituent la force motrice des décisions politiques et que les citoyens, loin de l'idéal libéral, sont peu intéressés par la politique et peu informés, elle en conclut que l'essence de la démocratie est la capacité des citoyens de remplacer un gouvernement par un autre et rien d'autre.

Les travaux de Moisei OSTROGORSKI, qui ont beaucoup inspiré ceux de Roberto MICHELS ou d'Auguste COCHIN, vont également dans ce sens, même s'ils interrogent davantage sur la fonction de l'opinion publique en démocratie. Dans un premier temps, l'auteur constate ainsi que « *le parti n'a pu mieux réussir dans sa tâche fondamentale qui consiste à organiser l'opinion, à lui donner une expression* »[435]. En raison de l'absence d'esprit public, qui doit autant à l'apathie naturelle des masses qu'à l'action des partis politiques, le phénomène démocratique s'est progressivement délité : en effet, « *l'esprit public doit être agissant, voire militant : le citoyen doit toujours être sur la brèche, le regard fixé sur la chose publique, et prêt à lui donner, avec désintéressement, son temps et ses efforts. Mais cet esprit public fait défaut à toutes les démocraties que nous connaissons* »[436]. L'auteur en conclut logiquement que « *la fonction politique des masses dans une démocratie n'est pas de la gouverner, elles n'en seront probablement jamais capables. On aura beau*

---

[434] Roberto MICHELS, *Essai sur les partis politiques (…)*, op. cit., p. 291. Gaetano MOSCA va également dans ce sens, lui qui considère que la compétition politique n'a pas lieu entre une majorité et une minorité mais : « *1/ Entre les deux, trois ou quatre petites minorités, qui, serrées chacune autour de leur candidat, font tous les efforts pour que leur candidat prévale ; 2/ La vraie majorité du pays, la grande masse des électeurs reste quasiment comme une spectatrice inerte de la lutte ; 3/ Chaque vote n'est le plus souvent que l'objet d'un échange ou d'un troc ; 4/ L'élu est toujours le représentant d'une minorité, d'un groupe de politiciens, le défenseur de leurs intérêts : on ne gagne pas aux élections sans un accord préalable, une entente grâce à laquelle les jugements disparates, les sympathies et les intérêts discordants convergent, grâce à les transactions, sur un nom* », *Le costituzioni moderne*, 1887, repris IN *Cio che la storia potrebbe insegnare*, Milan, Giuffré, 1958, pp. 512-513, cité par Jean-Yves FRÉTIGNÉ, *Gaetano Mosca et Vittorio Emanuele Orlando : deux idéologues majeurs de l'Italie transformiste*, RHMC, Vol. 50, n°2-2003, p. 102.

[435] *La démocratie et les partis politiques*, Paris, Fayard, Coll. L'esprit de la Cité, 1993 (1902), p. 631. On ne peut que renvoyer à l'admirable préface de Pierre AVRIL, également publiée dans la revue COMMENTAIRE, n°60, 1993, pp. 911-922 sous le titre *Relire Ostrogorski*.

[436] Ibid., p. 662.

les investir de tous les droits d'initiative populaire, de législation directe, de gouvernement direct, c'est toujours une petite minorité qui gouvernera, en démocratie aussi bien qu'en autocratie »[437]. Les partis politiques, dont la fonction première était de donner les moyens aux citoyens de participer à la chose publique et de les y intéresser, n'ont réussi qu'à les tenir à distance de la chose publique, en se substituant à eux en quelque sorte. Mais, et c'est là la différence majeure avec les travaux qui suivront, OSTROGORSKI n'y voit pas là un réel problème en ce que « *la fonction de masses en démocratie n'est pas de gouverner, mais d'intimider les gouvernants* » (p. 666). Ce qui importe donc en démocratie, c'est le contrôle de l'opinion sur les gouvernants. Une démocratie ne se caractérise pas par une participation active, illusoire, mais par « *un pouvoir préventif* », d'intimidation sociale, « *qui seul réalise l'idéal de la démocratie* »[438]. L'auteur, dans une perspective éminemment libérale, revigore donc l'idéal du Tribunal de l'opinion publique, cette force invisible, innomée, qui prévient les abus mais sait aussi les punir. Or, constate l'auteur, « *en même temps qu'elle assoupissait l'esprit public qui doit veiller sur la Cité, la notion conventionnelle de parti s'attaquait à la puissance d'intimidation sociale qui est la force suprême de la démocratie* » (p. 664). En effet, alors que la puissance d'intimidation doit peser sur tous, gouvernants comme gouvernés, elle ne s'exerce plus que sur ces derniers. Le parti politique, de par son unité et sa discipline, dégage une sorte de conformisme qui intimide les gouvernés. Les partis politiques ont donc transformé le Tribunal de l'opinion en une tyrannie de l'opinion, déjà décrite par TOCQUEVILLE[439].

Sous-Paragraphe 2. Du rôle positif des partis politiques dans la formation de l'opinion publique

L'apport de l'École « élitiste » est primordial pour l'étude de l'opinion publique en ce qu'elle conforte une vision assez péjorative de l'opinion commune et le mouvement descendant dans sa formation. Il est donc surprenant de voir un certain nombre d'auteurs libéraux s'inscrire *a priori* dans cette démarche. James BRYCE en est l'exemple le plus prégnant. Ainsi considère-t-il par

---

[437] Ibid., pp. 665-666.

[438] Ibid., p. 667. OSTROGORSKI considère en effet que « *cette puissance qui consiste à maintenir tout le monde dans le devoir, par la force des lois aussi bien que par celle de l'opinion, est la force régulatrice de tout gouvernement* », p. 664.

[439] « *En dehors des autorités constituées, l'autorité de l'opinion s'est établie avec des pouvoirs aussi illimités qu'ils étaient insaisissables, et elle a étendu sa juridiction non seulement sur les actes, mais encore sur les manifestations de la pensée de l'individu. La force brutale du nombre qu'elle représentait en imposa au point de lui procurer à la fois la soumission et le respect universel* », ibid., p. 669. L'auteur mentionne d'ailleurs explicitement TOCQUEVILLE à la page 671. Pour une analyse de la pensée libérale de la tyrannie de l'opinion, cf. infra.

exemple, dans des propos qui doivent beaucoup aux travaux d'OSTROGORSKI[440], qu'« *en Europe, les leaders* […] *partagent les idées du public et concourent à faire l'opinion publique tandis que, aux États-Unis, le politicien se tient plutôt en dehors, et regarde l'opinion publique comme un facteur avec lequel il a à compter, à peu près comme le marin regarde les vents et les courants qui influent sur sa route. Son premier but, à moins qu'il ne soit exceptionnellement désintéressé, c'est une place et des revenus ; et c'est en ce sens qu'on peut dire qu'il est membre d'une profession définie* »[441]. Le publiciste américain confirme ici la division sociale du travail appliquée à la politique et met donc l'accent sur les leaders des partis qui sont, en quelque sorte, des leaders d'opinion. C'est pourquoi il précise que « *les chefs d'un parti puissant et nombreux ont à prendre en considération les sentiments particuliers de leurs adhérents, tout comme ils doivent tenir compte des fluctuations de l'opinion publique* »[442]. Le propos de Lord BRYCE est donc plus mesuré que chez un auteur comme MICHELS : il y a bien une tendance à la personnalisation du pouvoir[443], mais celle-ci ne modifie pas le processus de formation de l'opinion que nous avons décrit comme discursif. Le premier temps correspond bien à l'action des chefs de partis, mais ensuite ce dernier ne peut à lui seul s'accaparer l'opinion publique qui est donc une force qu'il contribue autant à former qu'il ne doit s'y soumettre[444]. La professionnalisation de la politique se veut donc davantage pensée comme une mécanique nécessaire, et ce sous un angle profondément utilitariste. Deux arguments sont invoqués au soutien de l'activité des partis politiques : d'une part, James BRYCE reprend l'hypothèse d'un double pouvoir de l'opinion préventif et répressif : en effet, « *l'opinion publique* […] *empêche les*

---

[440] Les deux auteurs entretiennent d'ailleurs une correspondance abondante et BRYCE sera le futur préfacier d'OSTROGORSKI.

[441] *La République américaine, T. III*, op. cit., pp. 96-97.

[442] James BRYCE, *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 146. Dans le même sens, Harold LASKI considère qu'il est inéluctable qu'un « *corps électoral doive s'unir sur les principes au moyen des personnalités ; il élit ses députés moins pour eux-mêmes que pour les chefs qu'il entend suivre. Tout le système du parti s'est nécessairement professionnalisé et l'ampleur même de la tâche l'a amené à une discipline à peine différente de celle d'une armée* », *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, Paris, PUF, Coll. Bibliothèque de la Science politique, 1950, p. 47.

[443] La vision de MICHELS est néanmoins beaucoup plus critique : même si les partis ont une fonction de recrutement politique indéniable et qui aboutit à ce qu'on « *réclame pour les chefs une sorte de consécration officielle et on insiste sur la nécessité de former une classe de politiciens professionnels, de techniciens de la politique, éprouvés et patentés* » (p. 30), la vision élitiste repose surtout un jugement dépréciatif des masses qui « *subissent au plus haut degré* […] *le prestige de la célébrité. Il suffit que l'homme célèbre lève un doigt, pour se créer aussitôt une situation politique. Les masses tiennent d'ailleurs à l'honneur de confier à une célébrité la direction de leurs affaires* », *Les partis politiques (…)*, op. cit., p. 67.

[444] Comme le souligne BRYCE, « *le leader de parti qui réussit le mieux est celui qui sait le mieux deviner, d'après ces organes, quelle sera la décision du peuple lorsqu'on en appellera directement à lui au moment d'une élection* », *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 399.

mauvais citoyens de jouer les tours qu'ils sont portés à jouer, et elle les chasse souvent, quand elle découvre une faute grave, de leur place et du pouvoir »[445]. L'action des partis politiques permet donc aux électeurs d'exercer un contrôle périodique sur les actes des élus. Comme le signale Pierre AVRIL, dans cette conception, « *le principe de l'indépendance juridique des représentants n'est pas remis en cause, il est simplement complété par la pratique d'une responsabilité politique et collective de ceux-ci (dans le système britannique) ou par l'intervention des électeurs dans le processus de nomination des candidats (comme aux États-Unis)* »[446]. D'autre part, dans un sens plus positif, pour BRYCE, mais également pour LOWELL[447], les partis politiques sont un moyen de créer un esprit public et de résoudre l'aporie posée par l'apathie des citoyens, le repli du politique dans la sphère privée car « *il se rencontre si peu de gens qui pensent sérieusement à des questions étrangères à leurs intérêts particuliers et à leurs propres affaires que l'opinion publique pourrait demeurer vague, indécise, si les phares du parti n'éclairaient constamment la route à suivre* »[448]. C'est donc le contact avec l'opinion publique qui assure la pérennité du régime représentatif et lui évite de se transformer en une oligarchie, ainsi qu'en attestent ces propos de Georges VEDEL : « *sous les apparences du régime représentatif, grâce à une perversion des principes qui le fondent et à la méconnaissance des aménagements (contact avec l'opinion, équilibres organiques) qu'il suppose, peut s'instituer un régime oligarchique dominé par un personnel politique accroché au pouvoir* »[449].

C'est à l'aide de ces théories qu'il est sans doute possible de comprendre pourquoi pendant longtemps le droit est resté rétif à toute reconnaissance institutionnelle des partis politiques : le risque d'un régime des partis, dont la rhétorique gaullienne était friande[450], dominait alors les

---

[445] *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 99.

[446] *Partis et représentation*, COMMENTAIRE, n°39, 1987, p. 526.

[447] LOWELL peut par exemple écrire que « *dans une démocratie, leur fonction essentielle et la véritable raison de leur* [les partis] *existence est de concentrer l'opinion publique et de formuler les problèmes à soumettre au verdict populaire* ». L'auteur précise ensuite : « *leur rôle est analogue à celui de l'avocat qui rédige la plaidoirie et discute l'affaire pour le jury* », *L'Opinion publique et le Gouvernement populaire*, op. cit., p. 70.

[448] James BRYCE, *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 144.

[449] *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 142. Dans un régime dominé par les partis, « *les gouvernants y prennent tout à la fois deux attitudes contradictoires : ils se réclament de l'investiture populaire pour asseoir leurs décisions sur l'autorité du peuple souverain, et écartent toutes les occasions de contrôle par ce même peuple souverain. Ils prétendent cumuler à la fois puissance prestigieuse qui s'attache à la volonté populaire et l'indépendance des pouvoirs non démocratiques* », ibid.

[450] Dans sa Conférence radio-télévisée du 13 juin 1958 le général DE GAULLE déclarait ainsi que « *depuis douze ans, le régime des partis, flottant sur un peuple profondément divisé, au milieu d'un univers terriblement dangereux, se montrait hors d'état d'assurer la conduite des affaires, non point par incapacité ni par indignité des hommes. Ceux qui ont participé au pouvoir sous la IV*ème *République étaient des gens de valeur, d'honnêteté, de patriotisme. Mais, ne représentant jamais autre chose que des factions, ces gouvernements ne se confondaient pas*

écrits de la doctrine constitutionnaliste et rares étaient les auteurs à vouloir renforcer leur place dans l'architecture constitutionnelle. Pourtant, sans doute bercés par l'illusion selon laquelle le droit peut modeler les comportements[451], les constituants ont progressivement désiré donner un cadre juridique aux actions des partis politiques. Comme l'explique alors le Tribunal de Karlsruhe à propos de l'article 21 de la Loi fondamentale, il s'agit d'élever les partis politiques « *du domaine du politique et du sociologique au rang d'une institution constitutionnelle* »[452]. Il s'agissait donc de se démarquer, partiellement, des tenants de la théorie élitiste, notamment dans sa perception négative du phénomène démocratique, en reconnaissant le rôle joué par les partis politiques dans la formation de la volonté générale. Á bien lire les différents textes constitutionnels, la fonction des partis politiques est primordiale même si elle n'est pas première puisqu'ils « concourent » à la formation de la volonté populaire. Ainsi en est-il bien sûr de l'article 4 de la Constitution française – même si la rédaction est encore plus restrictive puisqu'elle cantonne les partis politiques au domaine électoral – mais également de l'article 6 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 qui énonce que « les partis politiques expriment le pluralisme politique, concourent à la formation de la volonté populaire et sont un instrument fondamental pour la participation politique ». Dans le même esprit, l'article 49 de la Constitution italienne dispose que « tous les citoyens ont le droit de s'associer librement en partis pour contribuer, selon la méthode démocratique à la détermination de la politique nationale ». Certaines Constitutions sont d'ailleurs encore plus explicites sur le lien entre opinion publique et partis politiques, telle la Constitution allemande qui dispose en son article 21-3 que « les partis politiques concourent à la formation de la volonté politique du peuple, notamment : en influençant la formation de l'opinion publique, l'évolution politique au Parlement et au gouvernement ; en introduisant les buts politiques qu'ils ont élaborés dans le processus de formation de la vie étatique ; en vivant à une constante et vivante liaison entre le peuple et les organes de l'État ». De même, l'article 137 de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 énonce que « les partis politiques contribuent à former l'opinion et la volonté populaire ». Les partis politiques ont donc une vocation électorale certaine en ce qu'ils

---

avec l'intérêt général », cité par Éric PERRAUDEAU, *Le système des partis sous la Vème République*, POUVOIRS, n°99, 2001, p. 102.

[451] En ce sens, cf. Kay LAWSON, *Les influences des lois sur les partis politiques en France et aux États-Unis*, Mélanges Avril, op. cit., pp. 555-572.

[452] Cité par Gustave PEISER, *L'institutionnalisation des partis politiques dans la Vème République*, Mélanges Lavroff, *La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, p. 527.

permettent d'organiser la rencontre des volontés des électeurs. L'opinion publique se confond alors avec le corps électoral. Mais, si les partis politiques sont des « *organes constitutionnels de la formation de la volonté étatique* »[453], ils ont également, sans que cette fonction soit exclusive de la première, vocation à encourager le pluralisme politique.

Paragraphe 2. Pluralisme et partis politiques

James BRYCE considérait que « *dans un pays jouissant d'un gouvernement représentatif, les partis ont deux fonctions principales : la diffusion de leurs principes par les discussions publiques, et le succès de leurs candidats aux élections* »[454]. Se trouve ici résumée la nécessité du pluralisme politique et idéologique : il suppose que « *divers programmes politiques ont la liberté de s'exprimer et donnent vie à une opinion publique non homogène, non monocorde, non uniforme* »[455]. En d'autres termes, remporter les élections suppose la confrontation d'opinions et d'intérêts divergents. L'existence des partis politiques induit alors, de fait mais également en droit, le pluralisme (**Sous-Paragraphe 1**). Mais pour ce faire, il importe également que les électeurs puissent se prononcer sur chaque parti politique. Celui-ci se doit alors de rendre publique son action (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Les partis politiques ou l'affirmation du pluralisme dans l'État

Le parti politique doit être compris comme un élément de médiation entre le point de vue de la collectivité et celui des intérêts particuliers. D'un côté, « *le parti s'insère dans le jeu de la représentation moderne en tendant à produire des indications et des condensations de l'opinion, en vue de la détermination de la volonté générale* »[456]. Mais de l'autre, en accord avec la théorie libérale, la doctrine met également en avant le souci du parti politique de répondre à un certain nombre de requêtes particulières, la poursuite de son intérêt bien compris conduisant nécessairement à maximiser l'utilité globale de la collectivité. En ce sens, le parti politique permet le développement du pluralisme puisque, comme le souligne habilement Carl SCHMITT, « *de même que l'État a besoin d'une pluralité de pouvoirs, de même toute corporation parlementaire exige une pluralité de partis* »[457]. Toutefois le point de vue schmittien mérite d'être nuancé. Le juriste

---

[453] Hans KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 63.

[454] James BRYCE, *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 137.

[455] Norberto BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 156.

[456] Giuseppe DUSO, *Constitution et représentation (…)*, op. cit., p. 272.

[457] *Parlementarisme et démocratie*, op. cit., p. 59.

weimarien ne soutient l'institutionnalisation des partis qu'en ce qu'ils permettent une permanence du peuple en dehors de l'Assemblée parlementaire. Comme il l'écrit dans *Théorie de la Constitution*, « *il n'y a pas de démocratie sans partis, mais uniquement parce qu'il n'y a pas de démocratie sans opinion publique et sans le peuple continuellement présent.* […] *La supériorité actuelle des partis sur le Parlement tient à ce qu'ils expriment le principe démocratique de l'identité dans la mesure où, comme le peuple, ils sont continuellement présents et existants sans représenter (repräsentieren), tandis que le Parlement ne trouve son sens que dans la représentation alors qu'il a justement perdu de fait son caractère représentatif. Il est naturel qu'une véritable identité (même celle d'une simple partie du peuple) soit supérieure à une représentation inauthentique* »[458]. En d'autres termes, la pensée schmittienne est bien antilibérale en ce qu'elle s'oppose au principe représentatif et à toute domination du Parlement par les partis politiques. Ce que désire SCHMITT, c'est effacer la distance entre les représentants et les représentés que crée le régime représentatif et les partis politiques peuvent être ici un atout précieux dans l'avènement d'une « vraie » démocratie. Tout autre est la position de KELSEN. Le juriste viennois accorde en effet pour sa part une place centrale aux partis politiques dans sa théorie politique en ce qu'ils sont « *l'un des éléments les plus importants de la démocratie réelle :* […] *les impulsions qui viennent des partis politiques sont comme les nombreuses sources souterraines où s'alimenterait une rivière qui ne paraîtrait au jour que dans l'assemblée du peuple ou au Parlement pour couler désormais dans un lit unique. La démocratie moderne repose entièrement sur les partis politiques, dont l'importance est d'autant plus grande que le principe démocratique reçoit une plus large application* »[459]. Cette position est profondément singulière pour l'époque et rompt avec la doctrine constitutionnaliste continentale, profondément attachée à une sorte de « tradition représentative » qui, par essence, serait hostile aux partis politiques. Au contraire, Hans KELSEN ne cesse de prôner une institutionnalisation des partis politiques au nom d'une rationalisation du pouvoir. En effet, « *la démocratie ne peut, par suite, sérieusement exister que si les individus se groupent d'après leurs fins et affinités politiques, c'est-à-dire que si, entre l'individu et l'État viennent s'insérer ces formations collectives dont chacune représente une certaine orientation commune à ses membres, un parti politique. La démocratie est donc nécessairement et inévitablement un État de partis (Parteienstaat)* »[460]. Là où Carl SCHMITT croit voir

---

[458] *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 386.

[459] *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., pp. 28-29.

[460] Ibid., pp. 29-30. Dans le même sens, Harold LASKI écrit que « *la vérité est qu'il n'y a pas, dans un État de l'envergure moderne, d'autre alternative au gouvernement de parti que la dictature.* […] *La nécessité du parti fut reconnue dès Burke et, depuis, on n'a jamais pu répondre à son argumentation* », *Le gouvernement parlementaire en*

dans les partis politiques un élément d'identification entre les gouvernants et les gouvernés, Hans KELSEN, dont l'objectif est de pérenniser le parlementarisme, considère qu'il convient pour la démocratie de renoncer tant à la doctrine de la souveraineté nationale[461] qu'à « *la fiction d'une volonté générale « organique » supérieure aux partis* »[462]. En effet, ainsi que le souligne Sandrine BAUME, « *pour Kelsen, la fiction de la représentation, celle de la nation, fragilise l'institution parlementaire, parce qu'elle lui assigne une mission qu'elle ne peut pas remplir et expose le Parlement à des critiques qu'elle génère elle-même* »[463]. Dans cette hypothèse, le jeu démocratique repose sur la recherche d'un compromis entre minorité et majorité et donc, *in fine*, sur un affrontement d'intérêts particuliers que les partis se doivent de coordonner et de mettre en forme[464].

Les partisans des partis politiques mettent ici en avant l'un des points cruciaux de l'analyse : les partis politiques sont tout autant un agent de « condensation » qu'un « catalyseur » d'opinions divergentes. Ils permettent pour reprendre une formule de Hermann HELLER de formaliser « *l'unité dans la multiplicité des oppositions non médiatisées* »[465]. DUVERGIER DE HAURANNE est, semble-t-il, l'un des premiers auteurs à avoir perçu cette singularité. Ainsi peut-il écrire : « *il se formera enfin au sein de cette foule d'abord confuse deux ou trois groupes appelés partis qui finiront par l'englober toute entière, qui se surveilleront, se contiendront incessamment les uns les autres, et qui, tour à tour vainqueurs et vaincus, remettront d'un commun accord le jugement des procès qui les divisent au tribunal suprême de la majorité* »[466]. Les partis politiques sont donc des institutions électorales de conquête du pouvoir mais la mission qui leur est confiée les dépasse : c'est l'avènement de l'opinion publique qu'ils doivent promouvoir. Car, « *partout où l'opinion est souveraine* […], *les institutions électorales fussent-elles très exclusives et très favorables au règne absolu de l'aristocratie,*

Angleterre, op. cit., p. 63.

[461] « *Nous entretenons une fiction politique lorsque nous disons qu'un membre du Parlement ne représente pas ses seuls électeurs mais le peuple tout entier ou, selon quelques auteurs, l'ensemble de l'État, et que ses électeurs ne peuvent donc ni lui donner d'ordre ni le révoquer* », *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 340.

[462] *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 34.

[463] *Kelsen. Plaider la démocratie*, Paris, Michalon, Coll. Le bien commun, 2007, p. 69.

[464] De ce point de vue, Hans KELSEN est assez proche de Georg JELLINEK puisque celui-ci affirmait que l'opinion publique « *est le résultat d'une lutte entre les points de vue de différents groupes sociaux. Dans ces conditions, l'opinion publique ou bien repose sur un compromis, ou bien elle exprime la façon de penser du groupe ou des groupes sociaux les plus forts* », *L'État moderne et son droit*, op. cit., pp. 179-180.

[465] *Démocratie politique et homogénéité sociale*, CITÉS, n°6, 2001 (1928), p. 204.

[466] *La démocratie et le droit de suffrage*, Revue des deux mondes, 1er avril 1868, p. 636, cité par Lucien JAUME, *Tocqueville face au thème de la « nouvelle aristocratie ». La difficile naissance des partis en France*, RFSP, Vol. 56, n°6-2006, p. 979.

c'est en réalité la démocratie qui règne et qui reste le dernier mot »[467]. Force est de constater que les propos de l'homme politique français aident à cerner un certain nombre de dispositions normatives contemporaines. En effet, s'il est reconnu que les partis politiques participent à la formation de la volonté populaire, qui s'exprime alors essentiellement par le biais du bulletin de vote, ils revêtent également une permanence qui dépasse le strict cadre électoral. C'est pourquoi les Constitutions qui mentionnent le rôle joué par les partis politiques précisent aussi que les partis « se forment et exercent leur activité librement »[468]. Comme l'a souligné le Conseil constitutionnel, il importe en effet qu'il n'existe pas de lien de dépendance d'un parti politique vis-à-vis de l'État[469]. L'État doit donc éviter de s'immiscer abusivement dans la vie des institutions, et plus particulièrement dans la liberté d'association[470]. Ce postulat implique deux conséquences. Tout d'abord, les partis politiques sont libres de se former dans la forme juridique qui leur sied : comme le soulignait déjà KELSEN, les partis politiques « *ont, le plus souvent, un caractère amorphe ; ils se présentent soit sous la forme lâche d'une association libre, soit même fréquemment sans aucune forme juridique* »[471]. Certes, le plus souvent, les partis recourent à la forme d'association régie par la loi du 1er juillet 1901 dont l'article 1er dispose que « l'association est une

---

[467] Ibid, 15 avril 1868, p. 799, cité par Lucien JAUME, ibid., p. 981. Cf. également Pierre ROSANVALLON, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, Coll. Folio histoire, 2002, pp. 225-228.

[468] Article 4 de la Constitution du 4 octobre 1958. On peut également mentionner l'article 6 de la Constitution espagnole et l'article 21 de la Constitution allemande. Cf. Jean-Pierre BIZEAU, *Pluralisme et démocratie*, RDP, n°2-1993, pp. 524-525 en particulier.

[469] Décision n°88-242 DC, 10 mars 1988, TRANSPARENCE FINANCIÈRE DE LA VIE POLITIQUE. Le juge constitutionnel a eu l'occasion de réaffirmer le lien inaltérable qui existe entre pluralisme et partis politiques à l'occasion du contrôle des lois encadrant le financement des partis politiques, cf. infra.

[470] La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi eu l'occasion de rappeler que « *la liberté d'association revêt une telle importance qu'elle ne peut subir une quelconque limitation, même pour une personne candidate à une charge publique, dans la mesure où l'intéressé ne commet, par lui-même, en raison de son appartenance à l'association, aucun acte répréhensible* », CEDH, 2 août 2001, GRAND ORIENT D'ITALIE, § 26. Cette solution présente un double intérêt en ce que la Cour avait néanmoins jugé que l'obligation faite par une loi de 1996 aux candidats à des charges publiques de déclarer leur non-appartenance à la maçonnerie constituait une ingérence qui poursuivait le but légitime de la protection de la sécurité nationale et la défense de l'ordre en ce qu'elle visait à « *rassurer l'opinion publique* » au regard du rôle que certains membres de la franc-maçonnerie ont dans le pays. La démocratie d'opinion impose alors une double exigence complémentaire : la libre activité des partis politiques doit se faire sous l'œil du public. En outre, cette décision interroge quant la définition de l'impartialité du juge qui se joue sous le regard du public, Voir en ce sens Serge GUINCHARD, *Peut-on être bouddhiste ou chrétien ou juif ou libre penseur ou franc-maçon et juge ? Réponse impertinente à une question mal posée sur l'indépendance et l'impartialité des juges appartenant à la franc-maçonnerie*, Mélanges Julien, *La justice civile au vingt et unième siècle*, Aix en Provence, Édilaix, 2003, pp. 203-208. Cf. infra.

[471] *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 28.

convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, de façon permanente, leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que de partager les bénéfices ». Toutefois, il ne s'agit nullement d'une obligation, comme le confirme l'article 7 de la loi du 11 mars 1988 relative à la limitation des dépenses électorales et à la transparence de la vie politique qui réaffirme que « les partis et groupements politiques se forment et exercent leur activité librement. Ils jouissent de la personnalité morale. Ils ont le droit d'ester en justice. Ils ont le droit d'acquérir à titre gratuit ou à titre onéreux des biens meubles ou immeubles : ils peuvent effectuer tous les actes conformes à leur mission et notamment créer et administrer des journaux et des instituts de formation conformément aux dispositions des lois en vigueur »[472]. Ainsi qu'en atteste la censure de dispositions du règlement de l'Assemblée nationale qui imposait un contrôle du bureau de l'Assemblée sur la formation des groupes parlementaires[473], la formation des partis politiques ne peut donc *a priori* subir aucune entrave, ni aucun contrôle préventif de la part de l'État, puisque, pour reprendre une formulation du juge européen, « *les partis politiques représentent une forme d'association essentielle au bon fonctionnement de la démocratie* »[474]. La libre constitution implique donc la liberté d'adhérer, de ne pas adhérer mais également de sortir du parti politique[475]. En corollaire, les partis politiques se doivent d'exercer leur activité librement.

[472] Néanmoins, le lien entre association et partis politiques a pu être contesté. Dans sa grande décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, LIBERTÉ D'ASSOCIATION, le Conseil constitutionnel ne vise pas l'article 4 de la Constitution et laisse entrouverte la porte à un encadrement plus strict des partis politiques en mentionnant des « catégories particulières d'association » : « *Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire* », Cons. 2. Cf. André ROUX, *Constitution et partis politiques*, AIJC, Vol. IX, 1993, pp. 135-156.

[473] Décision n° 59-2 DC des 17, 18 et 24 juin 1959, Règlement de l'Assemblée Nationale ; Décision n° 71-42 DC du 18 mai 1971, Résolution tendant à modifier les articles 2, 3, 5, 6, 7, 8, 11, 13, 14, 17, 21, 22, 29, 32, 36, 42, 45, 59, 72 et 108 du règlement du Sénat, à le compléter par un article 29 bis et un article 109 et à abroger l'article 84 dudit règlement, Cons. 1 ; Décision n° 2006-537 DC du 22 juin 2006, Résolution modifiant le Règlement de l'Assemblée nationale, Cons. 13. Pour une analyse de cette décision, cf. Jean-Philippe Derosier, *La montagne accoucha d'une souris. Á propos d'une réforme manquée : la révision du règlement de l'Assemblée nationale du 7 juin 2006*, politeia, n°10, 200-, pp. 13-24. Cf. infra.

[474] CEDH, 30 janvier 1998, Affaire Parti communiste unifié et autres c. Turquie, § 25.

[475] Ce que mentionne explicitement la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision CHASSAGNOU ET AUTRES C. FRANCE du 29 avril 1999 : « *Contraindre de par la loi un individu à une adhésion profondément contraire à ses propres convictions et l'obliger, du fait de cette adhésion, à apporter le terrain dont il est propriétaire pour que l'association en question réalise des objectifs qu'il désapprouve, va au-delà de ce qui est*

Dès lors, sous réserve des partis politiques qui soutiennent « *un programme politique en contradiction avec les principes fondamentaux de la démocratie* »[476], un État ne saurait interdire ou dissoudre des partis qui revendiquent de façon pacifique et légale le droit à l'auto-détermination d'un peuple, des droits linguistiques ou la transformation d'un État unitaire en un État fédéral[477]. Dans cette perspective, l'État est donc un spectateur de la vie démocratique. *A contrario*, et ce parce qu'il lui incombe également d'être « *l'ultime garant du pluralisme* »[478], pèsent sur l'État des obligations positives de préserver la démocratie, même si pour ce faire il doit interdire certains partis politiques[479].

Sous-Paragraphe 2. Des moyens pour les partis politiques d'assurer le pluralisme politique

Afin de promouvoir le pluralisme politique, les partis politiques disposent de plusieurs instruments à leurs services. La doctrine insiste tout particulièrement sur le rôle joué par le programme politique, même si celui-ci n'est pas dénué d'ambiguïté. Ainsi le Doyen VEDEL soulignait-il par exemple que « *le programme du parti introduit le citoyen qu'il sollicite dans un monde adulte où il apprend tout à la fois qu'il faut choisir, qu'on ne peut pas tout choisir et que les choix s'enchaînent les uns les autres. Au total,* […] *les partis politiques donnent à l'opinion des axes, une ossature, des schémas d'organisation – comme l'on voudra – et la font passer du stade du magma à celui de la structure* »[480]. Cette fonction programmatique consiste à élaborer des projets politiques permettant à l'électeur de choisir une orientation en connaissance de cause. En un sens, il conforte donc le rôle de tuteur, de guide de l'opinion. Mais, d'un autre côté, il oblige également

---

nécessaire pour assurer un juste équilibre entre des intérêts contradictoires et ne saurait être considéré comme proportionné au but poursuivi », § 117.

[476] CEDH, Grande Ch., 13 février 2003, REFAH PARTISI ET AUTRES C. TURQUIE, § 103.

[477] CEDH, 2 octobre 2001, STANKOV ET ORGANISATION MACÉDONIENNE UNIE ILINDEN C. BULGARIE.

[478] CEDH, 24 novembre 1993, INFORMATIONSVEREIN LENTIA ET AUTRES C. AUTRICHE, § 38.

[479] Sur ce point, cf. Bertrand PAUVERT, *La démocratie contre les partis ? Retour sur l'interdiction des partis et groupements politiques*, IN BOUTIN Christophe et ROUVILLOIS Frédéric (Dir.), *Partis politiques et démocratie. Inséparables mais incompatibles ?*, op. cit., pp. 263-298. Pour une approche comparatiste, cf. Pierre BON, *La dissolution des partis politiques*, Mélanges Moderne, *Mouvement du droit public, Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 1011-1044. Pour une étude de la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et de milices privées, cf. Pascal MBONGO, *Actualité et renouveau de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices*, RDP, n°3-1998, pp. 715-744.

[480] *Le rôle de l'opinion en démocratie*, op. cit., p. 314. Dans le même sens, Claude EMERI explique que « *le parti mobilise, forme les opinions, fabrique des programmes et des valeurs, sélectionne les individus capables de défendre ses idées devant l'électorat et de les exprimer dans les institutions représentatives* », *Les partis politiques et les institutions constitutionnelles en France*, LPA, n°48-1996, p. 10.

à la discussion. Comme l'indique Lord BRYCE, « *chaque parti* […] *prône le pour ou le contre d'une doctrine ou d'un projet avec des idées préconçues, mais le public entend aussi les théories soutenues par le parti adverse : l'esprit de parti lui-même ne saurait séparer une nation en compartiments étanches. L'orateur le plus écouté, le journal le plus malin est obligé de reconnaître l'existence des arguments qu'on oppose à son parti, puisqu'il s'attache à les réfuter* »[481]. Le Parti politique permet donc la confrontation d'opinions divergentes, confrontation qui se doit d'être publique s'il veut accomplir sa mission de socialisation, d'éducation des masses[482]. Toutefois, tous ne partagent pas cet enthousiasme, et nuancent l'apport des partis politiques dans le développement du pluralisme politique. La position d'OSTROGORSKI est de ce point de vue significative. En effet, le politiste américain s'accorde à penser que « *la différence entre un gouvernement dit libre et ceux qui ne le sont pas réside dans la nature de la force motrice de l'opinion : dans les derniers l'opinion est déterminée surtout par le préjugé et le sentiment, figés dans la tradition, tandis que sous le régime démocratique – s'il est une vérité – elle se détermine surtout par la raison qui s'affirme dans la discussion* »[483]. La définition que donne l'auteur de la démocratie d'opinion est jusqu'ici conforme à la pensée politique libérale. Mais ce que conteste OSTROGORSKI, c'est la plus-value qu'apporteraient les partis politiques au règne de la Raison. Selon lui, les partis politiques « *entravent* » ou « *faussent* » le jeu de l'opinion. Comme il le précise, « *le formalisme politique non seulement sape le régime de discussion qui tempère le despotisme du gouvernement de l'opinion, non seulement donne une consécration à l'absolutisme des majorités, mais finit par atteindre l'idéal lui-même* »[484]. L'électeur n'est plus qu'un simple récepteur des messages et des opinions qui lui sont transmises par les partis. Dans ces conditions, c'est l'électeur qui assume le programme des partis et non les partis qui édifient leurs programmes en fonction de l'opinion publique.

Cette thèse connaîtra au début du siècle un fort succès chez des auteurs aux divergences pourtant affirmées. Ainsi, Carl SCHMITT voit-il dans le Parlement un agent de désordre qui ne correspond plus aux mythes fondateurs du parlementarisme moderne, à savoir la publicité, la libre concurrence des opinions et la foi en la discussion. C'est pourquoi il fustige le principe même de la discussion, considérant que « *la foi en l'espace public rempli par la discussion devait*

---

[481] *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 143.

[482] « *Ainsi la lutte des partis contribue à donner une sorte d'éducation à tous ceux qui veulent s'instruire, et les électeurs les moins intéressés ou les moins attentifs à la lutte ne manqueront pas de recueillir quelques échos du débat. L'agitation des partis tient sans cesse en éveil l'esprit d'une nation* », ibid., p. 143.

[483] *La démocratie et les partis politiques*, op. cit., p. 672.

[484] Ibid., p. 673.

nécessairement faire l'expérience d'une terrible désillusion »[485]. La principale cause de ce délitement de l'idéal libéral résidait selon lui dans ce que les partis « *ne s'affrontent plus aujourd'hui au titre d'opinions à discuter, mais en tant que groupes de pression sociaux ou économiques, ils évaluent leurs intérêts et leurs possibilités d'accès au pouvoir respectifs, et sur cette base factuelle, ils concluent des compromis et des coalitions* »[486]. Si les propos du juriste allemand doivent être rapportés à l'objectif poursuivi par l'auteur, à savoir jeter le discrédit sur le régime parlementaire afin de mieux valoriser l'avènement du Führer comme seul à même de garantir l'homogénéité du peuple[487], ils mettent aussi l'accent sur la démocratie au sein du parti. L'élaboration du programme ne se fait pas en public et, selon lui, on ne peut que conclure à l'effacement de la discussion libre et publique devant les négociations entre et au sein des partis politiques. En d'autres termes, « *cet État de parti, parlementaire et démocratique, est un État labile de partis et de coalitions. Les défauts et les dysfonctionnements d'une telle situation ont été suffisamment souvent exposés et critiques : majorités imprévisibles ; gouvernements incapables de gouverner et irresponsables en raison de leurs engagements dans des compromis ; conclusions incessantes de compromis par les groupes parlementaires et les partis au détriment d'un tiers ou de l'État dans sa totalité, compromis pour lesquels chaque parti est concerné est rétribué en échange de sa participation ; distribution des postes et des charges lucratives de la fonction publique parmi les adhérents des partis selon une quelconque règle dictée par l'importance numérique des groupes parlementaires ou par des considérations tactiques* »[488].

La position de LOWELL est quelque peu différente même si elle aboutit elle aussi à une critique sévère du régime des partis. Ceux-ci sont en effet accusés de « *falsifier* » l'opinion publique car « *ils ne correspondent pas exactement aux véritables divergences de pensée* »[489]. L'unanimisme qu'est

---

[485] *Parlementarisme et démocratie*, op. cit., p. 64. Carl SCHMITT reconnaît d'ailleurs toute l'influence qu'ont pu avoir des auteurs comme OSTROGORSKI ou MICHELS : « *On peut considérer l'œuvre d'Ostrogorski sur les partis de la démocratie moderne comme le modèle de ce genre de littérature ; le Party System de Belloc a vulgarisé cette critique ; des investigations sociologiques, en particulier l'ouvrage réputé de Robert Michels, ont ruiné maintes illusions parlementaires et démocratiques, sans séparer plus précisément les deux aspects. Même les non-socialistes finirent par reconnaître les liens entre la presse, les partis, le capital, et ne virent plus dans la politique que l'ombre de réalités économiques* », ibid., p. 26.

[486] Ibid., p. 102.

[487] « *L'État repose donc non sur le contrat mais essentiellement sur l'homogénéité, en dépit du titre et malgré l'élaboration du contrat qu'il induit. De l'homogénéité résulte l'identité démocratique entre les gouvernants et les gouvernés* », ibid., p. 112.

[488] *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker et Humblot, 1996 (1931), p. 88, cité par Sandrine BAUME, *Le Parlement face à ses adversaires. La réplique allemande au désenchantement démocratique dans l'entre-deux-guerres*, RFSP, Vol. 56, n°6-2006, p. 992.

[489] *L'Opinion publique et le Gouvernement populaire*, op. cit., p. 89.

censé représenter le programme politique du parti n'est que de façade, de telle sorte qu'« *au sein du parti lui-même, et par conséquent dans le verdict du corps électoral, l'opinion publique est un peu faussée* »[490]. L'auteur ne conteste pas la nécessité pour le parti d'avoir une identité de vue entre ses membres, mais il considère que l'unité programmatique supposée conduit à un éclatement multipartisan et donc *in fine* à donner « *une valeur exagérée, soit aux éléments les plus agressifs, soit à ceux dont l'attachement au parti est le plus faible* » (p. 94). LOWELL préconise alors un gouvernement par le centre qui serait « *favorable à la modération, au progrès durable, à une politique qui se rapproche de l'opinion moyenne de la communauté tout entière, et, par conséquent, au gouvernement de l'opinion publique* »[491]. Se pose alors la question du nombre de partis politiques, qui, comme le relève le Doyen VEDEL, « *n'est pas l'effet de prescriptions juridiques, mais* […] *d'un ensemble de causes historiques, sociologiques historiques, institutionnelles* »[492]. En d'autres termes, le pluralisme des points de vue implique-t-il un multipartisme, comme le pensait par exemple OSTROGORSKI, ou est-ce que le bipartisme est conforme au gouvernement de l'opinion ? La doctrine semble ici privilégier majoritairement un argument d'efficacité politique : ESMEIN fut ainsi le premier à considérer, après observation du régime parlementaire britannique, que sa réalisation « *harmonique* » supposait « *l'existence de grands partis, de deux partis contraires* […] *qui se succèdent au pouvoir* »[493]. Georges VEDEL expliquera par la suite que « *dans un système de deux partis cohérents et disciplinés, l'opinion nationale joue un rôle simple, rustique à certains égard, mais d'une rare efficacité en distribuant entre les deux partis les tâches du pouvoir et de l'opposition* »[494]. Dans le même sens, Pierre AVRIL estime que « *le bipartisme assure au pouvoir « préventif »* [de l'opinion publique] *sa*

---

[490] Ibid., p. 89. Cette position est toujours soutenue par certains politologues, ainsi qu'en attestent ces propos de Jean-Marie DONEGANI et Marc SADOUN selon lequel « *le parti est toujours une institution fermée qui organise sa vision du monde sur le mode amis/ennemis* […] *La différence devient fraction, le courant, la tendance se réduit à la banale expression des intérêts sectaires et particuliers. Pour l'exprimer en raccourci, le parti ne tolère pas la partie* », *La démocratie imparfaite*, Paris, Gallimard, 1994, p. 247.

[491] *L'Opinion publique et le Gouvernement populaire*, op. cit., p. 96. Selon l'auteur, c'est uniquement en gouvernant par le centre qu'il sera possible pour les partis politiques d'empêcher « *la falsification de l'opinion publique par les caprices populaires* », p. 97.

[492] *Le rôle de l'opinion en démocratie*, op. cit., p. 316.

[493] *Éléments de droit constitutionnel (…)*, op. cit., p. 241

[494] *Le rôle de l'opinion en démocratie*, op. cit., p. 317. Georges BURDEAU confirme ces propos puisque pour lui, « *dans le bipartisme, les partis sont une manière d'être du tout, une perspective où se retrouvent l'ensemble. En effet, ou bien chacun des deux partis représente une tendance profonde et durable de l'opinion et, dans ce cas, la vision de l'ordre social désirable dont il s'emploie à assurer la réalisation englobe nécessairement la garantie de la continuité nationale.* […] *Ou bien chacun des partis regroupe, dans une formation politique unique, des aspirations et des intérêts divergents. C'est dire qu'il aura réussi, au plan de son assise sociale une synthèse des tendances qui lui font confiance* », *L'État*, op. cit., pp. 100-101.

plus grande efficacité dans la mesure où il présente aux électeurs une alternative visible et déterminée »[495]. Au pluralisme des idées ne correspond donc pas nécessairement un multipartisme dans la conduite de la politique de la Nation. L'opinion publique oscille alors entre majorité et minorité politique.

Cependant, pour que le programme ait une quelconque chance de « pénétrer » les esprits, il importe aussi que celui-ci soit diffusé le plus largement possible. Historiquement, il importe ainsi que les partis puissent se réunir librement afin de débattre publiquement de leur programme. Il n'est donc pas surprenant que la loi du 30 juin 1881, qui instaure le régime de la déclaration préalable pour les réunions publiques, vise expressément les réunions caractérisées par un échange d'idées, et plus particulièrement les grands meetings partisans[496]. En vertu de la célèbre jurisprudence BENJAMIN, il est toujours loisible à l'autorité de police administrative d'interdire des réunions qui risqueraient de porter atteinte à l'ordre public, le juge administratif n'exerçant qu'un contrôle de proportionnalité de la mesure d'interdiction qui lui est déférée par rapport aux circonstances de temps et de lieu et aux moyens dont sont dotés les maires. Toutefois, récemment, en vertu de l'article L. 521-2 du Code de Justice Administrative, le Conseil d'État a pu considérer que « *la liberté de réunion est une liberté fondamentale* » et que « *le caractère de liberté fondamentale s'attache également au droit pour un parti politique légalement constitué de tenir des réunions* », au nombre desquelles « *figurent notamment les Universités d'été* » et qu'il « *appartient aux communes de déterminer dans quelles conditions les locaux dépendant d'elles sont susceptibles d'accueillir des réunions organisées par des partis politiques* »[497]. Cette dernière incise pose la question de savoir si la mise à disposition de locaux est une faculté pour la commune ou un droit pour les partis politiques. En d'autres termes, la commune a-t-elle la faculté de décider discrétionnairement quels locaux sont susceptibles d'accueillir des réunions organisées par des

[495] *Relire Ostrogorski*, op. cit., p. 921. Á l'inverse, Ramsay MUIR considère que « *la dictature de Cabinet* » induite par le bipartisme anglais est contraire à la recherche du compromis caractéristique du phénomène démocratique. En effet, « *elle a troublé le fonctionnement de notre système de gouvernement, en divisant le Parlement en deux armées serrées et disciplinées, avec une majorité dont le premier but est de conserver le gouvernement du parti en fonction et une minorité dont le premier but est de le discréditer en vue de le remplacer. Ceci rend irréels les débats au Parlement et affaiblit considérablement son prestige aux yeux de la Nation* », *How Britain is Governed*, 1930, cité par Harold LASKI, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, op. cit., p. 48.

[496] Pour une présentation, cf. Paula COSSART, *Lorsque la réunion des citoyens fait peur. Commentaires juridiques sur la liberté de réunion en France depuis la loi libérale de 1881 jusqu'aux interdictions administratives des années 1930*, Cahiers d'histoire, Vol. 46, n°3/4-2001, pp. 517-537.

[497] CE, Ord. réf., 19 août 2002, FRONT NATIONAL, INSTITUT DE FORMATION DES ÉLUS LOCAUX (IFOREL). Cf. la note de Xavier BRAUD, *Le refus de location d'une salle communale à un groupement politique et la liberté de réunion*, AJDA, n°15-2002, pp. 1017-1023.

partis politiques ? L'article L. 2144-3 du CGCT, s'il donne une liste exhaustive des motifs qui sont susceptibles de justifier un refus de mise à disposition d'un local communal à un parti politique (à savoir « les nécessités de l'administration des propriétés communales », le « fonctionnement des services » municipaux et les impératifs liés « au maintien de l'ordre public »), demeure ambigu sur ce point. La jurisprudence semble toutefois prendre une orientation libérale, considérant par exemple qu'en « *se fondant sur le principe d'exclusion de toute mise à disposition des salles municipales à des groupes politiques en dehors des campagnes électorales* »[498], le maire a commis une erreur de droit. De même, la Cour administrative de Versailles n'a pas hésité à considérer que les dispositions du CGCT « *ouvrent aux associations, syndicats et partis politiques un droit à solliciter l'utilisation d'une salle communale* »[499]. La possibilité pour les partis politiques de pouvoir tenir leurs réunions est d'autant plus assurée que la loi du 30 juin 2000 relative aux procédures d'urgence a considérablement modifié l'office du juge. Ainsi, dans l'hypothèse où aucune mesure provisoire ne suffit à faire disparaître les effets d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, le juge du référé liberté fondamentale peut alors prononcer des injonctions ne présentant pas un caractère provisoire, autrement dit présentant une forme de caractère définitif[500]. Cette évolution se veut donc extrêmement favorable à la liberté de réunion et permet aux partis politiques « *de bénéficier à un coût raisonnable, voire gratuitement, d'infrastructures où il leur sera possible de rassembler leurs membres* »[501].

Le deuxième argument invoqué par la doctrine concerne la possibilité pour certains partis politiques de bénéficier de l'appui d'un organe de presse officiel, ce que confirme d'ailleurs l'article 7 de la loi du 11 mars 1988 précité. Bien sûr, cette presse n'est pas en soi indépendante puisqu'elle reflète les positions du parti qu'elle soutient, mais elle contribue, par sa large diffusion, à renforcer les positions des militants, de même qu'elle a vocation à prospérer au-delà des clivages politiques[502]. Néanmoins, cet argument semble passablement daté aujourd'hui. De

---

[498] TA Caen, 18 février 2003, M. ALAIN GRUENAIS, note Xavier BRAUD, *Refus de mise à disposition d'une salle communale à un parti politique*, AJDA, n°7-2004, pp. 402-403.

[499] CAA Versailles, 2 novembre 2004, COMMUNE DE CORBEIL-ESSONNES.

[500] CE, Ord. réf., 30 mars 2007, VILLE DE LYON. Et ce alors que l'article L. 511-1 du CJA dispose que « le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire ». Comme le souligne Fabrice MELLERAY, « *le Conseil d'État privilégie ainsi l'esprit du référé-liberté sur la lettre de la loi* », DA, n°6-2007, p. 33.

[501] Philippe COLLIÈRE, *La mise à disposition de locaux communaux au profit d'associations, de syndicats et de partis politiques*, AJDA, n°33-2006, pp. 1817-1821.

[502] Sur ce point, cf. André MATHIOT, *La presse et les groupes de pression*, Rapport à la semaine internationale de la presse, 1963, pp. 335-374, repris IN DE LAUBADÈRE André, MATHIOT André, RIVERO Jean et VEDEL Georges

par le coût de la fabrication d'un journal, s'il subsiste une presse dite « politique », c'est moins la presse d'une organisation partisane qu'un journal indépendant qui exerce publiquement un regard critique sur la politique des gouvernants. Ce qui ne veut pas dire que la médiatisation de l'activité des partis politiques n'est pas primordiale : comme l'a relevé le juge de Strasbourg, les partis politiques représentent certes la population dans les institutions mais également dans les médias, et de ce fait, « *ils apportent une contribution irremplaçable au débat politique, lequel se trouve au cœur même de la société démocratique* »[503]. Dans le même sens, le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs considéré que la possibilité offerte aux partis politiques de diffuser des émissions publicitaires à caractère politique sur les ondes en dehors des campagnes électorales n'était pas contraire à l'article 4 de la Constitution[504]. Naturellement, il est également possible d'avoir, ainsi que le note Maurice HAURIOU, une vision négative de ce phénomène de formation de l'opinion publique, dans la mesure où « *dans l'organisation contemporaine de l'opinion, il y a en réalité l'action de deux élites, celle qui crée et administre les entreprises de presse, qui sont les instruments nécessaires de la publicité et du lancement des opinions, et celle qui fabrique les opinions politiques.* […] *L'essentiel est de se rendre compte que* [ces dernières] *sont fabriquées par des minorités dans l'intérêt des partis politiques et qu'elles ne s'élaborent point dans la masse du public* »[505].

Mais une telle vision, pour exacte qu'elle soit, néglige sans aucun doute que l'institutionnalisation des partis politiques a permis, conformément au souhait de Hans KELSEN[506], la réaffirmation d'un contrôle, à la fois périodique et permanent, de l'opinion publique sur les gouvernants.

(Dir.), *Pages de doctrine*, op. cit., pp. 375-413.

[503] CEDH, PARTI COMMUNISTE UNIFIÉ DE TURQUIE C. TURQUIE, précité, § 44.

[504] Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, LOI RELATIVE À LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION, Cons. 64-65.

[505] Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 162. Lord BRYCE ne dit pas autre chose : « *ce sont les chefs des grands partis qui participent le plus à la naissance de l'opinion ; ce sont les journalistes qui la propagent le plus* », *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 469.

[506] Le juriste viennois estime que les partis politiques pourraient exclure leurs membres qui s'éloigneraient trop de son programme politique : en effet, si « *le candidat n'obtient un mandat qu'en raison de son appartenance au parti de l'électeur, il n'est que logique que le député perde nécessairement ce mandat lorsqu'il cesse d'appartenir au parti qui l'a envoyé au Parlement* ». De même, « *rien ne s'opposerait à ce qu'on reconnût également aux partis devenus une pièce essentielle du mécanisme constitutionnel le droit de révoquer leurs députés* », pour autant que l'on adopte le scrutin proportionnel, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 50. Sur l'argumentaire de KELSEN en faveur de la représentation proportionnelle, cf. infra. On peut également constater que l'hypothèse kelsenienne pose la question du statut des groupes parlementaires. Sur ces interrogations on peut renvoyer à Olivier BEAUD, *Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi Romano*, DROITS, n°33, 2001, pp. 90-95 spécialement.

Sous-section 2. Le contrôle de l'opinion publique sur les gouvernants ou le retour du refoulé

La crise de la démocratie représentative, maintes fois évoquée par la doctrine constitutionnaliste[507], renvoie à un lieu commun : le représentant se doit de suivre les *desiderata* de l'opinion publique, notamment s'il veut assurer sa réélection[508]. En d'autres termes, nombreux sont les auteurs qui soulignent que « *la définition du mandat parlementaire* […] *ne réglait que le côté technique du problème de la représentation. Restait le côté politique : l'exigence d'une certaine identification ou similitude* […]. *Or, le mécanisme de l'élection comme procédé de désignation des représentants se révélait ne pouvoir, à lui seul, assurer l'harmonie minimale requise entre l'exercice d'un mandat représentatif indépendant et l'opinion publique* »[509]. Ce que met en évidence Pierre Avril, c'est finalement la double dimension inhérente au concept de représentation, politique et juridique, et dont la doctrine tente de rendre compte. Ainsi, force est de constater que si, d'un point de vue politique, le lien qui unit l'opinion publique au représentant demeure au-delà de la simple élection de celui-ci, c'est parce que le régime représentatif tente d'instaurer entre les gouvernants et les gouvernés un lien de confiance (**Paragraphe 1**). Mais certains auteurs vont plus loin : ainsi James Bryce considère-t-il que « *la doctrine de la souveraineté populaire et la structure du gouvernement* [aux États-Unis] *imposaient tout particulièrement au citoyen de donner ces directives* […]. *Lorsque chacun d'eux* [les pouvoirs constitués] *est surveillé et limité par les autres dans ses initiatives, lorsque la durée normale des fonctions publiques est courte et que le personnel administratif se renouvelle fréquemment, la vigilance et le contrôle des citoyens sont essentiels afin d'assurer le fonctionnement continu de cette machinerie compliquée qu'est l'État et d'en guider chacun des organes vers un but commun. Le citoyen doit demeurer constamment pénétré de sa responsabilité, afin de former une opinion et de la faire connaître au cours des périodes qui le séparent des jours où il la*

---

[507] Cf. par exemple Dominique Turpin, *Représentation et démocratie*, droits, n°6, 1987, pp. 79-90 ; Patrice Gélard, *Remarques impertinentes sur l'électeur, l'élection et l'élu*, Mélanges Avril, op. cit., pp. 67-72.

[508] Georges Vedel considère par exemple que « *la pratique constitutionnelle contemporaine s'est fixée entre les théories de la démocratie représentative pure et la thèse du mandat impératif.* […] *la réalité politique s'est écartée de la thèse de la pure démocratie représentative. En fait, il n'est pas niable que les députés se regardent comme liés à leur circonscription et à leur parti, et l'on admet couramment dans l'opinion qu'ils sont liés à l'une et à l'autre* », *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 136.

[509] Pierre Avril, *Notes sur les origines de la représentation*, in d'Arcy François (Dir.), *La représentation*, Paris, Economica, Coll. Politique comparée, 1985, p. 102.

formule par un bulletin de vote »[510]. Ainsi se trouve mise en avant la nécessité d'un contrôle citoyen sur les gouvernants. La souveraineté populaire ne se limite pas, dans la doctrine américaine essentiellement, à la prise de décision. C'est pourquoi des mécanismes juridiques de révocation des élus continuent d'exister malgré leur incompatibilité théorique avec la définition même du régime représentatif[511]. La démocratie d'opinion prend alors la forme d'une société de défiance (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le dialogue gouvernants-gouvernés ou la recherche d'un lien de confiance

Malgré son affirmation constante dans les textes constitutionnels, tant en droit interne[512] qu'au regard du droit comparé[513], l'interdiction du mandat impératif suscite parfois au sein de la doctrine quelques incertitudes. Ainsi Emile Giraud estimait-il par exemple que « *sans doute le mandat impératif est prohibé et le député vote comme il l'entend, il peut prendre une attitude diamétralement opposée à celle qu'attendraient de lui ses électeurs. Il n'en reste pas moins que moralement, sinon juridiquement, le député est lié vis-à-vis de ses électeurs* »[514]. Dans le même sens,

[510] *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 128.

[511] Du moins pour la doctrine publiciste. Á cet égard on peut mentionner ces propos de Thomas Paine tenus dans La bouche de fer le 1er octobre 1790 selon lesquels « *le pouvoir de surveillance et d'opinion, (quatrième pouvoir censorial dont on ne parle point) en ce qu'il appartient également à tous les individus, en ce que tous les individus peuvent l'exercer par eux-mêmes, sans représentation, et sans danger pour le corps politique, constitue essentiellement la souveraineté nationale* », cité par Raymonde Monnier, *Démocratie et Révolution française*, mots, n°59, 1999, p. 62.

[512] L'interdiction du mandat impératif fut introduite dans la Constitution de 1791 à l'article 7 du Titre III, Chap. I, Section I). Même l'article 29 du Titre II de la Constitution du 24 juin 1793, pourtant considérée par la doctrine comme l'expression de la doctrine de la souveraineté populaire, énonce que « Chaque député appartient à la Nation tout entière ». Cf. Patrick Fraissex, *L'interdiction du mandat impératif : réflexions à propos d'une « tradition républicaine »*, rrj, n°1-1997, pp. 155-174.

[513] L'article 38 alinéa 1 de la Loi fondamentale allemande énonce que « les députés du Bundestag représentent l'ensemble du peuple, ne sont tenus ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience » ; l'article 67 de la Constitution italienne dispose pour sa part que « tout membre du Parlement représente la nation et exerce ses fonctions sans mandat impératif » ; la même formule se retrouve à l'article 67 de la Constitution espagnole qui prévoit que « les membres des Cortès Generales ne sont tenus pas aucun mandat impératif ». On constate que cette prohibition est reprise par l'article 4 alinéa 1 de l'Acte du 20 septembre 1976 concernant l'élection au suffrage universel des membres du Parlement européen : « les représentants votent individuellement et personnellement. Ils ne peuvent être liés par des instructions, ni recevoir de mandat impératif ».

[514] Emile Giraud, *La crise de la démocratie (…)*, op. cit., p. 63. Le constat est unanimement partagé par la doctrine. Carré de Malberg lui-même ne considérait-il pas que « *le corps électoral a pris sur ses élus une influence sans cesse croissante, influence telle que c'est aller contre l'évidence des faits que de prétendre que le rapport entre élus et électeurs se borne à un pur rapport de nomination* », *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., T. II, p. 363. Par la suite, Julien Lafferrière reprendra les propos du juriste alsacien : « *le corps*

Marcel BRIDEL considère qu'il « *est erroné de contester l'existence d'un véritable mandat, qui est dans les déclarations faites durant la campagne électorale, dans les programmes, dans les manifestes, dans les discours électoraux.* […] *Suivant les circonstances, on doit admettre que les citoyens qui ont voté pour le candidat présenté sous de tels auspices ont tacitement adhéré à l'ensemble de ces manifestations oratoires. Cet ensemble constitue donc une véritable procuration* »[515]. Ces incertitudes conduisent ainsi les deux auteurs à douter de la pertinence des principes du régime représentatif, à le voir irrémédiablement en crise. Il est sans doute vrai que l'un des symptômes de la crise de la démocratie représentative se manifeste dans cette tension qui peut exister entre l'affirmation du principe et les déclarations permanentes des hommes politiques se déclarant liés par leur programme politique[516]. Mais, juridiquement, cette analyse est réfutée par la grande majorité de la doctrine. Dans un article précurseur, Victor-Emmanuel ORLANDO considère ainsi que « *politiquement, moralement, l'élu peut prendre divers engagements vis-à-vis du corps électoral, soit dans ses professions de foi, soit dans ses discours. Mais tous ces engagements restent sous la garantie de la loyauté et de la bonne foi politique et personnelle. Non seulement le droit ne leur donne aucune garantie, mais il leur en refuse expressément. D'où il suit que l'on voit se produire de graves conséquences toujours et naturellement en opposition avec celles qui sont inséparables de la nature du mandat* »[517]. De même, Joseph BARTHÉLÉMY et Paul DUEZ confirment-ils que « *tout programme n'est pas un mandat impératif.* […] *Les mensonges électoraux, les promesses fallacieuses sont la place des élections démocratiques et*

électoral a pris sur ses députés une influence telle qu'il est impossible de continuer à dire que, entre élus et électeurs, il n'existe qu'un rapport de nomination et que l'élection n'a pas d'autre signification qu'un choix de personnes. Maintenir ces formules serait fermer les yeux à la réalité », *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 418.

[515] *Essai théorique sur le régime représentatif dans les démocraties modernes*, Mélanges Guisan, Lausanne, Imprimeries Réunies SA, 1950, p. 15. L'auteur précise par la suite : « *le régime représentatif mérite bien son nom. Dans ce régime, les élus représentent bel et bien les électeurs. Mais loin de représenter la nation tout entière, chaque député ne représente qu'un groupe ou plutôt les citoyens d'un certain groupe.* […] *Il suffit de constater que, contrairement à ce qu'on enseigne couramment, le droit public moderne assure aux intérêts particuliers une véritable représentation dans les Parlements. Il est vain de vouloir le dissimuler* », pp. 23-24.

[516] Comme le souligne Jacques ROBERT, la crise de la démocratie ressort tout à la fois d'une formule rhétorique et d'un ressenti, *La crise de la démocratie, un discours récurrent*, IN ROUSSEAU Dominique (Dir.), *La démocratie continue*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, Coll. La pensée juridique moderne, 1995, pp. 30-38. On peut également indiquer que Jean-Jacques ROUSSEAU lui-même stigmatisait les efforts déployés par les députés sortant aux fins de réélection, instituant un lien de dépendance vis-à-vis de l'électeur : « *Il ne faut pas considérer les élections faites par le peuple par leur effet subséquent, qui n'est rien, mais par leur effet antérieur, qui est tout* […] *ce n'est pas à ce qu'on fait après être élu, mais ce qu'on fait pour être élu, qu'il faut regarder en bonne politique* », *Correspondance*, T. II, 9 février 1768, p. 343, cité par Guillaume BACOT, *Rousseau et la Nation anglaise. « En dire le mal ainsi que le bien »*, RFHIP, n°12, 2000, p. 256.

[517] *Du fondement juridique de la représentation politique*, op. cit., p. 13. Cf. également du même auteur, *Principes de droit public et constitutionnel*, Paris, Éd. Fontemoing, 1902 (1889) où il affirme notamment que « *l'élection n'est pas une délégation de pouvoir mais une désignation des capacités* », p. 107.

constituent un triste réquisitoire contre l'intelligence des électeurs et la délicatesse des élus. Cependant, il n'y a pas là une question de droit, mais seulement de dignité personnelle et de haute moralité politique. Le mandat impératif est une question voisine, mais une question juridique »[518]. L'affirmation est alors claire : l'élection est considérée comme le mode supérieur de désignations des gouvernants, une simple procédure de légitimation du pouvoir qui s'épuise avec le dépôt du bulletin de vote dans l'urne. Ou pour le dire dans une formulation de bon sens : les promesses électorales n'engagent que ceux qui les écoutent. Du moins le pense-t-on. Car le dilemme ne cesse de traverser les travaux des constitutionnalistes[519] : comment rendre compte de l'influence de l'opinion publique sur le comportement des représentants ? Permettre un dialogue entre les gouvernants et les gouvernés est-il, comme le pense KELSEN[520], une bonne chose ou la négation des principes sur lesquels s'est construit notre ordre constitutionnel ?

La doctrine avance bien souvent un double constat : « *l'adhésion de l'électeur est déterminée le plus souvent par des sentiments de confiance ou de dévouement d'homme à homme ou par des intérêts de clientèle* »[521] et, réciproquement, les actes du représentant sont parfois dictés par les doléances de l'opinion publique. Or, d'un point de vue juridique, il n'est pas possible d'inférer d'un constat empirique une modification de la règle de droit : la représentation demeure un pouvoir conféré par la Constitution, ce qui rend le représentant indépendant du représenté. L'opinion publique

---

[518] *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 98. On peut rappeler à cet égard la proposition de loi déposée par Désiré BARODET sous la IIIème République qui suggérait de créer une commission « chargée d'opérer le dépouillement des professions de foi et des programmes électoraux de 1881, et de présenter à la chambre un rapport sur les vœux et les volontés qui y sont exprimés », Chambe des députés n°808, annexe au PV de la séance du 11 novembre 1882, cité par Pierre AVRIL, *Notes sur les origines de la représentation*, op. cit., p. 103. Ainsi que le note Pierre AVRIL, cette opération « *constituait en somme l'équivalent politique de la vérification des pouvoirs* [qui] *ne pouvait conduire à une solution politique car elle s'inscrivait dans une interprétation contractuelle du mandat parlementaire* ».

[519] ESMEIN résume parfaitement cette tension : « *sans doute, pour que le système fonctionne régulièrement, il faut que les députés reflètent l'opinion du pays ; c'est la volonté de celui-ci qui doit être suivie. Pour cela il est nécessaire que le candidat fasse connaître aux électeurs ses vues sur les principales questions qui préoccupent les esprits et peuvent être portées devant le Parlement.* […] *D'autre part, l'honneur commande au député élu de ne point voter, si ce n'est pour les motifs les plus graves, contrairement aux idées qu'il a ainsi émises. Mais on n'admettrait pas qu'une instruction émanée des électeurs puisse l'enchaîner et restreindre son pouvoir ni même qu'il puisse prendre envers eux des engagements formels* », *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 91.

[520] Le maître de Vienne est on ne peut plus explicite sur la question du mandat impératif : sans doute celui-ci ne peut-il pas renaître sous son ancienne forme ; « *mais les indéniables tendances qui se manifestent aujourd'hui en ce sens peuvent jusqu'à un certain point être ramenées à des formes compatibles avec la structure de l'organisation politique moderne.* […] *Juridiquement on pourrait très bien réaliser ce contrôle. Et l'établissement d'un contact permanent entre députés et corps électoral pourrait réconcilier les masses avec le parlementarisme* », *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 48.

[521] Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 545.

ne préexiste donc pas à la délibération des membres de l'Assemblée. Pourtant, CARRÉ DE MALBERG, que l'on ne peut soupçonner de sociologisme, constatait : « *la règle : le député représente la nation est démentie par les faits* […]. *Un député reste, le plus souvent, l'homme d'un parti, d'un groupe, d'une idée, d'une catégorie d'intérêts : dire que ce député représente la Nation, c'est plus qu'une abstraction ou une fiction, c'est une contre-vérité* »[522]. Les commentateurs avertis ont pu souligner que le propos était sans doute mal formulé de la part d'un positiviste. Sans doute doit-on effectivement comprendre cette assertion comme la volonté de démontrer « *d'une part que la règle n'est pas effective, et d'autre part, que la proposition décrivant cette règle comme effective est fausse. En ce qu'il vise à rendre compte des faits, le propos ne saurait être contesté* »[523]. La dichotomie entre l'observation empirique des faits, qui induit un jugement de valeur morale et/ou politique, et la description d'une règle de droit, ne nous semble pas en la matière l'exclusivité du professeur strasbourgeois. Tout au contraire même, par delà leurs différences quant à la formulation juridique de la représentation, la doctrine, unanimement ou presque, reprend ce double niveau de lecture.

La doctrine constitutionnaliste contemporaine a en effet souvent critiqué les constructions doctrinales qui ont tenté de proposer une nouvelle typologie pour décrire une relation gouvernants-gouvernés qui serait davantage en adéquation avec la réalité empirique, observable. Comme le souligne par exemple Michel TROPER, « *les classements ne nous enseignent rien et ne peuvent d'ailleurs rien nous enseigner dès lors qu'on présuppose à tort un lien de causalité entre normes et comportements* »[524]. Le risque existe en effet qu'une nouvelle classification ne remplisse pas une fonction scientifique de connaissance de la réalité, mais un rôle idéologique de construction de cette même réalité. En d'autres termes, la classification, si elle peut avoir un objectif pédagogique, surdétermine surtout le critère politique par rapport au critère juridique. Ainsi en serait-il, notamment, de la notion de gouvernement semi-représentatif. Popularisée par Julien LAFFERRIÈRE, à la suite d'Adhémar ESMEIN, cette dénomination « *prend place entre le gouvernement représentatif pur et la démocratie directe. Du premier il conserve la règle que le peuple n'agit que par représentants ; du second il adopte l'idée que c'est au peuple lui-même de décider de la*

---

[522] *Contribution (…)*, op. cit., p. 365. Il précise ensuite : « *sans doute, il est aisé, aujourd'hui encore, de démontrer qu'au point de vue juridique, l'élection du député ne rentre pas dans la catégorie du mandat. Mais cette démonstration n'épuise point le débat. La question capitale qui subsiste en cette matière, est, en effet, de savoir si, malgré l'exclusion du mandat électif, l'organisation donnée par les Constitutions contemporaines au régime électoral, en ce qui concerne le corps des députés, n'aboutit pas, par d'autres voies, à assurer, plus ou moins hautement, la prépondérance de la volonté des corps des électeurs* ».

[523] Pierre BRUNET, *Vouloir pour la nation (…)*, op. cit., p. 309.

[524] *Les classifications en droit constitutionnel*, op. cit., p. 951.

direction du gouvernement »[525]. L'idée explicite serait de prôner la mise en place de mécanismes participatifs en matière législative, tels le veto, l'initiative populaire ou le référendum[526]. Mais, de manière plus ou moins implicite, elle entend décrire « *un système où sans doute le peuple, formellement, continue à n'avoir qu'un rôle électoral, où il n'agit que par représentants, mais où il est reconnu capable d'avoir relativement aux affaires nationales une volonté propre qu'il exprime par ses choix et à laquelle ses représentants devront, en principe, conformer leur action ; un système, par conséquent, où c'est le corps électoral lui-même qui décide tout au moins l'orientation générale de la politique nationale, et où le rôle du Parlement est d'exercer ses attributions en conformité avec l'opinion exprimée par les citoyens* »[527]. La conséquence logique d'une telle affirmation, qui voit dans le gouvernement représentatif un succédané de la démocratie directe et qui dès lors estime que la volonté des représentants doit être semblable aux vœux d'une opinion publique préexistante, consisterait en un retour au mandat impératif. Or, Julien LAFFERRIÈRE s'y oppose formellement, et ce pour deux raisons : d'une part, « *le mandat impératif supprimerait ce qui constitue sans doute l'avantage majeur du système des assemblées, la discussion, la confrontation d'opinions qui peuvent amener à corriger des points de vue résultant d'une information insuffisante ou d'une optique trop étroite* »[528]. L'utilisation de la rhétorique libérale ne laisse pas de place au doute ici : l'opinion publique naît de l'usage éclairé de leur raison par les représentants ; d'autre part, « *malgré son apparence, le mandat impératif est loin de s'accorder avec l'idée dont procède le gouvernement semi-représentatif. Dans ce dernier, ce que le peuple peut manifester par ses choix, c'est une volonté quant à l'orientation générale de la politique. Ce qu'implique le gouvernement représentatif, c'est une conformité d'ensemble de l'action des assemblées représentatives avec l'opinion du peuple ; or, le mandat impératif obligerait le député à maintenir au Parlement le point de vue de sa circonscription* »[529]. Il s'agit ici de comprendre cet argument en lien avec le premier. En effet, si l'opinion publique naît de la délibération d'arguments contraires et particuliers, il existe un risque de décomposition de cette

---

[525] *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Domat-Montchrestien, 2ème Éd., 1947, p. 422.

[526] Cf. infra.

[527] *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 421. Dans le même sens, André MATHIOT qualifie explicitement le régime semi-représentatif de « régime d'opinion » : « *lorsque s'est installé et consolidé en France le régime parlementaire, qui est un régime d'opinion, le Parlement a reçu la mission de veiller à un exercice du pouvoir qui soit conforme à la volonté du peuple : ce sont les élections générales qui doivent déterminer les grandes liges de la politique à suivre. Ainsi s'est formé un régime dénommé « semi-représentatif », où le pouvoir de décider appartient encore à l'assemblée élue, mais sous le contrôle et conformément à la volonté du corps électoral* », *Agonie de quelques vieux principes*, op. cit., pp. 87-88.

[528] Ibid., p. 426.

[529] Ibid., p. 426.

dernière en une multitude de points de vue. Or, l'opinion du peuple doit s'écrire au singulier : elle n'est pas la somme d'opinions individuelles géographiquement déterminées. De ce fait, paraphrasant Hans KELSEN, on pourrait dire qu'elle ne peut être respectée par les représentants qu'en gros et en règle générale. Dès lors, conclut LAFFERRIÈRE, « *il serait faux juridiquement, mais politiquement il serait à peine exagéré de dire que les assemblées sont devenues les instruments de la volonté du peuple sur les points où elle s'est manifestée avec une netteté suffisante. La volonté du corps électoral domine l'action des assemblées* »[530].

En conséquence, la dichotomie entre les interprétations politique et juridique du concept de représentation permet de réfuter la thèse de la représentation descriptive dont parle Hanna PITKIN et qui désire faire de la législature « *un miroir de la nation ou de l'opinion publique, ce peuple-miroir étant l'état de conscience publique, ou les mouvements sociaux et les forces économiques de la nation* »[531]. Comme le montre PITKIN, le refus de cette conception impose l'acceptation d'une représentation *trustee*[532] qui se fonde sur le lien de confiance et l'échange entre le représentant et le représenté[533]. Le rôle du représentant est d'agir dans l'intérêt du groupe, même s'il n'est pas lié par un mandat précis, tandis que si l'opinion publique est capable d'exercer ses vues, elle n'est jamais capable de les exercer directement. ORLANDO est particulièrement clair sur ce point et son propos mérite d'être cité en entier : « *il est certain que l'existence d'un accord entre les sentiments populaires et ceux des gouvernants, ne constitue pas un trait caractéristique des gouvernements représentatifs ; et, pour expliquer cet accord, il n'est nullement nécessaire de supposer l'existence d'un*

---

[530] Ibid., p. 420.

[531] *The concept of representation*, Berkeley, University of California Press, 1972, p. 61.

[532] L'auteur emploie aussi le terme d'*accountability*. Précisons que, dans son sens juridique, le terme de « trust » « *désigne une opération à trois personnes, imaginée et règlementée par les règles de l'Equity. Il consiste à remettre à une personne, le trustee, des biens que celui-ci devra gérer dans l'intérêt d'un tiers ou pour un but charitable* », Denis TALLON, *Trust*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1487.

[533] L'analogie entre les mécanismes permettant d'instaurer la confiance du peuple et l'opinion publique avait parfaitement été mis en évidence par Carl SCHMITT. Ainsi, après avoir souligné que « *le caractère insaisissable et inorganisable que ces idées prêtent à l'opinion publique se révèle en ceci que la réglementation légiconstitutionnelle utilise des notions dont le flou juridique chercher intentionnellement à éviter une définition précise et normative* », le juriste allemand cite immédiatement comme illustration l'article 54 de la Constitution weimarienne selon lequel « Le chancelier du Reich et les ministres du Reich ont besoin de la confiance du Reichstag pour exercer leurs fonctions ». L'auteur poursuit en précisant : « *certes les institutions et procédures ne peuvent pas appréhender et organiser complètement l'opinion publique, mais elles peuvent servir à l'exprimer et à la faire valoir, à lui donner une valeur de symptôme en plus de sa teneur officielle. En plus de sa signification immédiate (nomination d'un député ou réponse à une question posée), le résultat d'une élection ou d'une votation populaire possède toujours ce second sens* » *Théorie de la Constitution*, op. cit., pp. 388-389.

mandat entre les gouvernants et les gouvernés. […] *ce phénomène se rencontre dans toutes les formes du gouvernement et a une origine plutôt sociologique que juridique. Nous faisons allusion à la force de l'opinion publique, force occulte mais puissante, et dont l'influence est trop connue pour qu'il soit nécessaire de la démontrer ici. Le « milieu » de même qu'il détermine les transformations biologiques et psychologiques de l'individu, agit non moins puissamment sur la direction de la chose publique.* […] *Cela ne contredit pas la théorie de la sélection des capables ; au contraire, cela la complète, au point de vue politique, en y ajoutant ce critérium que, parmi les causes qui, subjectivement, déterminent cette sélection, doit être comprise la tendance de l'électeur à choisir une personne dont les idées soient plus conformes à celles qu'il professe lui-même* »[534]. Ces considérations interrogent également sur la responsabilité des représentants, responsabilité dont on sait qu'elle traduit des préoccupations de « *limitation, de contrôle, et de révocabilité de tous les détenteurs d'un pouvoir politique* »[535]. Là encore il convient de distinguer deux degrés de lecture : la responsabilité du représentant ne peut ici être juridique, puisqu'elle reviendrait à sanctionner par le droit une inadéquation entre le comportement de l'élu et les attentes de l'opinion ; elle est donc nécessairement politique[536] et/ou morale, ainsi que l'avait magistralement relevé Lowell[537]. Pourtant, si, conformément aux préceptes défendus par Locke, le lien entre représentants et représentés peut s'analyser en un

---

[534] *Du fondement juridique de la représentation politique*, op. cit., pp. 32-35.

[535] Denis Baranger, *Responsabilité politique*, in Alland Denis et Rials Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1357.

[536] « *Contrairement à ce que l'expression suggère malheureusement (et qu'on ferait bien d'abandonner, tant son inadéquation est grande et trompeuse), la responsabilité politique est à peu près tout ce qu'on voudra, sauf de la responsabilité, du moins si l'on emploie ce dernier vocable au sens usuel qu'il revêt en philosophie morale, ou surtout en droit. En étant assujetti à elle, le Gouvernement n'a en effet nullement à répondre de ses actes devant un agent juridictionnel qui aurait la faculté de la condamner à une peine ou à une réparation pour le tort qu'il aurait causé. Un gouvernement renversé n'est d'aucune manière un Gouvernement juridiquement sanctionné, dont l'action aurait été évaluée au regard de quelque « norme, principe ou standard » juridique : il n'est qu'un Gouvernement subissant le caprice de députés mal disposés à son égard, un point c'est tout* », Olivier Cayla, *La Constitution du constitutionnaliste*, critique, n°642, 2000, pp. 964-965.

[537] « *Représentation signifie responsabilité, mais de quoi et envers qui une assemblée représentative est-elle responsable ? Responsabilité en affaires publiques a deux significations bien distinctes : responsabilité politique envers les autres, envers un corps représentatif ou électoral, et responsabilité personnelle ou morale envers sa propre conscience, ou sens du devoir public.* […] *En matière de gouvernement, il faut, à la fois, responsabilité politique et responsabilité morale ; ni l'une ni l'autre ne doit faire défaut* », *La crise des gouvernements représentatifs et parlementaires dans les démocraties modernes*, rdp, 1928, pp. 573-575 ; Orlando abonde dans le même sens en écrivant que « *cette corrélation certaine, qui existe entre les idées et les opinions des électeurs et des élus, n'est pas en contradiction avec le caractère juridique du principe de la représentation tel que nous l'avons déterminé. Le mandat implique-t-il cette corrélation ? Juridiquement, non ; parce que le mandat, en droit, suppose exclusivement une transmission de pouvoirs. Les « idées » ne peuvent être l'objet d'un mandat juridique* », *Du fondement juridique de la représentation politique*, op. cit., p. 36.

acte de confiance, la permanence d'un certain nombre de techniques juridiques de révocation au sein d'États se réclamant pourtant du régime représentatif met en lumière son corollaire indispensable : la défiance[538].

Paragraphe 2. Les différentes formes de contrôle de l'opinion publique sur ses représentants : le renouveau de la société de défiance

Lorsqu'elle analyse le lien qui unit les gouvernants aux gouvernés, la doctrine insiste en règle générale sur un point qui lui paraît crucial : l'irrévocabilité des représentants dont ESMEIN considère qu'elle est « *dans le génie du gouvernement représentatif* »[539]. Au nom des principes attachés à l'idée de représentation, les constitutionnalistes semblent ainsi, dans leur grande majorité, rétifs à toute forme de révocation. En effet, outre le paradoxe qu'il y aurait à obtenir la révocation du député « *par une opération inverse, mais exactement correspondante à celle de l'élection, c'est-à-dire par un vote auquel seraient admis tous les électeurs de la circonscription, et suivant la loi de la majorité* »[540], la doctrine souligne surtout la contradiction apparente qui consisterait à autoriser une fraction de la souveraineté à mettre fin au mandat du représentant alors que depuis la Constitution de 1791 il est admis que « les représentants nommés dans les départements ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière et il ne pourra leur être donné aucun mandat ». Adhémar ESMEIN note à ce propose que « *ce droit de révocation prétendu procède exactement des mêmes principes que le mandat impératif* […] *il tombe devant les mêmes*

---

[538] Le doyen VEDEL avait parfaitement fait le lien entre ces deux faces d'une même médaille : « *la désignation de l'élu est essentiellement un acte de confiance : confiance en un homme ou en un parti. Le mandat très court, la révocabilité des élus vont directement à l'encontre du sens de l'élection en appelant la masse des citoyens à se pencher constamment sur la marche de la vie publique* », *Existe-t-il deux conceptions de la démocratie ?*, *Études*, janvier 1946, pp. 5-33, repris IN DE LAUBADÈRE André, MATHIOT André, RIVERO Jean et VEDEL Georges (Dir.), *Pages de doctrine*, T. I, op. cit., p. 196.

[539] *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 438.

[540] *Deux formes de gouvernement*, op. cit., p. 38. LOWELL va même plus loin en considérant que la révocation « *apparaît comme le moyen de se débarrasser d'un homme qui s'est montré indigne ; mais alors, c'et reconnaître l'incapacité du peuple de choisir des hommes dignes de confiance, avec l'espoir qu'une deuxième élection sera plus judicieuse que la première* », *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit, p. 149.

objections »[541]. Pourtant, si cette institution juridique ne fait pas florès en France[542], le mécanisme de révocation ne cessera de se développer au début du XXème siècle, notamment en Suisse ou aux États-Unis.

Le mécanisme qui existe en Suisse se nomme l'*Abberufungsrecht* (droit de rappel) et sa caractéristique majeure réside dans ce qu'elle est précisément une révocation collective et non individuelle. Elle correspond alors à une sorte de « *dissolution populaire* »[543]. Quoique ne fonctionnant que dans quelques cantons (Berne, Lucerne entre autres), elle a inspiré au début du siècle un certain nombre de Constitutions nouvelles de certains États tels que la Prusse (Constitution du 30 novembre 1920, art. 6), la Bavière (Constitution du 14 août 1919, § 30) ou la Saxe (Constitution du 1er novembre 1920, art. 9). L'important est ici que l'objection de la doctrine constitutionnelle tombe puisque c'est l'assemblée élue tout entière, et non chacun des membres pris isolément, qui est révoquée, et ce par l'ensemble du corps électoral. La réponse d'ESMEIN est à ce titre symptomatique en ce qu'elle se situe clairement sur un plan politique et non plus juridique : « *si, en effet, il ne soulève pas les mêmes objections de principe que les précédents, en ce qu'il n'est directement contraire ni à la souveraineté nationale, ni même au gouvernement représentatif, c'est le plus sûr instrument de trouble et la cause la plus profonde de discrédit pour les assemblées délibérantes. Il produit déjà cet effet dans le milieu restreint d'un canton suisse ; quelle puissance de décomposition n'aurait-il pas transporté dans un grand État ?* »[544].

---

[541] *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 441. ESMEIN rappelle ainsi l'article 11 du décret du 27 décembre 1789 édicté par la Constituante : « Ainsi les membres des assemblées de district et de département et les représentants à l'Assemblée nationale ne pourront jamais être révoqués et leur destitution ne pourra être que la suite d'une forfaiture jugée ». LOWELL partage également cet avis : « *la révocation, quant à un membre de la législature, suppose qu'il représente non la communauté tout entière, mais seulement sa circonscription ;* […] *la révocation suppose aussi que le représentant est essentiellement un délégué, qui a pour devoir faire triompher l'opinion prédominante de son district, au lieu d'être un fonctionnaire public chargé d'exercer son jugement sur les preuves qu'on lui apporte* », ibid., p. 149.

[542] Á l'exception d'une proposition de loi déposée par Émile CORNUDET à la Chambre des députés le 16 novembre 1896 et qu'ESMEIN présente de cette manière : « *elle s'appliquait à tous les mandats, qui donnent l'entrée dans une assemblée élective. Elle établit pour tous la même procédure. Lorsque les électeurs d'une circonscription, en nombre supérieur au chiffre des voix obtenues par l'élu, adresseraient une pétition à l'assemblée dont celui-ci fait partie, cette assemblée après avoir constaté que les pétitionnaires sont bien des électeurs régulièrement inscrits et ayant pris part au dernier vote, devrait sans débat prononcer la révocation de l'élu. Le sénateur ou député ainsi révoqué serait inéligible, pendant neuf ans, à toute fonction élective ; il devrait restituer à l'État les indemnités parlementaires qu'il aurait perçues* », ibid., p. 445.

[543] Ibid., p. 445. Dans le même sens, Joseph BARTHÉLÉMY et Paul DUEZ parlent d'une « *dissolution de l'Assemblée par le peuple* », *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 100.

[544] *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 446. L'auteur cite à l'appui de son propos ces paroles du professeur de Harvard William RAPPARD : « *Courte durée des fonctions, presse critique et*

Le *recall* américain, pour sa part, est, à l'époque où écrivent nos auteurs, en pleine expansion et demeure encore relativement méconnu pour la doctrine[545]. Jusqu'alors, la doctrine constitutionnelle française considérait, à l'exemple du premier titulaire de la Chaire de droit constitutionnel en France, qu'« *en Amérique, le député n'a pas de compte obligatoire à rendre, il est sans doute moralement responsable, il peut cesser de mériter la confiance de ses électeurs, il est sous l'action de l'opinion publique mais il n'a pas de compte légal, obligatoire, à rendre à ses commettants* »[546]. Pourtant, James BRYCE avait pour sa part une vision différente de la situation et estimait ainsi que « *l'opinion publique est un pouvoir qui ne se contente pas de choisir des agents exécutifs et législatifs à de certains intervalles, mais surveille et dirige toujours ces mandataires qui s'adressent à elle non pas seulement pour lui demander un vote de confiance au moment où arrivent les élections générales, mais encore pour lui demander des instructions auxquelles ils s'empressent d'obéir dès qu'ils ont en compris le sens* »[547]. Cette position, spécifique à la doctrine constitutionnelle américaine, s'explique assez facilement. Il est en effet admis aux États-Unis que les représentants expriment leur propre volonté, en vertu d'une habilitation, la volonté du peuple souverain n'étant réputée énoncée que dans la Constitution. La loi n'est donc pas l'expression de la volonté générale mais le fruit d'un compromis entre des intérêts divergents. La doctrine constitutionnelle américaine du début du XXème siècle, éminemment libérale et attachée au gouvernement représentatif, va pourtant, au nom de la souveraineté populaire, justifier l'introduction de la procédure de *recall*, obligeant à

honnête, opinion publique vigilante, conditions politiques simples, étroitesse de l'arène politique, possibilité de législation directe, position subordonnée du judiciaire qui n'a pas comme en Amérique le droit de refuser d'appliquer les lois lorsqu'elles paraissent en conflit avec l'esprit de la constitution : toutes ces circonstances combinées rendent la révocation populaire superflue en Suisse », *Initiative, Referendum and Recall in Switzerland*, Annals of the American Academy of political and social science, 1912, p. 129. De manière surprenante, l'opinion publique libre et éclairée doit être vigilante mais ne peut pas utiliser la procédure de *recall*. Elle contribue donc au renforcement du gouvernement représentatif, là où le *recall* ne ferait que le déstabiliser. Il est donc certain que « *la relation énoncée entre opinion publique et volonté des Représentants dans le gouvernement représentatif dont Adhémar Esmein expose la théorie semble être dialectique, tantôt la relation est d'identité, tantôt la relation est différence, jouant pour ainsi dire simultanément. Cette dialectique est tension, jamais comblée, toujours permanente. C'est elle qui apparaît définir la spécificité du gouvernement représentatif comme forme et système de gouvernement* », Alexis MICHEL, *Le gouvernement parlementaire dans la pensée d'Adhémar Esmein*, Mémoire de DEA, dactyl., Paris II, 2002, p. 29.

[545] La littérature française sur le sujet est d'ailleurs toujours étonnamment peu dense. Tout au plus peut-on signaler James W. GARNER, *La révocation des agents publics par le peuple aux États-Unis*, RDP, 1920, pp. 507-520 ; André HAURIOU, *Le droit de révocation populaire*, op. cit., pp. 63-75 ; Yves MENY, *Initiative populaire, référendum et recall dans les États américains*, POUVOIRS, n°7, 1978, pp. 107-113 ; Denis GIRAUX, *La révocation populaire aux États-Unis, une procédure démocratique méconnue*, IN OWEN Bernard (Dir.), *Le processus électoral : permanences et évolution*, Paris, Studyrama, Coll. Panorama du droit – Recherche, 2006, pp. 92-107.

[546] Pellegrino ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, T. IV, Paris, Guillaumin et Cie, 1867, p. 5.

[547] *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 400.

reconsidérer les propos de Pellegrino ROSSI. Établie pour la première fois en 1903 dans la ville de Los Angeles, puis constitutionnalisée par l'État d'Oregon en 1908 et par l'État de Californie en 1911, la procédure de *recall* a depuis connu un succès important à tel point qu'environ trente-six États pratiquent une forme de révocation populaire dont la dimension politique est incontestable[548]. Si les modalités (nombre de signatures exigées[549], modalités du vote[550]) diffèrent selon les États, la procédure, que l'on qualifie aussi parfois de « fusil derrière la porte », connaît un succès considérable et voit un certain nombre d'États étrangers l'adopter[551]. Pourtant, cette procédure ne semble pas exempte d'un certain nombre de critiques. Si, historiquement, le *recall* avait justement été créé pour lutter contre le développement de la corruption des élus suite à certains mouvements d'opinion, il met aujourd'hui en exergue le poids, notamment économique, des divers groupes d'intérêts dans la collecte des signatures, puisqu'on estime, par exemple, à un million de dollars le coût d'une révocation en Californie. Le coût de la campagne influe ainsi sur la formation de l'opinion publique et sur la sincérité de l'information qui est

---

[548] Comme l'indique Denis GIRAUX, « *dix-huit États permettent la révocation des élus/fonctionnaires de l'État* (state officials) *mis en cause et trente-six autorisent le renvoi populaire des divers élus locaux* (local officials). *Seuls sept États requièrent des raisons spécifiques pour justifier le recall, ce qui montre bien l'aspect politique l'emporte généralement sur celui juridique* », *La révocation populaire aux États-Unis (…)*, op. cit., p. 96. Pour une illustration, on peut citer la Pétition proposée en 2003 pour le rappel du gouverneur de Californie Gray DAVIS : « *les raisons pour que le gouvernement soit rappelé sont les suivantes : gestion épouvantable des finances de Californie, en dilapidant l'argent des contribuables, en menaçant la sécurité publique, par la réduction drastique des finances des collectivités locales, en s'avérant incapable d'expliquer le coût exorbitant du grand fiasco énergétique, et en s'avérant plus généralement incapable de traiter les grands problèmes de l'État avant qu'ils ne dégénèrent en crises graves. La Californie ne doit plus être connue comme l'État qui a de mauvaises écoles, des embouteillages monstres, des facturations extravagantes des services publics et d'énormes dettes, toute cela résultant d'une gestion épouvantable* », cité par Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, op. cit., p. 215.

[549] Le pourcentage de signatures requises est calculé « *compte tenu de la poussée démographique constante, en pourcentage généralement par rapport à la participation à l'élection de l'élu mis en cause et c'est fréquemment autour de 25 %* », Denis GIRAUX, *La révocation populaire aux États-Unis (…)*, op. cit., p. 96.

[550] « *Les choix institutionnels effectués sont loin d'être neutres quant aux chances plus ou moins fortes, selon les procédures, pour la personne mise en cause d'être maintenue en poste ou pas. En effet, il y a trois solutions retenues par les textes : 1/ soit le recall a lieu en même temps que l'élection du nouveau fonctionnaire, donc simultanément ; 2/ soit la révocation a lieu seule, puis une élection spéciale est organisée si le premier vote est négatif ; 3/ soit on demande simplement aux électeurs s'ils veulent révoquer, comme dans le deuxième cas, et, lors d'une votation ultérieure, on présente un candidat sélectionné par le parti dont est issu le révoqué* », ibid., p. 99.

[551] Cf. article 60-2 de la Constitution autrichienne, article 72 de la Constitution du Venezuela par exemple.

transmise au corps électoral[552], favorisant par là même les discours démagogiques et populistes[553]. En outre, la procédure de révocation est le plus souvent présentée comme une modalité d'exercice de la souveraineté, une forme de démocratie directe équivalente au référendum d'initiative populaire[554]. Cette analogie semble pourtant hasardeuse et témoigne, d'une part de l'embarras de la doctrine devant ce type de mécanismes[555], et d'autre part de l'ambiguïté d'un certain nombre d'instruments présentés comme participatifs. Comme l'avait souligné LOWELL, la révocation est davantage « *un symptôme de défiance à l'égard du gouvernement représentatif et un autre procédé pour empêcher l'inconduite plutôt que pour améliorer les conditions dans lesquelles la législature fonctionne* »[556]. La procédure de révocation correspond sans doute moins à une procédure de démocratie directe qu'à une tentative d'institutionnaliser le Tribunal de l'opinion publique dont parle la doctrine[557]. Pierre ROSANVALLON considère par exemple que la procédure du *recall* est ainsi « *de l'ordre d'une appréciation, d'un jugement sur les actions d'une personne déterminée* [et] *vise principalement à restaurer une « bonne » représentation en sanctionnant des officiers publics suspectés de malhonnêteté ou d'incompétence. Les citoyens qui votent lors d'un recall agissent en fait collectivement comme un jury statuant sur les accusations portées par les initiateurs de la pétition (qui, eux, agissent sur le mode d'un Grand Jury). Ces citoyens sont donc des juges et non des*

---

[552] La Cour suprême américaine a admis que le nombre de signatures de devait pas obligatoirement se faire par des électeurs inscrits, laissant se développer un véritable marché politique, Buckley v. AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (97-930) 525 U.S. 182 (1999). Cf. également Jean-Pierre LASSALE, *La démocratie américaine. Anatomie d'un marché politique*, Paris, Armand Colin, Coll. Université Science Politique, 1991. Pour des développements sur l'encadrement juridique des campagnes électorales américaines, cf. infra.

[553] « *Il est possible non seulement de trouver des entreprises qui vendent un référendum clés en main, avec conditionnement et profilage, mais aussi de rémunérer les récoltants de signatures* », Denis GIRAUX, *La révocation populaire aux États-Unis (…)*, op. cit., p. 98.

[554] En ce sens, cf. Guy SCOFFONI, *La démocratie participative dans les États fédérés américains*, IN ROBBE François (Dir.), *La démocratie participative*, op. cit., pp. 100-101.

[555] Par exemple, Julien LAFFERRIÈRE estime que « *ce sont là des procédés qui ne sont peut-être pas absolument inconciliables avec le gouvernement représentatif puisque, malgré tout, le rôle des citoyens reste simplement électoral. Néanmoins, ils s'accordent mal avec l'esprit du gouvernement représentatif puisqu'ils tendent à annihiler l'indépendance des représentants* », *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 429.

[556] *L'Opinion publique et le Gouvernement populaire*, op. cit., pp. 149-150.

[557] En ce sens, Norberto BOBBIO explique qu'« *avec le représentant révocable – par opposition au représentant délié de tout mandat impératif – on est déjà plus près de la démocratie directe.* […] *Mais, même dans ce cas, parler de démocratie directe ne convient pas. Pour qu'il y ait démocratie directe au sens propre, c'est-à-dire que l'individu participe lui-même à la délibération qui le concerne, il faut que n'intervienne aucun intermédiaire entre les individus délibérants et la délibération qui les concerne. Le délégué, même révocable, est un intermédiaire* », *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 146.

électeurs »[558]. Se trouve donc mise en avant la double facette de l'opinion publique, à la fois corps électoral et tribunal irrésistible capable de sanctionner les représentants qu'elle ne désire plus.

Conclusion Chapitre 1

> *« En accordant à l'opinion publique cette influence qui lui appartient, on a varié sur la portion de pouvoir à lui accorder dans le système politique : on a vu qu'elle pouvait éclairer, mais qu'elle ne saurait conduire ; qu'elle pouvait juger et non gouverner ; et, après de malheureuses expériences, il a été prouvé qu'elle pouvait entrer comme partie dans la combinaison du pouvoir, mais qu'elle ne pouvait être le pouvoir même, parce que cette opinion mobile, inconstante, emportée, n'offre aucune consistance, aucune garantie de repos, si on ne la combine pas avec les bases les plus immuables de la légitimité et de l'hérédité »*[559].

Prise dans une acception stricte, la démocratie représentative peut être considérée comme une démocratie d'opinion. Dans une perspective démocratique, l'opinion publique s'assimile au corps électoral tandis que la philosophie rationaliste la comprend comme le produit de la délibération des membres de l'Assemblée. Bien sûr, parce que « *l'État parlementaire est une application particulière – et importante d'un point de vue historique – du principe de la représentation* », il n'est pas possible de nier que ce qui est en jeu de manière plus générale c'est la question du régime représentatif compris comme un État « *où les principales délibérations politiques sont confiées à des représentants élus* »[560]. Il est donc légitime que, essentiellement depuis le milieu du XIXème siècle, le régime de l'élection entretienne un rapport de complémentarité avec le gouvernement d'opinion. L'avènement d'une mesure quantitative de l'opinion, via les sondages électoraux, ne cessera d'ailleurs d'amplifier ce phénomène. En d'autres termes, « *l'opinion publique évoque toujours, peu ou prou, le peuple des électeurs* »[561]. Cette identification est loin d'être négligeable. Mais l'on peut également avec Maurice Hauriou considérer que « *dire que le gouvernement représentatif aboutit au régime électoral, cela n'est pas suffisant pour le caractériser. Le régime électoral*

[558] *La contre-démocratie*, op. cit., p. 212. André Hauriou avait également insisté sur ce point puisque selon lui la procédure de *recall* « *a le tort de confier le jugement du fonctionnaire coupable au plus mauvais et au plus passionné des juges, c'est-à-dire le peuple lui-même* », *Le droit de révocation populaire*, op. cit., p. 74.

[559] Eugène François Auguste d'Arnaud, baron de Vitrolles, *Du ministère dans le gouvernement représentatif*, Paris, Dentu, 1815, pp. 4-5.

[560] Norberto Bobbio, *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 137.

[561] Dominique Reynié, *Opinion publique*, in Perrineau Pascal et Reynié Dominique (Dir.), *Dictionnaire du vote*, Paris, puf, 2001, p. 703.

lui-même est l'organisation d'éléments plus profonds ; savoir la confiance des sujets et l'opinion du public »[562]. En effet, l'élection n'épuise pas la substance de l'opinion publique qui continue à jouer un rôle politique majeur en dehors du jour du scrutin, notamment en obligeant l'élu à rechercher son onction. Comme l'écrivait joliment le Doyen VEDEL, les gouvernants se retrouvent ainsi confrontés à un double comportement contradictoire puisque « *l'opinion* […] *sert à la fois à investir les gouvernants et à les combattre, à leur laisser la bride sur le cou et à leur serrer. La démocratie suppose à la fois que l'élu combatte l'opinion et qu'il s'y soumette* »[563].

Chapitre 2. La conquête du pouvoir dans une démocratie d'opinion

« Il est toujours possible, il est plus que jamais possible de faire […] une campagne électorale honnête. La conscience publique est plus que jamais le juge souverain. Et les hommes doivent être pesés un à un. Qu'ils se présentent donc seuls aux suffrages du peuple ! Pas de listes où les fripons coudoient les honnêtes gens ! Pas d'investiture qui nous dispense du contrôle ! »[564].

Si la campagne électorale est sans conteste un « *moment symbolique privilégié* »[565], elle sert avant tout à une meilleure information du citoyen dans le processus de sélection des gouvernants. En d'autres termes, la propagande électorale a officiellement pour objectif de contribuer à une meilleure information du citoyen afin de ne pas vicier son choix au moment de désigner ses représentants. Mais cette *praxis* repose sur un double postulat contradictoire : d'une part, assurer la transparence de la campagne électorale permet à l'information de circuler librement, condition *sine qua non* pour l'émergence d'une opinion publique éclairée ; d'autre part, l'opinion publique est parfois comprise comme la somme d'individus muets et passifs qu'il s'agirait de

---

[562] Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 158.

[563] Georges VEDEL, *Le rôle de l'opinion en démocratie*, op. cit., p. 310.

[564] René CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, op. cit., p. 337.

[565] Jacques GERSTLÉ, *La communication politique*, Paris, Armand Colin, Coll. Compact civis, 2004, p. 137. L'auteur ajoute : « *la campagne électorale se présente donc comme une séquence privilégiée de construction de la réalité politique à laquelle contribuent tous les acteurs selon leurs ressources, leurs contraintes et leurs intérêts.* […] *De cet affrontement symbolique va résulter non seulement l'issue électorale immédiate mais aussi la nouvelle configuration des interprétations politiques.* […] *L'enjeu de la communication électorale n'est rien moins que le contrôle de la construction d'une réalité à travers les représentations car c'est en fonction de ces représentations que les conduites vont s'orienter* », pp. 138-139.

séduire et de conquérir. La conquête du pouvoir dans une démocratie d'opinion repose donc sur cette tension inéluctable entre propagande et information Les notions de sincérité du scrutin, au cœur même du droit électoral, et celle de libre discussion politique apparaissent alors comme indissociables du principe démocratique (**Section 1**). Cependant, avec l'avènement de nouveaux moyens de communication, la compétition électorale semble en profonde mutation. Ainsi, puisque l'on s'accorde à penser que « *dans les affrontements devant l'opinion ou devant l'électeur, un minimum d'égalité d'accès aux moyens d'information et de propagande soit assuré* »[566], il importe que le modèle juridique démocratique tente d'encadrer les nouveaux enjeux de la communication politique que sont l'argent et les sondages d'opinion électoraux (**Section 2**).

Section 1. Sincérité de la campagne électorale et libre discussion politique : deux notions interdépendantes

Dans la démocratie représentative, ainsi que la Cour Européenne l'a affirmé, élections libres et liberté d'expression (en particulier liberté du débat politique) « *constituent l'assise de tout régime démocratique* », sont « *interdépendantes et se renforcent l'une l'autre* »[567]. Dès lors, la construction d'un espace public où les gouvernants seraient sous le contrôle attentif de l'opinion publique passe par la reconnaissance d'une libre discussion politique (**Sous-section 1**). En d'autres termes, puisque l'élection est naturellement placée au cœur du système dont elle est à la fois l'expression et la garantie, « *il est indispensable de faire en sorte que le droit de suffrage accordé à chaque citoyen puisse s'exercer dans des conditions telles que sa volonté réelle soit déterminante pour la désignation des élus* »[568]. Cependant, l'émergence des moyens de communication de masse a profondément modifié les conditions de la polémique électorale (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. Le caractère nécessaire de la polémique politique

La liberté d'expression permet l'existence d'un espace pluriel où chacun peut contribuer au libre débat d'opinions politiques et à la vie de la Cité. Ainsi que le rappelle Stephen Breyer, « *la liberté active est particulièrement menacée quand le droit limite toute forme d'expression directement liée à la formation de l'opinion publique, c'est-à-dire le discours politique en général, qu'il s'agisse des campagnes*

[566] Georges Vedel, *Vers le régime présidentiel ?*, rfsp, Vol. 14, n°1-1964, p. 31.

[567] CEDH, 19 février 1998, Bowman c. Royaume-Uni, § 42.

[568] Richard Ghevontian, *La sincérité du scrutin*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°13, 2002, p. 61.

électorales ou des orientations de politique publique. Ce risque spécifique justifie que l'on fasse peser sur toute forme de limitation du discours politique une forte présomption d'inconstitutionnalité. Le juges devront se livrer à un examen très minutieux chaque fois que le discours en question contribue à façonner l'opinion publique […] »[569]. Dans ce contexte, on doit comprendre la polémique politique comme « *un mode exceptionnel d'interaction discursive* »[570] ; la rhétorique, et ce dès l'origine, s'est en effet constituée comme méthode du politique, comme une sorte d'idéal démocratique de communication qui se substituerait à la violence physique[571]. En d'autres termes, le propre de la polémique réside dans la nature de l'échange verbal ou textuel qui légitime parfois certains écarts et violences, sans que les conséquences ne dépassent le cadre de la joute polémique. Le caractère quelque peu équivoque de la polémique se retrouve parfaitement dans la jurisprudence[572]. Ainsi est-il connu que les juridictions se sont dans un premier temps attachées à garantir aux acteurs et aux commentateurs du jeu politique une liberté particulièrement étendue (PARAGRAPHE **1**). Toutefois, « *la liberté de discussion politique ne revêt assurément pas un caractère absolu* »[573] et le législateur peut alors la restreindre, pour peu que la restriction soit nécessaire dans une société démocratique et proportionnée au but recherché (PARAGRAPHE **2**).

Paragraphe 1. Le droit de critiquer les hommes politiques, corollaire de la liberté d'expression

La liberté d'expression comporte nécessairement le droit à la critique. Dans le cas d'une discussion de faits ou d'idées de caractère essentiellement intellectuel, le juge donne la priorité au droit à la critique sur la protection de la personne faisant l'objet de la polémique. Si les

---

[569] *Pour une démocratie active*, Paris, Odile Jacob, 2007, p. 71. Reprenant la distinction de Benjamin CONSTANT entre la liberté des Anciens et la liberté des Modernes, Justice BREYER définit la liberté active comme « *le droit des citoyens de participer à une démocratie qui s'autogouverne* », p. 43.

[570] Christian PLANTIN, *Des polémistes aux polémiqueurs*, IN DECLERQ Gilles (Dir.), *La parole polémique*, Paris, Éd. Champion, 2003, p. 390.

[571] Chaïm PERELMAN écrit par exemple que « *l'usage de l'argumentation implique que l'on a renoncé à recourir uniquement à la force, que l'on attache un prix à l'adhésion de l'interlocuteur, obtenue à l'aide d'une persuasion raisonnée, qu'on ne le traite pas comme un objet, mais que l'on fait appel à sa liberté de jugement. Le recours à l'argumentation suppose que l'établissement d'une communauté des esprits qui, pendant qu'elle dure, exclut l'usage de la violence. Consentir à la discussion, c'est accepter de se placer du point de vue de l'interlocuteur, c'est ne s'attacher qu'à ce qu'il admet et ne se prévaloir de ses propres croyances que dans la mesure où celui que nous cherchons à persuader est disposé à leur accorder son assentiment* », (en *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (en collaboration avec Lucie OLBRECHTS-TYTECA), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 5ème Éd., 1988, p. 34.

[572] Cf., Patrick WACHSMANN, *La polémique face au droit de la presse*, IN ibid., pp. 297-323.

[573] CEDH, 23 avril 1992, CASTELLS C. ESPAGNE, § 46.

hommes politiques bénéficient d'une assez large protection de leurs opinions (**Sous-Paragraphe 1**), la presse, et plus particulièrement les journalistes, bénéficient quant à eux d'une liberté d'expression très peu limitée (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. L'homme politique, acteur direct de la polémique politique

Dès 1810, Benjamin CONSTANT constate que « *les individus doivent jouir d'une entière liberté d'opinion soit intérieure, soit manifestée, aussi longtemps que cette liberté ne produit pas des actions nuisibles. Lorsqu'elle en produit, elle se confond avec ses actions et doit être à ce titre punie et réprimée. Mais l'opinion séparée de l'action doit rester libre. La seule fonction de l'autorité est de la renfermer dans son domaine propre, la spéculation et la théorie* »[574]. La société démocratique se doit ainsi d'accepter le risque de la contestation, la libre discussion des idées étant indispensable à son progrès. Une telle définition semble retenue tant par la doctrine[575] que par le juge. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle rappelé par exemple que, « *précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition, tel le requérant, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts* »[576]. Dès lors est-il reconnu que la libre critique des institutions permet un renforcement de l'espace public, pour autant que celle-ci n'incite pas à la haine ou au recours à la violence[577]. Le rôle de l'homme politique y est particulièrement mis en avant : en effet, « *dans un système démocratique, ses actions ou omissions doivent se trouvées placées sous le contrôle attentif non seulement du pouvoir législatif et judiciaire, mais aussi de la presse et de l'opinion publique. En outre, la position dominante qu'il occupe lui commande de témoigner de retenue dans l'usage de la voie pénale, surtout s'il a d'autres moyens de répondre aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires ou des médias* »[578].

---

[574] *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, op. cit., pp. 459-460.

[575] Cf. Patrice ROLLAND, *Du délit d'opinion dans la démocratie française*, Mélanges Mourgeon, op. cit., pp. 645-670.

[576] CEDH, CASTELLS C. ESPAGNE, précité, § 42. Voir aussi CEDH, 27 février 2001, JÉRUSALEM C. AUTRICHE, § 36. La Cour précise que les membres des partis politiques « *représentent leurs électeurs, signalent leurs préoccupations et défendent leurs intérêts* » et qu'à ce titre, ils ont droit à une protection accrûe de leurs propos, CEDH, 9 juin 1998, INCAL C. TURQUIE, § 54.

[577] Selon la Cour, il s'agit là de « *l'élément essentiel à prendre en considération* », CEDH, 4 mai 2006, ALINAK ET AUTRES C. TURQUIE, § 35. cf. Mario OETHEIMER, *La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine*, RTDH, n°69, 2007, pp. 63-80.

[578] CEDH, CASTELLS C. ESPAGNE, précité, § 46. M. Castells, avait dans un périodique dressé une longue liste de meurtres et attentats perpétués au Pays basque. Soulignant qu'ils étaient restés impunis, il les attribuait à certaines organisations extrémistes avant de mettre en cause la responsabilité du gouvernement. Le Tribunal suprême avait condamné M. Castells pour injure, tout en déclarant irrecevable l'exception de

Cette protection du discours politique se traduit par l'absence de poursuites pour les propos tenus dans l'Hémicycle ; ainsi, les parlementaires, députés ou sénateurs, bénéficient des immunités traditionnelles : l'inviolabilité, qui se rattache à la personne de l'élu, et surtout l'irresponsabilité[579], en vertu de laquelle « aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions »[580]. Les immunités participent bien de la démocratie d'opinion en ce qu'elles permettent de protéger le caractère public de l'opinion[581] et la conflictualité inhérente au politique[582]. Si la quasi-totalité de la doctrine[583] est favorable à l'institutionnalisation des immunités parlementaires, c'est donc parce qu'elles ont pour objectif « *de concilier la nécessaire indépendance fonctionnelle dont devaient bénéficier les législateurs et contrôleurs du gouvernement, avec le souhait de respecter l'égalité de tous les citoyens et de ne plus créer de privilèges* »[584].

Protection du rôle du Parlement et protection des membres qui le composent semblent ainsi intimement liées. Reste que pour Olivier BEAUD, « *la question de savoir si telle ou telle opinion est*

---

vérité.

[579] Les immunités parlementaires « *se rattachent intimement aux exigences primordiales du régime représentatif et au jeu normal des institutions dans les gouvernements constitutionnels.* [Elles] *tiennent à l'économie de la division des pouvoirs et au principe de la souveraineté législative. Elles sanctionnent pratiquement l'indépendance et la liberté du parlement dans l'accomplissement de sa mission. Elles s'identifient en quelque sorte avec le droit de la nation de manifester sa volonté par l'organe de ses mandataires* ». Proposition de loi déposée par le sénateur belge M. Descamps la 4 avril 1900 rapportée par Eugène PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 2è Éd., Paris, Librairies-Imprimeries réunies, 1902, réédition, Paris, Loysel, 1989, p. 1211.

[580] Article 26 de la Constitution du 4 octobre 1958. Des dispositions similaires existent aux articles 68-1 de la Constitution italienne et 58 de la Constitution belge. Historiquement, le système des immunités fut consacré par le *Bill of Rights* du 13 février 1689 et son corollaire le *freedom from arrest* qui soustrait les actes des parlementaires à toute ingérence extérieure. En France, il faut attendre le décret du 23 juin 1789 qui, sur proposition de MIRABEAU, consacre l'inviolabilité de la personne de chaque député et le principe de l'irresponsabilité pour les avis, opinions et discours faits par lui aux États généraux.

[581] « *Le caractère public de l'opinion, protégé par la liberté de parole, de presse, de réunion, et par des immunités parlementaires, signifie, dans les systèmes libéraux, liberté d'opinion, avec toute la riche et féconde signification que possède le mot dans ce système* », Carl SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, op. cit., p. 49.

[582] « *Le Parlement devient ainsi un champ de bataille, et ses délibérations dégénèrent en une lutte perpétuelle entre ceux qui détiennent le pouvoir et ceux qui ne sont plus en fonctions* », James BRYCE, *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 140.

[583] Á notre connaissance, la critique la plus virulente est à mettre au crédit de Hans KELSEN qui considérait que « *si au cours de sa longue existence, le parlementarisme ne s'est pas acquis les sympathies non seulement des masses mais bien moins encore des hommes cultivés, les abus qui résultent du privilège absolument désuet de l'immunité n'en sont pas les moindres responsables* », *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 49.

[584] Jean MORANGE, *Le statut du discours politique (le droit français à l'épreuve du droit européen)*, Mélanges Jeanneau, Dalloz, 2002, p. 418.

couverte par cette irresponsabilité dépend du lieu où elle a été prononcée »[585]. Selon cet auteur, il serait possible de démontrer que l'irresponsabilité ne vaut que parce qu'elle émane de l'enceinte parlementaire. Pour étayer sa démonstration, l'auteur s'appuie sur l'article 9 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 qui dispose que « *ne donneront ouverture à aucune action les discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat ainsi que les rapports ou toute pièce imprimée par ordre de l'une de ces deux assemblées* ». Ces analyses semblent confirmées dans un premier temps par la jurisprudence tant interne qu'européenne qui privilégie une interprétation stricte des actes couverts par l'irresponsabilité. Ainsi, la Cour de cassation jugea en 1988 que les propos du Président de la commission des lois au cours d'une émission radiodiffusée ne présentaient pas le caractère d'actes de la fonction parlementaire[586]. De son côté, la Cour européenne semble déterminée à intégrer sous un régime d'irresponsabilité tout acte relevant de la liberté d'expression de l'élu, dans l'exercice des ses fonctions. Par exemple, dans l'affaire JÉRUSALEM C. AUTRICHE, Mme Jérusalem, membre d'un conseil municipal, et ne bénéficiant à ce titre d'aucune irresponsabilité, est attaquée pour avoir tenu des propos qualifiés d'injurieux et dénués de fondements. Mme Jérusalem est également membre du Parlement du Land et à ce titre bénéficie d'une irresponsabilité. La Cour relève que « *les propos en cause ont été tenus au cours d'un débat politique du conseil municipal* […]. *Le fait que ce débat ait eu lieu devant le conseil municipal n'est pas décisif. Que les propos de la requérante aient été ou non couverts par l'immunité parlementaire, la Cour estime qu'ils ont été prononcés dans une instance pour le moins comparable au Parlement pour ce qui est de l'intérêt que présente, pour la société, la protection de la liberté d'expression des participants* » ; et de conclure que « *dans une démocratie, le Parlement ou des organes complémentaires sont des tribunes indispensables au débat politique* »[587]. Le juge de Strasbourg a donc dans un premier temps une position plus ambiguë : tout en mettant en avant le rôle joué par les lieux où s'exprime la

---

[585] Olivier BEAUD, *Ordre constitutionnel et ordre parlementaire (…)*, op. cit., pp. 88-89. L'auteur s'appuie essentiellement ici sur les travaux de Maurice HAURIOU qui considérait que, « *en dehors de ce qui est strictement la fonction parlementaire (participation à la séance, aux travaux des commissions…) :* […] *qu'il parle dans une réunion publique, dans un conseil général ou dans un conseil municipal, ou qu'il écrive dans un journal, le député n'est plus qu'un simple citoyen soumis aux responsabilités ordinaires* », *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 533.

[586] C. Cass., 7 mars 1988, RAYMOND FORNI. Dans cette affaire, la Haute juridiction judiciaire a réduit le champ d'application de l'art. 26-1 de la Constitution aux activités prévues au Titre IV et V respectivement consacrées au Parlement et aux rapports entre Parlement et gouvernement. Le juge judiciaire estime ainsi que les activités parlementaires recouvrent les conditions et les modalités de la participation de la représentation nationale au travail législatif.

[587] CEDH, JÉRUSALEM C. AUTRICHE, préc., § 40.

représentation nationale, il affirme que n'entre pas ici en jeu le mécanisme de l'immunité parlementaire. Mais par la suite, le juge européen est venu préciser le régime des immunités : si l'immunité « *poursuit le but de protéger les intérêts du Parlement dans son ensemble* »[588] et non point les intérêts des députés à titre individuel, l'exercice des fonctions s'étend à tout ce qui se rattache à l'activité parlementaire, même en dehors de l'hémicycle parlementaire[589]. *A contrario* donc, l'immunité parlementaire ne peut s'étendre à des opinions « *n'ayant pas de correspondance substantielle avec des actes parlementaires préalables dont le représentant concerné pourrait passer pour s'être fait l'écho* », au risque de contrevenir au droit à un tribunal[590].

En d'autres termes, il nous semble que la libre expression des hommes politiques ne se limite pas à l'assemblée délibérante mais peut très bien s'étendre à des moyens de communications privés. Il apparaît en effet d'évidence que « *le cœur de la vie politique nationale n'est peut-être plus seulement le Parlement, mais en partie les médias* »[591]. Ainsi, la Cour européenne rappelle-t-elle que « *sans doute M. Castells ne s'était-il pas en l'espèce prononcé à la tribune du Sénat, ainsi qu'il l'aurait pu sans risque de sanctions, mais dans un périodique. Il ne perdait pas pour autant le droit de critiquer le*

[588] A. c. Royaume-Uni du 17 décembre 2002, § 85. Dans cette affaire, la requérante, qualifiée de « voisins infernaux » par un député à la tribune de la Chambre des communes, s'est vu opposée l'idée selon laquelle l'immunité parlementaire ne saurait en principe être considérée comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 de la Convention. Ainsi la gravité et la gratuité des propos tenus « *ne sauraient altérer sa conclusion quant à la proportionnalité de l'immunité parlementaire en cause, car la création d'exceptions à cette immunité, dont l'application serait alors fonction des faits particuliers à chaque cause, aurait pour effet de saper considérablement les buts poursuivis* », § 88.

[589] CEDH, 30 janvier 2003, Cordova (n°1 et 2) c. Italie. En l'espèce le requérant, magistrat, avait reçu du Président de la République italienne un certain nombre de courriers sardoniques lui reprochant d'avoir mené une enquête à l'encontre de l'un de ses amis (Affaire n°1) et s'était vu pris à partie par un député à l'occasion d'une réunion électorale en des termes particulièrement grossiers et outrageants (Affaire n°2). La Cour a estimé que les déclarations litigieuses ne sont pas liées à l'exercice de fonctions parlementaires *stricto sensu* mais s'inscrivent plutôt « *dans le cadre d'une querelle entre particuliers* », § 62. Dès lors, ainsi que le souligne un commentateur, « *si l'immunité parlementaire est assurément nécessaire pour garantir la libre expression des représentants du peuple, elle ne peut cependant priver une personne lésée par des paroles outrageantes et diffamatoires, prononcées au dehors de l'enceinte du Parlement et ne présentant aucun lien avec l'activité parlementaire de leur auteur, de la possibilité d'exercer un recours juridictionnel au seul motif qu'elles ont été proférées par un membre d'une assemblée législative* », Frédéric Krenc, *La règle de l'immunité parlementaire à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, rtdh, n°55, 2003, p. 820.

[590] Cordova c. Italie 1, précité, § 65. Dans le même sens, Jean-Paul Costa souligne qu'« *il n'est d'ailleurs pas exclu que certains États ayant ratifié la Convention évoluent et fassent de l'immunité parlementaire une règle moins absolue, ce qui serait d'ailleurs assez logique : la protection du législateur contre le Roi ou le chef de l'État, à la source de cette institution, ne saurait fonder automatiquement, de nos jours, une impunité totale lorsque des personnes privées sont mises en cause et lésées* », *Le droit à un tribunal, et ses limites, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges Buffet, *La procédure dans tous ses états*, Paris, Petites Affiches, 2004, p. 167.

[591] Didier Baumont, *Liberté d'expression et irresponsabilité des députés*, cdrf, n°2, 2003, p. 47.

gouvernement »[592]. Ainsi, si les propos s'insèrent dans le cadre d'un lien étroit avec l'exercice de sa fonction, le parlementaire est alors protégé par une irresponsabilité nécessaire au libre éclairage du citoyen. L'espace médiatique, caractéristique de la démocratie d'opinion, n'est dès lors pas exclu du champ de protection offert au parlementaire[593].

Si la Cour européenne a tenu à réaffirmer que « *rien dans sa jurisprudence ne permet de distinguer* […] *entre le débat politique et la discussion d'autres problèmes d'intérêt général* »[594], il n'en demeure pas moins que la démocratie repose sur « *les intérêts de la libre discussion des questions politiques* »[595]. Dès lors, « *un adversaire des idées et des positions officielles doit pouvoir trouver sa place dans l'arène politique* »[596], et ce même si les propos tenus peuvent avoir un impact particulier sur le climat politique, particulièrement tendu à l'approche du scrutin[597]. Le projet ambitieux d'un espace public dominé par la libre discussion et la libre critique d'opinions politiques repose

[592] CEDH, CASTELLS C. ESPAGNE, préc., § 43.

[593] On peut également citer à l'appui de nos propos la décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 6 septembre 2001, JACQUES GUYARD. Intervenant en sa qualité de président sur la commission sur les sectes, le député avait qualifié le mouvement anthroposophe de secte lors d'un journal télévisé de France 2 sans pouvoir argumenter car des renseignements relevaient du secret du travail de la commission. La Cour d'appel rappelle que le député « *s'est exprimé en tant que porte-parole d'un travail collectif ; qu'il ne pouvait y avoir sur ce point aucune ambiguïté dans l'esprit des téléspectateurs ; que Jacques Guyard s'est borné à reprendre des accusations figurant dans un rapport officiel ; que ses propos ne dénaturent pas le contenu du rapport ; que ni les termes utilisés, ni le ton employé ne manifestent une quelconque animosité personnelle* ». Par conséquent les juges relaxent le député sur l'excuse de la bonne foi. Á l'inverse, et sans nous prononcer sur les propos tenus, la récente condamnation du député Christian Vanneste pour injure à raison de l'orientation sexuelle par une décision du TGI de Lille du 24 janvier 2006, confirmée par la Cour d'appel de Douai le 25 janvier 2007, peut surprendre au regard de la jurisprudence européenne. La motivation semble également ambiguë : le TGI explique notamment qu'« *en l'espèce, le préjudice est important d'autant plus que la position d'élu de M. Christian Vanneste a donné à ses propos réitérés un caractère retentissant* » alors que la Cour d'appel estime que les fondements philosophiques du jugement de valeur exprimé par le député « *ne s'inscrivaient pas dans un débat de pensée, mais dans une réponse destinée à être insérée dans un organe de presse s'adressant à un large public qui ne permettait pas de découvrir les fondements et les nuances de la pensée de Christian Vanneste agrégé de philosophie et qui s'exprimait en tant qu'homme politique* ». Pour une critique sévère de ces deux décisions, cf. Anne-Marie LE POURHIET, *Délits d'opinion et tentation totalitaire : la dangereuse dérive du droit français*, POLITEIA, n°10, 2006, pp. 228-229 en particulier.

[594] CEDH, 25 juin 1992, THORGEIR THORGEIRSON C. ISLANDE, § 46.

[595] CEDH, 1er juillet 1997, OBERSCHLICK C. AUTRICHE (n°2), § 29.

[596] CEDH, 27 avril 1995, MME PIERMONT C. FRANCE, § 76.

[597] Mme Piermont, de nationalité allemande, députée du Parti des Verts au Parlement européen, s'était vue expulser de Polynésie française pour y avoir tenu des propos indépendantistes et antinucléaires. Le gouvernement français mettait en avant le danger que pouvaient représenter de tels propos pour l'ordre public, son analyse ayant été confirmée par le Conseil d'État dans un arrêt du 12 mai 1989, MINISTRE DES DÉPARTEMENTS ET DES TERRITOIRES D'OUTRE MER C. MME PIERMONT. Pour la Cour, l'ingérence dans la liberté d'expression de la requérante est disproportionnée dès lors que les propos ont été tenus au cours d'une manifestation pacifique autorisée et sans que la députée allemande n'appelle à la violence ou au désordre.

nécessairement aux yeux de la Cour de Strasbourg sur la presse, laquelle joue « *un rôle éminent dans un État de droit* »[598].

Sous-Paragraphe 2. La liberté de la presse en matière politique : une liberté renforcée

L'espace de libre discussion qui caractérise la société démocratique ne se limite pas au champ politique mais englobe tout « *sujet d'intérêt général* »[599], tel que le sort des victimes de la thalidomide[600], l'organisation des services de nuit des vétérinaires à Hambourg[601], le fonctionnement des services de police[602] ou de la justice[603], l'existence de groupes de jeunes marginalisés, racistes et violents[604], la chasse au phoque[605], la protection des consommateurs, le phénomène sectaire[606], voire même un domaine longtemps préservé du regard du citoyen qu'est le domaine de la politique étrangère[607]. Si l'État dispose bien d'une marge d'appréciation, celle-ci se « *heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et maintenir la liberté de la presse* »[608]. En matière d'expression politique, « *la liberté de la presse fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants. Le libellé de l'article 10 le souligne en mentionnant le droit pour le public de recevoir des informations et des idées. Plus généralement, le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la convention toute entière* »[609]. Dès lors constitue par exemple une violation de l'article 10 de la Convention une condamnation d'un journaliste à deux ans d'emprisonnement et l'interdiction d'occuper des postes dans la direction d'un média pour avoir publié quatre articles virulents, mais jugés non « *excessifs* » par la Cour à l'égard d'un premier ministre par intérim[610]. En

---

[598] CEDH, Castells c. Espagne, préc., § 43.

[599] CEDH, 25 mars 1985, Barthold c. Allemagne, § 42.

[600] CEDH, 26 avril 1979, Sunday Times c. Royaume-Uni.

[601] CEDH, 25 mars 1985, Barthold c. Allemagne.

[602] CEDH, 25 juin 1992, Thorgeir Thorgeirson c. Islande.

[603] CEDH, 26 avril 1995, Prager et Oberschlick c. Autriche ; CEDH, 24 février 1997, De Haes et Gijsels c. Belgique.

[604] CEDH, 23 septembre 1994, Jersild c. Danemark.

[605] CEDH, 20 mai 1999, Bladet Tromso c. Norvège.

[606] CEDH, 27 février 2001, Jérusalem c. Autriche.

[607] CEDH, 29 septembre 2006, Stoll c. Suisse, § 48 : « *la confidentialité des rapports diplomatiques est a priori justifiée, mais elle ne saurait être protégée à n'importe quel prix.* [En effet] *la fonction de critique et de contrôle des médias s'applique également au domaine de la politique étrangère* ».

[608] CEDH, 27 mars 1996, Goodwin c. Royaume-Uni, § 40.

[609] CEDH, 8 juillet 1986, Lingens c. Autriche, § 42.

[610] CEDH, 10 août 2006, Lyachko c. Ukraine.

d'autres termes, la Cour attache une importance toute particulière à la fonction critique de la presse, y compris dans les nouvelles démocraties[611].

La jurisprudence de la Cour a, en marge de l'article 10 de la Convention, donné « *un véritable statut spécifique au discours politique, voire au débat portant sur des questions d'intérêt public* »[612]. Toutefois, si la polémique politique contribue au débat démocratique, celle-ci doit éviter de dériver vers des révélations mensongères, des agressions personnelles, des attaques injurieuses ou diffamatoires qui porteraient atteinte aux droits d'autrui.

Paragraphe 2. Le droit de critique : un droit absolu ?

La jurisprudence de la Cour européenne a conduit nombre de commentateurs à dénoncer le caractère absolu de la polémique politique. La Cour elle-même n'hésite pas à rappeler que, « *l'article 10 §2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions au discours politique ou au débat sur des questions d'intérêt public* »[613]. En réalité, tant les juridictions nationales qu'européennes font preuve de nuances malgré le statut privilégié de la liberté d'expression. Ainsi, si la mise en cause des personnalités publiques peut apparaître légitime, il est nécessaire de protéger les hommes politiques d'éventuelles dérives médiatiques (**Sous-Paragraphe 1**). Néanmoins, on peut regretter que les juridictions n'insistent pas davantage sur les obligations déontologiques qui pèsent sur les journalistes (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Polémique politique et protection des droits d'autrui

Ainsi que le rappelle Jean MORANGE, « *traditionnellement, la protection des personnes est relativement bien assurée en France qu'il s'agisse de leur honneur ou de leur réputation ou, plus récemment, de leur vie privée* »[614]. Ainsi, si le débat politique doit bien évidemment bénéficier d'un régime libéral afin que chaque intervenant puisse avancer ou combattre toute opinion avec vivacité et enthousiasme sans encourir le risque de sanction, la loi du 29 juillet 1981 ne prévoit en matière de polémique politique aucune exception aux règles qu'elle édicte[615]. Depuis une ordonnance du 6 mai 1944, l'exception de vérité n'est admise qu'à la condition que les propos litigieux ne

---

[611] Composé de 21 États membres en 1989, le Conseil de l'Europe rassemble en effet aujourd'hui 46 États parties.

[612] Jean MORANGE, *Le statut du discours politique*, op. cit., p. 421.

[613] CEDH, Grande Ch., 25 novembre 1999, NILSEN ET JOHNSEN C. NORVÈGE, § 46.

[614] Jean MORANGE, *Le statut du discours politique*, op. cit., p. 412. Cf. également Lyn FRANÇOIS, *Le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la réputation ou des droits d'autrui : la recherche d'une « juste équilibre » par le juge européen*, D., n°43, 2006, pp. 2953-2959.

portent pas sur la vie privée, sur des faits remontant à plus de dix ans, sur des infractions amnistiées, prescrites, ou étant relatifs à une condamnation ayant donné lieu à une révision ou à une réhabilitation judiciaire. Le droit français a donc tenté de trouver un équilibre « *entre l'exigence d'une relative transparence de la vie publique et sociale et la recherche d'une certaine harmonie sociale* »[616]. Selon un principe constant et d'origine prétorienne[617], les imputations ou allégations diffamatoires sont réputées faites de mauvaise foi. Cependant, en matière de polémique politique, la jurisprudence a parfois créé une authentique immunité en considérant, par exemple, que « *les citoyens ont le droit d'être renseignés sur les opinions ou doctrines qui concernent le rôle et le fonctionnement des institutions fondamentales de l'État. Dans le domaine de la polémique politique touchant à des sujets de cette nature, le fait justificatif de la bonne foi n'est pas nécessairement subordonné à la prudence dans l'expression* »[618]. En d'autres termes, la possibilité de mettre en cause personnellement un adversaire politique, pour son attitude présente ou passée, semble exclue du domaine de la polémique politique. Le TGI de Paris a ainsi eu l'occasion de rappeler que « *le combat politique ou la volonté polémique de « régler des comptes » doit, pour s'exercer dans le cadre de la liberté de la presse et de l'information, laisser hors de son champ tout fait ou événement se rattachant à l'intimité de la vie familiale ou personnelle* »[619], et ce d'autant plus que « *la polémique électorale ne saurait autoriser des responsables politiques à proférer des accusations fausses à l'encontre de leurs*

---

[615] Exception faite de certaines infractions spécifiques que sont l'outrage aux agents diplomatiques étrangers (article 37 de la loi du 29 juillet 1881) et le délit d'offense envers le Président de la République, même si celui-ci est tombé en désuétude (art. 26 de la loi du 29 juillet 1881). Suite à une décision de la 17ème Ch. correctionnelle du TGI de Paris du 25 avril 2001 et, surtout à un arrêt de la CEDH du 25 juin 2002 COLOMBANI C. FRANCE, le législateur a décidé d'abroger par une loi du 9 mars 2004 dite Loi Perben II l'article 36 de la loi de 1881 qui prévoyait le délit d'offense envers les chefs d'État étrangers. Le juge européen avait en effet estimé que l'impossibilité pour les prévenus de prouver la véracité de leurs allégations (l'*exceptio veritatis* n'étant pas admise) afin d'être exonérés de toute responsabilité pénale constituait « *une mesure excessive pour protéger la réputation et les droits d'une personne, quand bien même il s'agit d'un chef d'État ou de gouvernement* », § 66. Cf. Bernard BEIGNIER et Bertrand DE LAMY, *L'inconventionnalité du délit d'offense envers les chefs d'État étrangers*, note sous CEDH, 25 juin 2002, D., n°11-2003, pp. 715-719.

[616] Jean MORANGE, *Le statut du discours politique*, op. cit., p. 412.

[617] Cass. crim., 11 janvier 1883, DP, 1884, 1, p. 372.

[618] Cass. crim., 23 mars 1978, JEAN FOYER C. SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, Bull. Crim., n°115. Le principe posé par l'arrêt de 1978 sera réaffirmé à plusieurs reprises par la haute juridiction (Cass. crim., 27 juillet 1981 et 9 novembre 1989 ; et surtout Cass. civ., 2ème Ch., 14 janvier 1998 où la deuxième chambre réaffirme « *que c'est seulement dans le domaine de la polémique politique portant sur les opinions et doctrines relatives au fonctionnement des institutions fondamentales de l'État que la bonne foi n'est pas nécessairement subordonnée à la prudence dans l'expression de la pensée* ») et sera même étendu aux polémiques portant sur le rôle et le fonctionnement d'un parti politique (Cass. civ., 2ème Ch., 16 novembre 1988).

[619] TGI Paris, Ord. réf., 14 mai 1985, Gaz. Pal 1985, 2, p.608.

adversaires »[620]. La Cour européenne semble elle aussi accréditer cette thèse même si elle a accepté qu'un journaliste dévoile au cours d'une campagne électorale le passé fasciste d'un ministre slovaque du moment que cette révélation a été formulée de bonne foi et « *dans le but légitime de protéger l'évolution démocratique du nouvel État dont l'intéressé était ressortissant* »[621].

Toutefois, les nécessités du débat politique et de la vie démocratique ont conduit la jurisprudence à assouplir les règles strictes encadrant la polémique politique. Ainsi, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne qui affirme que « *les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, agissant en sa qualité de personnage public, que d'un simple particulier* »[622], et que « *dans le contexte d'une compétition électorale la vivacité des propos est plus tolérable qu'en d'autres circonstances* »[623], les juridictions nationales vont elles aussi dégager très clairement la spécificité du débat d'idées, garantie d'une société démocratique. Par exemple, le débat politique télévisé, composante essentielle de la démocratie d'opinion, légitime-t-il la possibilité de critiquer la personne, même en des termes vifs, de celui qui se lance dans l'arène politique. Malgré une conception plus restrictive retenue par la Chambre criminelle de la Cour

[620] TGI Paris, 17è Ch., 28 avril 1998, Légipresse, n°156, I, p. 1.

[621] CEDH, 12 juillet 2001, FELDEK C SLOVAQUIE, § 84. On peut légitimement s'interroger sur cette distinction que semble opérer la Cour entre les anciens États communistes et les autres démocraties libérales. On a parfois l'impression que le juge européen a dégagé un double standard alors même qu'il défend une valeur commune, la société démocratique.

[622] CEDH, 23 mai 1991, OBERSCHLICK C. AUTRICHE, § 59. La Cour établit même par la suite une subtile hiérarchie en ajoutant que « *les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du gouvernement que d'un simple particulier, ou même d'un homme politique* », CEDH, CASTELLS C. ESPAGNE, précité, § 46. Se posait toutefois la question de la diffamation publique envers un fonctionnaire. Dans une décision du 21 janvier 1999, JANOWSKI C. POLOGNE, la Cour avait affirmé que « *les fonctionnaires doivent, pour s'acquitter de leurs fonctions, bénéficier de la confiance du public sans être indûment perturbés et qu'il peut dès lors s'avérer nécessaire de les protéger contre des attaques verbales offensantes lorsqu'ils sont en service* », § 33. Néanmoins, par la suite, le juge européen a précisé « *que les limites de la critique admissible sont, comme pour les hommes politiques, plus larges pour les fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles que pour un simple particulier. Cependant, on ne saurait dire que des fonctionnaires s'exposent sciemment à un contrôle attentif de leurs faits et gestes exactement comme c'est le cas des hommes politiques et que ceux-ci devraient dès lors être traités sur un pied d'égalité avec ces derniers lorsqu'il s'agit de critiques de leur comportement* », CEDH, 25 avril 2006, STOLL C. SUISSE, § 47. Comme le souligne la doctrine, « *cette décision confirme l'existence d'une catégorie intermédiaire entre les homes politiques et « un simple justiciable privé »* », Emmanuel DREYER, *Observations sur quelques applications récentes (…)*, op. cit., p. 624.

[623] CEDH, 11 avril 2006, BRASILIER C. FRANCE, § 42, la Cour sanctionnant la France pour la condamnation d'un candidat battu à une élection locale qui avait dans un tract dénoncé le « bourrage » des urnes par son adversaire victorieux. La Cour considère en effet que « *si les propos avaient assurément une connotation négative, force est de constater que, malgré une certaine hostilité dans les propos litigieux et la gravité éventuellement susceptible de les caractériser, la question centrale des banderoles et du tract incriminés concernaient le déroulement d'un scrutin électoral. Or, le libre débat politique est essentiel au fonctionnement démocratique* », § 39.

de cassation[624], les Cours d'appel de Rouen[625] et de Lyon[626] ont énoncé « *qu'il ne saurait en effet être exigé d'un homme politique s'exprimant oralement dans le cadre d'un débat télévisé qu'il impose à son discours la même prudence, la même précision, que celle à laquelle sont tenus et journalistes et historiens* ». Ainsi, « *les conditions d'une émission en direct (questions soudainement posées, sans temps de préparation) peuvent être prises en compte dans l'appréciation de la bonne foi, dès lors que les invités sont amenés à se prononcer dans des conditions autorisant moins la réflexion, la profondeur d'analyse et la nuance, que d'autres supports de l'expression* »[627]. On peut donc en conclure que, dans le débat politique, l'absence d'animosité personnelle n'est pas exigée et que la prudence et la modération de l'expression sont appréciées de manière plus libérale[628]. Dans cette hypothèse, l'attaque volontaire et éventuellement vive ne résulte pas d'une intention de nuire exclusive de la bonne foi, mais d'une volonté légitime d'éclairer l'opinion publique sur la personnalité d'un adversaire politique.

Cependant, en admettant « *un droit à l'approximation* » [aux hommes politiques], *le débat politique ne sera plus un vecteur destiné à diffuser des idées utiles pour la démocratie mais risque de devenir « une foire d'empoigne » où chacun pourra proférer des accusations mensongères à l'encontre de ses adversaires politiques* »[629]. Les juges du fond s'appuient[630] en effet sur une interprétation de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg fort contestable selon laquelle « *les jugements de valeur échappent à toute exigence d'une preuve de vérité et c'est ainsi qu'un propos injurieux ou diffamatoire peut devenir un élément du débat politique* »[631]. L'opinion ne se prête donc pas à une démonstration de véracité et,

---

[624] Cass. civ., 2ème 14 janvier 1998, D., 1999, 9è Cahier, Juris., note Nicolas TAVIEAUX-MORO, pp. 134-137.

[625] CA Rouen, Ch. Corr., 17 février 1997, D., 1998, 9ème Cahier, Somm., note Christophe BIGOT, pp. 84-85.

[626] CA Lyon, 7 décembre 1998.

[627] Ibid.

[628] D'une manière générale, l'admission du diffamateur au bénéfice de la bonne foi suppose la réunion d'au moins quatre éléments au moment où l'écrit a été rédigé ou les paroles tenues : la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la vérification des sources et enfin la prudence et la mesure dans l'expression.

[629] Nicolas TAVIEAUX-MORO, *Le débat politique et l'appréciation de la bonne foi*, note sous CA Lyon, 7 décembre 1998, D., n°12-2000, p. 271.

[630] La Cour d'appel de Rouen dans sa décision du 17 février 1997 mentionne ainsi qu'une « *conception du devoir de prudence et d'objectivité qui serait similaire pour tout le monde est totalement incompatible avec la notion de débat d'idées indispensable au caractère démocratique de notre société et ne peut conduire qu'à l'anesthésie du débat public ou à l'instauration d'un discours unique inconcevable.* […] *C'est d'ailleurs ce qu'admet la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Oberschlick du 23 mai 1991* ».

[631] CEDH, 1er juillet 1997, OBERSCHLICK C. AUTRICHE (N°2), § 61-63. Dans cette affaire, le requérant avait qualifié M. Haïder de *Trottel* (imbécile) dans le titre même de son article puis dans ses développements. La Cour considère que « *les écrits du requérant peuvent certes passer pour polémiques mais qu'ils n'en contiennent pas*

au nom de l'information loyale du public, le juge de Strasbourg admet que les journalistes ne sont pas tenus, de manière générale, de se distancier « *systématiquement et formellement du contenu d'une citation qui pourrait insulter des tiers, les provoquer ou porter atteinte à leur honneur* »[632]. En effet, les faits peuvent voir leur matérialité prouvée alors même que « *les jugements de valeur ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude* ». Dès lors, « *le droit à la réputation d'autrui bénéficie d'une protection d'un niveau exceptionnellement bas lorsqu'un intérêt général important, mais aucun personnage public, se trouve en jeu* »[633]. C'est pourquoi, lorsque les mesures prises ou sanctions infligées par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime, la plus grande prudence doit être observée. En adoptant une solution libérale quant à l'organisation du débat politique, les juridictions mettent en avant la nécessité d'éclairer l'opinion publique ; mais une telle position peut aboutir à l'effet inverse, à savoir une moindre qualité de l'information pourtant nécessaire pour que le citoyen puisse faire son choix de manière libre et éclairée[634]. Finalement, la seule

---

pour autant une attaque personnelle gratuite car l'auteur en donne une explication objectivement compréhensible » (§ 33). En effet, « *l'homme politique doit montrer une plus grande tolérance, surtout lorsqu'il se livre lui-même à des déclarations publiques pouvant prêter à critique* » (§ 29). On peut regretter que la Cour ait considéré l'insulte comme une simple opinion ne nécessitant pas la démonstration de la véracité car on voit mal ce que ce genre de polémique peut apporter à la qualité du débat public. Cf. Sylvie PEYROU-PISTOULEY, *L'extension regrettable de la liberté d'expression à l'insulte*, RTDH, n°35, 1998, pp. 593-607. Jörg Haïder est d'ailleurs un habitué du prétoire européen puisqu'un journaliste qui stigmatisait en termes diffamatoires ses propos relatifs aux « camps punitifs » pour qualifier les camps de concentration se voit protégé par l'article 10 de la Convention, au motif notamment que le dirigeant du FPÖ peut être considéré comme « *quelqu'un dont l'ambiguïté à l'égard de l'ère nazie est bien connue* », CEDH, 27 octobre 2005, WIRTSCHAFTS-TREND ZEITSCHRIFTEN VERLAGS GMBH C. AUTRICHE, § 40.

[632] CEDH, 29 mars 2001, THOMA C. LUXEMBOURG, § 64. Dans cette affaire, la Cour d'appel du Grand-duché de Luxembourg avait estimé « *qu'en faisant croire sans preuves à l'opinion publique que toute la hiérarchie de l'Administration des Eaux et Forêts, du garde forestier au directeur, serait corruptible, le seul fonctionnaire intègre étant le garde forestier du Baumbusch, l'appelant a manqué à son obligation d'information loyale et a partant commis une faute engageant sa responsabilité* », § 24. Cette jurisprudence est bien établie. Cf. CEDH, 14 décembre 2006, VERLAGSGRUPPE GMBH C. AUTRICHE où la Cour considère comme contraire à l'article 10 de la Convention la saisie d'un journal reproduisant les propos d'un artiste autrichien opposé au parti libéral qualifiant certains membres du parti d'« arrivistes politiques spirituellement dépravés » et de « personnes ignobles ».

[633] Opinion dissidente commune à Mme Palm, M. Fuhrmann et M. Baka, sous CEDH, 20 mars 1999, BLADET TROMSÖ ET STENSAAS C. NORVÈGE.

[634] Pour l'instant, en dépit de la jurisprudence européenne et des jugements des juridictions du fond, la Cour de cassation semble maintenir l'idée que même dans un « *contexte de polémique électorale* », les propos outrageants ne sauraient être couverts par la bonne foi et perdre leur caractère injurieux, Cass. crim., 30 mars 2005, Bull. crim., n°110.

limite imposée par les juridictions est que les journalistes agissent de bonne foi dans le respect de leur déontologie.

Sous-Paragraphe 2. La déontologie et l'éthique comme remparts contre les dérives journalistiques

Il ressort de l'économie de l'article 10 et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que l'exercice de la liberté d'expression « *comporte des devoirs et des responsabilités* »[635] et que des restrictions à la liberté de la presse peuvent se justifier lorsqu'elles sont nécessaires dans une société démocratique pour protéger la réputation d'autrui. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt De Haes et Gijsels c. Belgique du 24 février 1997, « *si* [la presse] *ne doit pas franchir certaines limites, notamment quant à la réputation et aux droits d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général* »[636]. Ainsi, en raison des « *devoirs et responsabilités* » inhérents à l'exercice de la liberté d'expression, la garantie que l'article 10 offre aux journalistes en ce qui concerne les comptes-rendus sur des questions d'intérêt général est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi de manière à favoriser des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique. La Commission européenne des droits de l'homme a ainsi eu l'occasion de juger que « *la recherche adéquate et diligente* » fait partie des principes éthiques fondamentaux du journalisme[637]. Cependant la formulation retenue par la Cour qui impose aux journalistes de se comporter « *de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique* »[638] ne renseigne guère sur le contenu des obligations mises à la charge des journalistes. La prudence dans le traitement de l'information, garantie indispensable pour que l'opinion publique soit à l'abri de jugements péremptoires et partiaux, est comprise de manière très évolutive par la Cour européenne. On aurait pu penser que la Cour était sensible à l'attitude des journalistes : si ceux-ci n'avaient pas opéré les mesures suffisantes pour vérifier l'exactitude des informations publiées, leur condamnation pour diffamation se révélait être une ingérence nécessaire et non disproportionnée par rapport au but poursuivi[639]. Ainsi, force est de rappeler que « *dans une*

---

[635] CEDH, 29 avril 1976, Handyside c. Royaume-Uni, § 49.

[636] Recueil des arrêts et décisions 1997-I, pp. 233-234, § 37.

[637] Commission EDH, 27 octobre 1998, h.n. c. Italie.

[638] CEDH, 20 mai 1999, Bladet Tromso et Stensaas c. Norvège, § 65.

[639] CEDH, 2 mai 2000, Bergens Tidende c. Norvège, § 53.

société démocratique, rares sont les histoires importantes ou méritant la protection de l'article 10 de la Convention au point que l'on puisse sacrifier les principes fondamentaux de la déontologie – qui commandent notamment aux journalistes de vérifier les faits avant de publier une histoire en de pareilles circonstances – au profit commercial que procurera un scoop immédiat. […] *L'article 10 peut protéger le droit de la presse d'exagérer et de provoquer, mais non celui de piétiner la réputation d'individus* »[640].

Cependant, une telle confiance dans la capacité autorégulatrice des médias semble dangereuse à bien des égards. Ainsi, la profession de journaliste est peu réglementée dans de nombreux pays d'Europe, dont la France[641]. Il n'existe ni ordre professionnel, ni statut précis qui impliquerait le respect de devoirs spécifiques. Pourtant, la Cour de Strasbourg n'hésite pas à se retrancher derrière le respect d'une déontologie inexistante assortie d'une bonne foi qui correspondrait à une présomption irréfragable. Dans l'affaire BLADET TROMSÖ, la Cour a ainsi pu considérer que malgré le caractère évidemment diffamatoire des propos tenus par le journal, elle n'apercevait « *aucune raison de douter que le journaliste ait agi de bonne foi à cet égard* ». La Cour se refusant à se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte-rendu les journalistes doivent adopter[642], la qualité de l'information repose uniquement sur le libre arbitre des journalistes.

---

[640] Opinion dissidente de Mme GRÈVE sous CEDH, 20 mai 1999, BLADET TROMSO ET STENSAAS C. NORVÈGE.

[641] Une charte des devoirs professionnels du journaliste a été adoptée en France en juillet 1918 et révisée en janvier 1938. Sans avoir de valeur juridique, elle constitue toujours un document de référence, qui affirme le devoir de vérité et protège le secret des sources d'information. « *Elle ne peut toutefois répondre à toutes les questions soulevées par la déontologie d'une profession qui exige tout à la fois une entière liberté et un sens développé des responsabilités* », Bernard STIRN, *Les libertés en question*, op. cit., p. 115. Il est également loisible à la Cour d'interpréter les règles issues de la Convention à la lumière d'autres instruments internationaux ou de règles nationales convergentes. Pour une liste non exhaustive, cf. Yannick GALLAND, *Les obligations des journalistes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, 2002, pp. 867-869. On rappellera également que si la Charte de Munich fait obligation aux journalistes de ne pas porter atteinte aux droits moraux d'autrui, le Conseil de l'Europe dès 1970 préconisait l'élaboration d'un Code de conduite dont le respect des principes serait assuré par des Conseils de presse habilités à enquêter et même à sanctionner un journaliste en cas de conduite incompatible avec les normes définies par la profession elle-même. Cf. Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 428 (1970) ; dans le prolongement Résolution n°2 de la Conférence ministérielle de Prague (1994). Plus récemment, la Commission de la carte d'identité des journalistes professionnels, qui délivre la carte de presse, a publié le 4 février 2006 un communiqué où elle appelle les journalistes « *à la plus grande vigilance* ». La Commission explique cet appel par « *le discrédit dont les médias font l'objet dans l'opinion publique* ».

[642] CEDH, BLADET TROMSO, précité, § 31. Dans cette affaire, les informations publiées n'avaient pas été vérifiées arguant du fait qu'elles s'appuyaient sur un rapport officiel qui n'avait pas pour autant été communiqué au public. Or, la plupart des informations contenues dans ce rapport se sont révélées fausses. L'absence de droit de réponse pour les accusés ainsi que l'absence totale de contre-enquête n'a pas justifié aux yeux de la Cour une condamnation sur le fondement de l'article 10 § 2.

Néanmoins, récemment, la Cour a semblé modifier quelque peu sa jurisprudence, soucieuse de protéger également la crédibilité de l'information[643].

Si la presse joue un rôle éminent dans un État de droit, c'est parce qu'elle est censée fournir aux gouvernants un moyen fiable de connaître les préoccupations de l'opinion publique. Elle doit également permettre à chacun de participer au libre jeu du débat politique. Or, « *la démocratie n'a nul besoin de débats publics alimentés par des informations inexactes ou erronées* ». Les juridictions devraient prendre acte de ce que les médias sont aujourd'hui « *un pouvoir dominant auquel les autorités étatiques démocratiques doivent servir de contrepoids et contre lequel il convient de protéger les individus* »[644]. En effet, alors même que le libre choix des représentants est un des critères essentiels de la démocratie représentative, l'émergence des médias de masse vient modifier de manière substantielle la campagne électorale qui est la quintessence du débat public.

Sous-section 2. Le respect du pluralisme dans les campagnes électorales

Les campagnes électorales sont bien évidemment des périodes durant lesquelles les candidats usent des procédés les plus divers pour convaincre les électeurs. Ce phénomène est renforcé par l'émergence de nouvelles techniques de communication qui tendent à conforter, à tort ou à raison, le rôle joué par les médias dans les campagnes électorales[645]. Le législateur a donc naturellement été amené à encadrer strictement les campagnes électorales. En effet, traditionnellement, le droit s'est intéressé à l'affichage et au tract comme manifestation évidente d'une propagande électorale (**Paragraphe 1**). L'émergence progressive des nouveaux moyens de communication a néanmoins obligé le législateur à intervenir afin que soit assurée une campagne électorale loyale et équitable (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les moyens traditionnels de propagande électorale

[643] Ainsi, le juge de Strasbourg a considéré qu'« *en l'absence de bonne foi et de base factuelle, et bien que l'article litigieux se soit inscrit dans le cadre d'un débat plus large et très actuel pour la société roumaine, à savoir la corruption des fonctionnaires, la Cour ne croit pas que l'on puisse voir dans les propos des requérants l'expression de la « dose d'exagération » ou de « provocation » dont il est permis de faire usage dans le cadre de l'exercice de la liberté journalistique* », CEDH, 31 janvier 2006, Stângu et Scutelnicu c. Roumanie, § 54.

[644] Jean Morange, *La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression*, Mélanges Cohen-Jonathan, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1263.

[645] Cf. Pierre Bréchon, *Campagnes d'hier à aujourd'hui. De la propagande classique à la communication politique*, Regards sur l'actualité, n°329, 2007, pp. 5-16.

Le sens du mot propagande a considérablement évolué. Dans une acception péjorative qui la considère comme consubstantielle aux régimes totalitaires, la propagande définit des « *propositions catégoriques et* [des] *jugements définitifs mis au service exclusif d'une idéologie assurée de la (sa) vérité, et destinés à conforter les convictions du fidèle et à ébranler celles de l'adversaire ou du sceptique* »[646]. L'idée généralement admise consiste alors à percevoir la propagande comme un moyen d'asservissement à un régime politique, un État, un parti : les individus y perdraient leur liberté de penser en étant aliénés par des idéologies, c'est-à-dire des systèmes d'idées qui déformeraient la réalité et s'insinueraient dans les esprits sans qu'on en ait conscience[647]. Toutefois, le droit reconnaît et organise une forme de propagande qu'est la propagande électorale et qui désigne plus largement l'utilisation des moyens de reproduction et de diffusion modernes (affiches, films, télévision, radio, internet) pour faire passer dans le grand public des idées politiques. C'est cette dernière qui nous intéresse ici. L'étude des moyens traditionnels de propagande électorale nous oblige cependant à distinguer entre la campagne officielle (**Sous-Paragraphe 1**) et la campagne dite officieuse[648], certaines des règles édictées n'étant pas spécifiques à la campagne électorale proprement dite et pouvant s'appliquer indépendamment de la proximité d'une prochaine élection (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Les règles encadrant la campagne officielle

Selon le juge de l'élection, la propagande ne s'arrête pas aux portes du bureau de vote dont la neutralité est une garantie de la sincérité du scrutin[649]. Mais la propagande électorale ne pouvant

---

[646] Charles CADOUX, *Idées politiques et propagande politique (Á propos d'un mythe de la démocratie occidentale)*, Mélanges Jean-Jacques Chevallier, *Histoire des idées et idées sur l'histoire*, Éd. Cujas, 1977, p. 24.

[647] Les théories de l'effet des images de propagande trouvent leur origine historique dans *Le viol des foules par la propagande politique* de Serge TCHAKHOTINE. Dans ce livre de 1939, l'auteur, s'inspirant de la théorie du réflexe conditionné élaborée par PAVLOV, défendait l'idée que la propagande nazie sert à associer, par le jeu de la répétition, un thème idéologique à une pulsion instinctive, de type agressif, sexuel, parental ou alimentaire. La propagande produirait ainsi, au niveau inconscient, une série automatique d'association d'idées, qui aboutiraient à une manipulation des esprits qu'il qualifie de « *viol psychique* ». Pour un développement de ces idées, voir Serge TCHAKHOTINE, *Le symbolisme et la propagande politique*, HERMÈS, n°2, 1988, pp. 190-211. Le philosophe français Jacques ELLUL tend lui aussi à reprendre ce type d'explication puisque pour lui la propagande est une technique de persuasion consistant à « *dresser* » l'individu en suscitant chez lui des réflexes conditionnés et en mobilisant son sens du sacré par la création des mythes modernes. Cf. Jacques ELLUL, *Propagandes*, Paris, Économica, 1990.

[648] Selon la distinction opérée par François ROBBE, *Les formes légales de propagande électorale*, JCPA, n°10-2004, pp. 316-320.

[649] La jurisprudence est sur ce point constante. Dès 1842, le Conseil d'État considérait ainsi que la présence dans la salle de voltigeurs corses d'une part et du procureur du roi d'autre part avait porté atteinte à la liberté et à l'indépendance du vote (CE, 18 mars 1842, ÉLECTIONS AU CONSEIL D'ARRONDISSEMENT DE SAINT-

être circonscrite au seul jour du vote, le code électoral encadre de façon stricte la campagne électorale officielle. Celle-ci repose sur deux supports principaux que sont l'apposition d'affiches électorales et l'envoi de circulaires aux électeurs.

L'affichage obéit à des règles strictes dont le non-respect peut être sanctionné par l'annulation des élections et/ou par le prononcé de sanctions pénales. L'affichage est possible dès le début de la campagne électorale officielle et les municipalités doivent aménager des emplacements pour affichage à la disposition des candidats, chacun d'eux devant bénéficier de la même surface[650]. Les règles relatives à l'affichage doivent se combiner avec la réglementation de la publicité commerciale à des fins politiques résultant de la loi du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques. La loi de 1990 complète et renforce différentes dispositions préexistantes, telles celles mentionnées dans la loi du 13 décembre 1985 portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle. La loi du 15 janvier 1990 institue ainsi trois types d'interdiction concernant respectivement la publicité commerciale par voie d'affiches, la publicité commerciale par voie de presse, de radio et de télévision et, plus généralement les campagnes de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion des collectivités publiques[651]. En ce qui concerne l'interdiction de la publicité commerciale par voie d'affiches, la prohibition n'est pas nouvelle. En effet, elle ressort de ce que l'on est en présence ici d'un des moyens traditionnels de propagande politique[652]. L'affichage sur les panneaux officiels spécialement mis en place à cet effet par les administrations a pour objet d'empêcher un affichage sauvage sur les murs, le mobilier urbain… Ainsi, l'article L. 51 du Code

---

LAURENT). Plus récemment, les élections à l'assemblée de la Polynésie française ont été partiellement annulées parce que plusieurs membres des bureaux de vote et l'ensemble des salles de vote, y compris les rideaux des isoloirs, d'une des communes des Iles-du-Vent arboraient des chemises ou étaient décorés aux couleurs du parti vainqueur (CE, 15 novembre 2004, ÉLECTIONS À L'ASSEMBLÉE DE POLYNÉSIE FRANÇAISE). La jurisprudence du Conseil constitutionnel est sur ce point très similaire puisqu'il n'a pas hésité à qualifier d'incompatibles avec la « *dignité du scrutin* » la mise à la disposition des électeurs par le maire d'un dispositif symbolique de « décontamination » ainsi que l'organisation d'un simulacre de vote invitant les électeurs à désigner un candidat ne figurant pas au second tour (Cons. const., 8 mai 2002, PROCLAMATION DES RÉSULTAS DE L'ÉLECTION DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE).

[650] Art. L. 51 al. 1 et 2 du Code électoral.

[651] La typologie proposée ressort de l'article de Pierre BON, *Aspects récents du contrôle des campagnes électorales en France*, RFDC, n°13, 1993, pp. 59-89.

[652] Ainsi fait-on remonter au début du siècle l'utilisation massive de l'affiche comme moyen de propagande. L'un des exemples les plus célèbres se situe ainsi en 1915 quand Alfred LEETE dessine des affiches pour recruter des conscrits, notamment celle représentant Lord KITCHENER apostrophant le spectateur : « Britons wants you ! ». Pour des développements sur cette question, cf. Laurent GERVEREAU, *Histoire du visuel au XXème siècle*, Paris, Seuil, Coll. Points Histoire, 2003.

électoral répond à cette préoccupation en interdisant, pendant la durée de la campagne électorale[653], tout affichage relatif à l'élection en dehors des emplacements réservés au candidat sur les panneaux officiels ou sur l'emplacement réservé aux autres candidats[654]. Cette obligation s'étend même au site internet des candidats puisqu'il est toujours possible au juge des référés, en application de l'article 809 du Nouveau Code de Procédure Civile, de prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent notamment pour prévenir un trouble illicite, quand bien même l'atteinte au droits privés aurait été commise en période électorale. Ainsi, un candidat à l'élection présidentielle qui se prévaudrait sur son site internet de l'étiquette « candidat des maires » « *propage bien une information inexacte de nature à créer une confusion dans l'esprit du public et particulièrement des adhérents de l'Association des Maires de France, fondée à se prévaloir de l'atteinte portée à son image et à l'intérêt collectif de ses membres de voir préserver le principe de neutralité de l'association* »[655]. Toutefois, On ne peut que constater que les dispositions de

---

[653] L'article 2 de la loi de 1990 a modifié l'article 51 du Code électoral en disposant que l'interdiction s'étendait « *pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'une élection et jusqu'à la date du tour de scrutin où celle-ci est acquise* ».

[654] Dans le cadre de la campagne électorale autour du référendum du 29 mai 2005 relatif à la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, la décision du ministre des Affaires étrangères d'afficher sous le libelle « Constitution Européenne » le contenu de certaines dispositions du Traité a été contestée par certains groupements politiques au motif que cet affichage était accompagné de la reproduction d'articles présentant le Traité sous un jour trop favorable. Mais, faute d'avoir soulevé les bons moyens (en l'occurrence l'article L. 51-3 du Code électoral), la requête a été rejetée tant par le juge des référés dans le cadre du référé-suspension prévu à l'article L. 521-1 du CJA (CE, Ord. réf., 9 mai 2005, RPF) que par le juge du fond (CE, sect., 20 mai 2005, RPF). Cf. Jean-Éric SCHOETTL, LPA, n°105-2005, pp. 12-13.

[655] TGI Paris, Ord. réf., 2 avril 2007, AMF C. SCHIVARDI. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de Paris (14ème Ch. Sect. B) dans une décision du 6 avril 2007. Cette jurisprudence soulève deux remarques : d'une part, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, il n'appartient pas aux juridictions judiciaires d'interférer dans des opérations électorales qui relèvent du juge de l'élection, « *mais il n'en demeure pas moins qu'en vertu de l'article 809 du nouveau Code de procédure civile le juge des référés a toujours le pouvoir de prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite, caractérisé notamment par une atteinte à des droits privés, fût-elle commise en période électorale* ». Parallèlement, la Commission nationale de contrôle de la campagne organisée en vue de la campagne présidentielle (CNC) avait d'ailleurs refusé le 29 mars 2007 d'homologuer le matériel électoral déposé par le candidat auprès d'elle, celui-ci étant « *de nature à induire en erreur les électeurs sur le soutien dont il bénéficie effectivement à ce titre* », cette décision ayant été confirmée par le Conseil d'État par une ordonnance de référé du 2 avril 2007. Cf. Jean-Éric SCHOETTL, *Contentieux des actes préalables à l'élection présidentielle de 2007 : la décision de la CNC refusant d'homologuer le matériel de propagande de M. Schivardi*, LPA, n°125-2007, pp. 10-22 ; d'autre part, cette affaire souligne le rôle croissant d'Internet dans les campagnes, mis en avant également par un certain nombre d'études politistes, malgré un contentieux encore relativement peu abondant, cf. Bertrand SIMON, *De la toile aux urnes : internet dans le processus électoral*, IN OWEN Bernard (Dir.), *Le processus électoral : permanences et évolution*, op. cit., pp. 147-157.

l'article 51 ne sont pas toujours bien respectées[656]. Le juge de l'élection contrôle en effet avec souplesse les règles édictées ci-dessus. Ainsi estime-t-il que l'apposition d'affiches d'un candidat en dehors des panneaux d'affichage est sans effets sur la validité du scrutin si d'autres candidats, et notamment le requérant lui-même, ont fait de même[657]. Pour que l'affichage sauvage entraîne l'annulation du scrutin, il est nécessaire que celui-ci ait un caractère massif et systématique[658]. De plus, l'annulation du scrutin est conditionnée à l'écart de voix entre le candidat élu et le candidat arrivé en second[659].

En outre, avant chaque tour de scrutin, les candidats peuvent faire imprimer et envoyer aux électeurs une circulaire d'un format maximal de 210x297 mm. Or, « *si l'impression et l'utilisation de circulaires, de tracts, affiches et bulletins de vote en dehors des conditions fixées par les dispositions en vigueur sont interdites, les différents documents comportant des feuillets qui ont été distribués, en sus de ceux qu'autorise l'article R.29 du code électoral, par plusieurs candidats ne pouvaient pas être confondus avec la circulaire prévue par l'article précité* ». Toutefois, comme pour l'affichage, le juge de l'élection prend en compte l'écart de voix entre les candidats pour savoir s'il annule ou non l'élection[660]. Il en va de même avec l'envoi de l'exposé des motifs d'un projet de loi référendaire qui, « *conformément à la tradition républicaine, accompagne un projet de loi et présente les motifs pour*

---

[656] Ainsi le Conseil d'État énonce-t-il que « *l'affichage sauvage ainsi que le recouvrement et la lacération d'affiches, dont la réalité est établie, pour irréguliers qu'ils soient au regard des dispositions des articles L. 51, R.28 et R.56 du code électoral, n'ont pas constitué une manœuvre de nature à fausser les résultats du scrutin* », CE, 21 octobre 1996, ELECTIONS MUNICIPALES DE SAINT-BON TARENTAISE.

[657] CE, 8 juillet 2002, ÉLECTIONS MUNICIPALES D'ANIÈRES SUR SEINE. Voir aussi CE, 7 octobre 2003, CONSULTATION DES ÉLECTEURS DE CORSE, où le Conseil d'État rappelle que « *certains des partisans du vote oui ont commis des abus analogues en procédant, dans diverses communes de Corse, à des affichages en dehors des emplacements spéciaux* ».

[658] CE, 29 juillet 2002, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE SAINT LOUIS. Voir aussi CE, 25 septembre 1995, M. THENARD et CE, 19 juin 1996, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE CARQUEIRANNE où le Conseil d'État relie explicitement l'affichage à la polémique électorale en précisant que les abus de propagande (les affiches des autres listes étaient recouvertes de graffitis), pour regrettables qu'ils soient, n'ont pas « *revêtu le caractère d'une manœuvre altérant la sincérité du scrutin, compte tenu du fait que lesdites affiches ne comportaient aucun fait nouveau de la polémique électorale et que le caractère massif de cet affichage irrégulier n'était pas établi* ». Il en va de même dans le cadre d'un contentieux introduit sur le fondement du référé-liberté. Voir par exemple à propos du référendum du 29 mai 2005 relatif au traité établissant une Constitution européenne, CE, Ord. réf., 13 mai 2005, BUFFET ET AUTRES.

[659] Ainsi, le Conseil d'État se montre-t-il particulièrement laconique quand, constatant que certains emplacements réservés à des associations sans but lucratif ont été utilisés dans le cadre d'une campagne d'affichage effectuée au profit du candidat élu, il déclare qu'un « *tel abus de propagande, pour regrettable qu'il soit, n'a pu en l'espèce vicier la sincérité du scrutin, eu égard à l'écart entre le nombre de voix obtenues par la liste conduite par celui-ci et la majorité absolue des suffrages exprimés* », CE, 18 mars 2002, M. LAMARRE.

[660] CE, 10 juin 1996, M. DUBOIS.

lesquels son adoption est proposée, et est inséparable de ce projet »[661]. Or, ainsi que l'a relevé une partie de la doctrine, « *il est souhaitable que ce document respecte aussi la sincérité du scrutin et les exigences de la loyauté de la consultation* »[662]. Or, le juge constitutionnel a préféré laconiquement relever que le texte « *n'outrepasse pas son objet* » puisque le contenu de cet exposé a naturellement pour objectif de mettre en valeur l'intérêt qui s'attache à l'adoption du texte. Il peut certes apparaître louable et pragmatique que le juge ne s'immisce pas dans le choix démocratiquement exprimé par les citoyens, mais, ainsi que le note Richard GHEVONTIAN, « *un tel choix risque, finalement, de provoquer un résultat inverse. En effet, avec la théorie de l'influence déterminante trop systématiquement appliquée, on peut aboutir à une situation paradoxale à savoir l'impossibilité de sanctionner des manœuvres déloyales d'envergure dès lors qu'elles ont abouti à une élection triomphale…* »[663].

Sous-Paragraphe 2. La campagne officieuse

En marge de la campagne officielle, les candidats continuent de mener une propagande active. Mais le code électoral, sous le contrôle attentif du juge de l'élection, encadre assez strictement ces activités. Les tracts et autres formes de propagande écrite sont les moyens de propagande les plus usités par les candidats. Les règles dégagées par le code électoral infirment à première vue la conception restrictive du débat public retenue par la jurisprudence[664], puisque l'article L. 49 alinéa 1 du Code électoral limite l'interdiction des bulletins, circulaires et autres documents

---

[661] Cons. const., 7 avril 2005, DE VILLIERS ET PELTIER. La tradition républicaine évoquée par le juge constitutionnel trouve sa source dans l'article 56 de la Constitution du 24 juin 1793 qui dispose que « les projets de loi sont précédés d'un rapport ». C'est également ce qui explique la compétence du juge constitutionnel : celle-ci est ainsi limitée dans le cadre des recours dirigés contre des actes préparatoires à un scrutin dont le contentieux incombe au juge constitutionnel aux dispositions figurant dans un décret propre à ce scrutin. Cons. const., 7 avril 2005, RPF. Or, ici, l'envoi de l'exposé des motifs est implicitement mais nécessairement prévu par le décret portant organisation du référendum.

[662] Jean-Pierre CAMBY, *Le contentieux de l'organisation du référendum du 29 mai 2005*, RDP, n°3-2005, p. 592.

[663] Richard GHEVONTIAN, *La loyauté dans la compétition électorale*, IN DEBARD Thierry et ROBBE François (Dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, Paris, L'Harmattan, Coll. Questions contemporaines, 2005, p. 151. Et certains auteurs n'ont pas hésité à souligner que le fait que le Conseil puisse valider une élection alors qu'est établie l'existence de manœuvres frauduleuses a une influence néfaste sur la perception que peut avoir « *l'opinion publique* » de l'ensemble de l'activité juridictionnelle du juge constitutionnel, Pascal JAN, RDP, n°1-2002, numéro spécial VIème République, p. 540.

[664] Tout au contraire, la Cour suprême des États-Unis a estimé qu'une loi de l'État de l'Ohio exigeant que tout document distribué dans le cadre d'une campagne politique soit signé constituait une forme inconstitutionnelle de limitation de la liberté d'expression. Dans l'opinion de la Cour rédigée par le juge STEVENS, il est ainsi souligné que l'interdiction de toute diffusion de document anonyme touche au cœur même de la liberté d'expression protégée par le 1er Amendement, et ce même si la volonté de protéger l'intégrité du processus électoral peut apparaître louable aux yeux de la Cour. MC INTYRE V. OHIO ELECTIONS COMMISSION 115 S.Ct 1511, 1995.

électoraux au seul jour du scrutin. Ainsi que le souligne la doctrine, la raison d'être de l'interdiction de diffusion de bulletins, circulaires et autres documents électoraux le jour du scrutin est simple : « *il s'agit essentiellement de préserver la sérénité de l'électeur lorsqu'il se rend au bureau de vote pour accomplir son devoir de citoyen* »[665]. Reste que, allant au-delà de la lettre de l'article L. 49 du Code électoral, le juge de l'élection sanctionne parfois la diffusion de tracts dans les jours qui précèdent le scrutin[666]. Ici entre en ligne de compte la théorie de l'influence déterminante qu'a pu avoir cette manœuvre déloyale sur le résultat du scrutin : en d'autres termes, toute irrégularité ou manœuvre y compris frauduleuse n'entraîne l'annulation du scrutin que si elle a eu sur son résultat une influence décisive. Ainsi que le souligne Jean-Pierre Camby, « *un tract s'analyse donc toujours comme un élément non dissociable de l'ensemble de la campagne et des possibilités de réponse* »[667]. Plusieurs paramètres semblent se dégager de la jurisprudence.

L'attitude du juge sera déterminée avant tout par le contenu du tract. Si la violence des imputations est telle qu'elle dépasse le cadre de la polémique électorale, alors le juge considérera qu'il s'agit de manœuvres destinées à fausser la sincérité et la loyauté du scrutin[668]. Cette position est d'ailleurs également celle de la Cour européenne des droits de l'homme[669]. On peut noter également que le classement sans suite d'une plainte en diffamation n'est pas de nature à

---

[665] François Robbe, *Les formes légales de propagande électorale*, op. cit., p. 317.

[666] CE, Ass., 27 janvier 1984, Élections municipales de Pléssis-Robinson, AJDA, 1984, p. 338.

[667] Jean-Pierre Camby, *Le contentieux des élections des députés : éléments pour un bilan*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°5, 1998, p. 79.

[668] CE, 29 juillet 2002, Élections municipales de Vitrolles. Le considérant du Conseil d'État sur cette affaire est particulièrement éloquent : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'au cours de la campagne électorale précédant le renouvellement du conseil municipal, les attaques dirigées contre … , qui conduisait la liste « Réconcilier Vitrolles », ont revêtu un caractère exceptionnellement violent ; qu'en particulier, les tracts contenant des imputations injurieuses et diffamatoires mettant en cause sa vie privée et ses bonnes mœurs, dont les termes excèdent largement les limites de ce qui peut être toléré dans le cadre de la polémique électorale, ont été diffusés de manière massive avant le premier tour de scrutin ; que la portée de ces imputations, dont la nature excluait une défense utile de la part de l'intéressé, n'a pu être suffisamment atténué par la publication d'un communiqué par lequel le procureur de la République faisait savoir que la plainte qui en avait été à l'origine avait été classée sans suite ; que dans ces conditions, la campagne injurieuse et diffamatoire visant M. ... a constitué une manœuvre qui* […] *doit être regardée comme ayant été de nature à fausser les résultats du scrutin* ».

[669] Dans l'affaire Incal c. Turquie, la Cour a ainsi rappelé que le tract litigieux « *exposait des fait avérés présentant un certain intérêt pour l'opinion publique* » et que s'il « *contenait certaines remarques virulentes au sujet de la politique du gouvernement turc,* [ce message ne pouvait pas] *passer pour une incitation à l'usage de la violence, à l'hostilité ou à la haine entre citoyens* », 9 juin 1998, § 50. Pour une réflexion qui dépasse le strict cadre du contentieux électoral, cf. Mario Oetheimer, *La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine*, précité.

limiter le pouvoir du juge de l'élection, celui-ci s'attachant à considérer l'élection et son caractère loyal dans leur globalité[670]. Toutefois, deux principes jurisprudentiels solidement établis peuvent écarter le moyen tiré du contenu des tracts litigieux. Premièrement, la possibilité qu'a le candidat mis en cause de répondre aux imputations calomnieuses ou diffamatoires dans un délai raisonnable atténue leur caractère déterminant[671], le juge veillant également à préserver le droit de réponse des candidats face à des tracts qui aborderaient tardivement de nouveaux thèmes de campagne et qui ne seraient pas nécessairement diffamatoires[672]. Mais, à l'inverse, un tract tardif qui n'introduit aucun élément nouveau dans le débat électoral n'entraîne pas nécessairement l'annulation du scrutin[673]. En outre, la conjonction des manœuvres déloyales peut également avoir une influence sur le résultat. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il annulé une élection municipale en « *considérant que si aucune des irrégularités ou manœuvres ci-dessus évoquées ne peut être regardée comme ayant à elle seule altéré la sincérité du scrutin, leur conjonction ajoutée à la sollicitation illicite des abstentionnistes dans au moins deux bureaux de vote, a été de nature à en vicier les résultats* »[674]. Enfin, le paramètre le plus important demeure celui de l'écart de voix. Si cet écart est grand entre le candidat élu et le requérant victime de manoeuvres déloyales voire frauduleuses, le juge valide l'élection[675]. Toutefois, le faible différentiel de voix entre les concurrents n'est pas nécessairement synonyme d'annulation de l'élection, ce critère cardinal pouvant être écarté lorsqu'il entre en conflit avec d'autres critères tels que l'absence d'excès de la

---

[670] CE, 8 juin 1990, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE GOUVILLE-SUR-MER.

[671] CE, 29 juillet 2002, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE BÉTHUNE. Cf. également DC, n°93-1326/1490 AN, BOUCHES DU RHÔNE 10ÈME CIRC. ; « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que le contenu de ce tract* […] *présente un caractère diffamatoire à l'encontre de M. Fabre-Aubrespy. Considérant toutefois que si M. Fabre-Aubrespy n'a pu exercer de droit de réponse à la télévision, il lui était cependant loisible entre le 24 mars 1993 et le jour de l'élection de répliquer dans la circonscription par d'autres moyens à ces allégations diffamatoires ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la diffusion du tract puisse être imputée au candidat élu ou à une formation politique le soutenant ; que dans ces conditions, eu égard à l'écart de voix séparant le candidat élu du requérant, la diffusion de ce tract ne peut être regardée comme ayant été de nature à altérer le résultat du scrutin.* ».

[672] CE, 29 juillet 2002, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE MUNSTER.

[673] CE, 8 mars 1996, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE CHAMPAGNE AU MONT D'OR. Il en va de même si le requérant a repris à son compte le contenu du tract qu'il conteste, et ce en vertu d'une jurisprudence déjà ancienne, CE, 16 octobre 1935, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE PARIS, QUARTIER DES QUINZE-VINGTS.

[674] CE, 18 décembre 1996, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE VITROLLES.

[675] DC, 20 février 1998, n°97-2113/2119/2146/2154/2234/2235/2242/2243 AN Parsi, 2ème Circ. « *Considérant que le cumul de faits, graves et répétés, au sein du même arrondissement, est de nature à accréditer l'existence d'une manœuvre dans les conditions d'établissement de la liste électorale ; considérant, toutefois, qu'il résulte de l'instruction que le nombre des électeurs dont l'inscription peut être suspectée de fraude et qui ont voté au second tour de scrutin est sensiblement inférieur à l'écart de voix entre les candidats à ce tour, qui est de 2725 voix ; que la ma,œuvre en cause, aussi condamnable soit-elle, n'a pu dès lors inverser le résultat du scrutin* ».

polémique électorale, l'absence d'éléments nouveaux, ou la possibilité de répondre aux allégations contenues dans des documents électoraux[676]. De plus, dans l'appréciation de ce qu'est un faible ou un grand écart de voix, il y a non seulement des techniques d'évaluation variables[677], « *mais aussi une part de mystère…* »[678].

Pour ce qui est du bilan de mandat, la réforme intervenue en 2001 témoigne du changement de nature de la campagne électorale. L'article L. 52-1 alinéa 2 du Code électoral[679] prévoit en effet qu'« *à compter du premier jour du sixième mois précédant le mois au cours duquel il doit être procédé à des élections générales, aucune campagne de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité ne peut être organisée sur le territoire des collectivités intéressées par le scrutin* ». Favoriser une égalité parfaite entre les candidats[680] apparaît alors comme une nécessité et s'inscrit dans la continuité des dispositions précitées du code électoral en matière d'affichage ou de tracts. Le juge de l'élection allait toutefois lui conférer une interprétation très stricte, en décalage avec l'avènement de la communication politique. Ainsi précise-t-il que le document « *qui valorise les réalisations et la gestion* […] *constitue une campagne de promotion publicitaire, au sens des dispositions précitées, nonobstant la circonstance qu'elle n'a pas été financée par la commune* […] *mais par les participations individuelles des élus sortants et des sympathisants* »[681]. Appliquée littéralement, cette jurisprudence risquait d'aboutir à priver les électeurs du débat nécessaire sur le mandat du sortant, ces derniers ne pouvant financer aucune campagne de promotion de leurs réalisations même à titre privé. L'article 23 de la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001 a dès lors complété l'alinéa 2 de l'article L. 52-1 du Code électoral en lui ajoutant deux phrases d'importance. Ainsi, il est précisé que « *cette interdiction ne s'applique pas à la présentation, par un candidat ou pour son compte, dans le cadre de l'organisation de sa campagne, du bilan de la gestion des mandats qu'il détient ou qu'il a*

[676] Voir par exemple, CE, 11 janvier 2006, Élections cantonales de Trets, note de Bernard Maligner, ajda, n°28-2006, pp. 1564-1567.

[677] Mesure en valeur absolue (CE, 5 mars 1990, Élections municipales de Dunkerque), mesure en valeur relative en tenant compte du rapport entre l'importance quantitative de l'irrégularité et l'écart séparant les listes (CE, 25 mai 1990, Élections municipales de Cuisse-La-Motte) ou de l'importance potentielle de l'irrégularité et de l'écart entre les candidats (CE, 2 février 1990, Élections municipales de Clichy-sous-Bois).

[678] Bernard Maligner, note sous CE, 29 novembre 2004, Élections municipales de Contrevoz, ajda, n°8-2005, p. 439.

[679] Introduit par l'article 3 de la loi n°90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.

[680] Il s'agit d'éviter « *qu'un candidat sortant ne fasse usage des moyens de la collectivité, dont il est élu, pour promouvoir son bilan quelques mois seulement avant l'élection* ». Rapport de n°2755 de M. Jean-Yves Caullet, cité par Patrick Lingibé, *La promotion du bilan de mandat en période électorale*, jcpa, n°44/45-2003, p. 1442.

[681] CE, sect., 2 octobre 1996, Élections municipales de Bassens.

détenus ». Le juge a pour l'instant fait montre d'un grand pragmatisme en appliquant les critères qu'il avait déjà dégagés afin de vérifier la sincérité du scrutin[682]. Dès lors, une collectivité peut toujours mettre en place des outils de communication avec les citoyens[683], la communication locale étant considérée comme un service public et à ce titre soumise au principe de continuité[684]. Le juge administratif tient généralement compte de deux éléments pour apprécier cette publicité. D'une part, la périodicité de l'information donnée aux citoyens : une information régulièrement diffusée depuis des années ne posera pas de problèmes particuliers. D'autre part, le contenu de l'information diffusée : si elle tend simplement à informer le citoyen sans mettre en avant l'élu ou l'équipe en place, elle sera admise[685].

---

[682] Ainsi le juge administratif a rappelé que la publication de clichés photographiques de personnalités en compagnie du candidat dans son journal de campagne relève du régime juridique applicable à toutes publications de presse, sous réserve, au surplus, du respect de la réglementation du droit à l'image et du droit électoral. Ainsi, le Conseil d'État, qui avait déjà eu l'occasion dans un arrêt du 18 décembre 1996 ÉLECTIONS MUNICIPALES DU XVIÈME ARRONDISSEMENT DE PARIS de rappeler que la parution dans un supplément national d'un article consacré au candidat aux élections municipales et le présentant en sa qualité de membre de gouvernement ne constituait pas un procédé de publicité commerciale, a considéré qu'un bulletin municipal envoyé à l'ensemble des électeurs moins de six mois avant le premier tour des élections, contenant un éditorial et une photographie du maire et qui présentait l'action municipale sous un angle particulièrement avantageux constituait bien une campagne de promotion publicitaire. Toutefois, eu égard à l'écart de voix entre les deux listes concurrentes, cette irrégularité n'a pu vicier la sincérité du scrutin. CE, 6 février 2002, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE PONT-DE-CHÉRUY. Pour une solution analogue en ce qui concerne les encarts publiés dans des quotidiens régionaux, Voir CE, 29 juillet 2002, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE SAINT GAUDENS.

[683] Ainsi, le fait que le site internet du Conseil général de Vendée, dont un candidat aux élections européennes est président, se bornait à la promotion d'actions de cette collectivité sans faire allusion à cette élection proche, ne saurait être regardée comme ayant méconnu les dispositions du 2ème alinéa de l'article L. 52-1 du code électoral, CE, 29 novembre 2004, ÉLECTIONS DES REPRÉSENTANTS FRANÇAIS AU PARLEMENT EUROPÉEN CIRCONSCRIPTION « OUEST ». Cette jurisprudence n'infirme toutefois pas la jurisprudence ELECTIONS MUNICIPALES DE RODEZ du 8 juillet 2002 où le Conseil d'État a considéré que l'utilisation d'un site Internet « *constituait une forme de propagande électorale par voie de communication audiovisuelle* ». Pour des précisions, cf. Jean GONIÉ, *Internet et communication électorale : les principaux points de la recommandation du Forum des droits sur l'Internet*, D., n°16-2003, pp. 1043-1044.

[684] TC, 24 juin 1996, PRÉFET DE L'ESSONNE ; CE, 10 juillet 1996, COISNE.

[685] Néanmoins, il est d'usage, afin d'éviter une censure du juge de l'élection, de suspendre pour la période de six mois le traditionnel éditorial de l'exécutif local, ainsi que, par souci d'équité, les tribunes des différents groupes représentés au sein de l'assemblée délibérante. Or, le Tribunal administratif de Versailles a considéré que cette mesure « *prive les élus de l'opposition municipale de l'expression de leur opinion sur la gestion et les réalisations de la municipalité* [et] *porte une atteinte grave et immédiate à l'exercice de leur mandat* », TA Versailles, Ord. réf., 9 mars 2007, MARQUAILLE. Ainsi que le souligne un commentateur, « *la communication locale n'a pas à s'interrompre au motif de la proximité d'un scrutin et peut continuer sans risque juridique, à condition de demeurer informative et dénuée de toute polémique partisane* », Delphine KRUST, *Droit d'expression des élus dans les supports d'information locale en période électorale : quand prudence n'est pas mère de sûreté*, Lamy Collectivités locales, n°25, 2007, p. 66.

Sans pour autant paralyser l'activité électorale, le code électoral tente donc d'organiser l'espace public autour du sacro-saint principe de communication politique. L'encadrement des moyens traditionnels de propagande reflète à notre sens un postulat ancien hérité de la théorie française de la représentation. Il s'agit en effet d'éviter que le libre débat ne puisse vicier le raisonnement de l'électeur ou fausser l'égalité entre les candidats. Toutefois, l'avènement des moyens modernes de communication vient remettre en cause une telle conception. Ainsi, les règles électorales encadrant les médias peuvent apparaître comme hésitantes et ambiguës quant à la place à leur confier dans la polémique politique.

Paragraphe 2. Médias et compétition électorale

Le débat public, dans les enceintes parlementaires ou dans les médias, est perçu comme un élément essentiel du fonctionnement démocratique. Cela suppose qu'il soit équitable, c'est-à-dire qu'il respecte et permette l'expression égalitaire de tous les points de vue représentatifs. Or, « *sans doute les débats qui structurent en permanence le déroulement de la vie politique souscrivent-ils en partie à ces conditions idéales ; mais en partie seulement.* […] *Par leur omniprésence dans la vie des citoyens, les médias contribuent à construire les représentations sociales de ce qui est politiquement important* »[686]. Et c'est précisément parce que « *l'équité appartient au monde abstrait des idées et se pose en surplomb, en critère d'évaluation de la norme juridique* »[687] que le droit se doit dès lors de prendre en compte les effets que peuvent avoir les médias sur l'opinion publique dans la compétition électorale. Au regard des dispositions du code électoral, les médias semblent jouer un rôle ambigu dans la campagne dite officielle (**Sous-Paragraphe 1**). Mais c'est bien la place grandissante des médias dans la compétition électorale qui interroge les mécanismes juridiques quant à leur adaptation vis-à-vis de ce que l'on appelle la démocratie d'opinion (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Le rôle ambigu des médias dans la campagne officielle

Aujourd'hui, à tort ou à raison, les médias sont parés d'un pouvoir politique exorbitant. Selon l'opinion communément admise, ils « feraient » l'élection, façonneraient les hommes politiques, dénatureraient les mécanismes représentatifs en pervertissant le libre débat politique. Un tel postulat va pourtant à l'encontre des théories classiques des « effets limités ». Ainsi que l'avait

---

[686] Philippe Braud, *La démocratie politique*, Seuil, Coll. Points, Paris, 2003, pp. 151-152.

[687] Christophe Geslot, *Condition de nationalité et droit de vote*, in Debard Thierry et Robbe François (Dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, op.cit, p. 13.

mis en avant Paul LAZARSFELD[688], le rôle des contacts personnels dans la formation des opinions individuelles étant considérable, ce n'est qu'indirectement, par leur intercession, que les messages émis par les médias peuvent toucher la population. Ce processus fut couramment appelé « flux à deux temps »[689]. En outre, les individus ont tendance à rechercher l'information qui les conforte dans leurs propres normes et celles de leur groupe. La perception ou « *l'exposition sélective* » fait donc que les gens ont tendance à ne s'exposer qu'aux informations en accord avec leur opinion préalable et à ne retenir que celles-là[690]. Or, différents auteurs ont tenté de remettre en cause la théorie de l'exposition sélective. Ainsi, les moyens d'information et de propagande ont-ils de plus en plus la capacité de choisir leurs destinataires autant que ceux-ci ont la facilité de sélectionner les premiers. Dès lors, « *les médias ne doivent pas être considérés comme un simple intermédiaire entre l'offre et la demande politique, mais comme doués d'une capacité contributive partiellement autonome* »[691]. Les règles encadrant la campagne électorale dans les médias retiennent cette conception selon laquelle les médias audiovisuels constituent aujourd'hui le forum du débat politique, le lieu où le citoyen s'informe, et élabore en partie ses convictions. Dès lors, le droit se doit d'organiser le pluralisme des idées et opinions dans les grands médias.

Même si les candidats ne peuvent pas recourir à la publicité politique en vertu de l'article L. 52-1 du Code électoral, les ondes de radio et de télévision leur sont largement ouvertes. Les campagnes officielles radiotélévisées, diffusées sur les chaînes de service public, sont encore partiellement règlementées par des textes datant du monopole d'État sur la radio et la télévision[692]. A cette époque, ces émissions constituaient un espace privilégié d'expression des candidats ou partis en période électorale, dans un contexte d'offre et de liberté éditoriale des programmes d'information qui n'était pas celui que nous connaissons aujourd'hui. Mais aujourd'hui, renforcée par la fin du monopole et l'avènement de services privés de télévision, la

---

[688] Paul LAZARSFELD, *The people's Choice*, New-York, Columbia, University Press, 1948.

[689] Elihu KATZ, *The two Steps Flow of Communication ; An Up-To-Date Report on an Hypothesis*, The Public Opinion Quarterly, Vol. XXI, n°1-1957, pp. 61-78.

[690] Cf. Jay G. BLUMLER, Roland CAYROL, Gabriel THOVERON, *La télévision fait-elle l'élection ? Une analyse comparative, France, Grande-Bretagne, Belgique*, Paris, Presses de la FNSP, 1978.

[691] Guillaume SAINTENY, *Les médias font-ils l'élection ?*, MÉDIASPOUVOIRS, n°30-1993, p. 9.

[692] Il est à noter que le fait de fixer des règles d'utilisation par les différentes listes des chaînes publiques de radiodiffusion et de télévision pendant la campagne électorale n'est pas incompatible avec les stipulations de l'article 3 du premier protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'homme selon lequel les États s'engagent à organiser des élections libres. CE, 3 décembre 1999, M. COTTEN.

télévision est le moyen essentiel, voire parfois unique, pour l'information des électeurs. Les émissions de campagne officielle radiotélévisée occupent une place à part dans le paysage audiovisuel français. Elles s'assimilent à un temps d'antenne gratuit donné sur des chaînes publiques (et elles seules)[693] aux partis, candidats ou listes bénéficiaires qui ont l'entière responsabilité du contenu de leur émission. Le premier alinéa de l'article 16 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée donne pour mission au CSA de fixer les conditions de production des campagnes officielles ainsi que leurs conditions de programmation. A ce titre, il répartit en nombre et en durée d'émissions le volume d'antenne accordé par les textes aux bénéficiaires de la campagne. Deux aspects méritent d'être soulignés ici.

Tout d'abord, le contenu du message est contrôlé strictement par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Si l'article L. 167-1 du Code électoral dispose que « *les partis et groupements peuvent utiliser les antennes du service public de radiodiffusion et de télévision pour leur campagne en vue des élections législatives* », le CSA a rappelé que les organisations politiques ne pouvaient mettre en péril l'ordre public, attenter à l'honneur d'autrui, faire des interventions à caractère publicitaire, faire apparaître des lieux et bâtiments publics, tourner en dérision les représentants d'autres organisations politiques par exemple. Dès lors le CSA a bien le droit d'interdire un message déterminé d'une campagne officielle s'il estime que ce message contrevient aux dispositions précitées. Toutefois, ainsi que le souligne le commissaire du gouvernement Jean-Claude BONICHOT dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État du 26 mars 1993 PARTI DES TRAVAILLEURS, « *interdire la diffusion d'un message par un parti ou groupement politique constitue une atteinte grave à la liberté d'expression en matière politique, surtout en période de campagne électorale. Mais ce pouvoir s'exerce sous le contrôle du juge* […] *Le principe doit alors être celui de la liberté du message. Il en résulté que le contrôle de son contenu par le CSA doit se faire avec mesure et nous dirions même avec réserve* »[694]. Ainsi, le message doit avoir avant tout un contenu politique, ceci n'interdisant pas de faire référence à des évènements antérieurs ou postérieurs à la campagne

---

[693] Le Conseil d'État, en rappelant l'obligation de simultanéité qui pèse sur les sociétés nationales de télévision pour la diffusion de la campagne officielle, a rappelé implicitement que seul le législateur pouvait modifier cette règle fixée par la loi. Si la privatisation de TF1 et l'apparition de chaînes privées ont fait disparaître l'objectif premier qui était de viser la quasi-totalité des téléspectateurs présents devant leur poste de télévision à une heure donnée et ainsi garantir aux partis une égalité d'audience, il n'en demeure pas moins que le CSA ne peut pas violer une « *règle aussi claire et impérative de la loi* », CE, 23 mai 1997, MEYET.

[694] Concl. sous CE, Section, 26 mars 1993, PARTI DES TRAVAILLEURS, RFDA, n°3-1991, p. 509.

s'ils ont un lien avec l'activité du parti[695]. Si la solution nous paraît louable, les conclusions du commissaire du gouvernement nous paraissent en outre tenter de juguler une certaine approche de l'espace public inhérente à la démocratie d'opinion. Si le magistrat administratif rappelle l'objectif du débat public dans une campagne électorale, il insiste également sur la nécessité de modifier notre rapport au temps[696]. Or, l'une des critiques majeures faite à la démocratie d'opinion est justement celle de l'accélération du politique qui conduit à « *exacerber la tension entre les différentes temporalités du champ politique. On peut très simplement caractériser cette tension : elle oppose le temps long des institutions au temps court de l'action, des émotions ou des opinions* »[697]. Dès lors est-on entré dans ce que Paul VIRILIO nomme « *la société dromocratique* »[698], caractérisée par le hiatus toujours plus grand (du fait de cette accélération médiatique du temps) entre les attentes du citoyen et les réponses du système. Les campagnes officielles, caractérisées par des messages courts et rythmés, permettent ainsi de réinscrire le politique dans un temps qui n'appartient pas aux médias, car dire aux partis « *qu'ils doivent lutter dans le cadre de la campagne mais ne pas en profiter pour se promouvoir aux yeux de l'opinion ne nous paraît pas correspondre à la réalité de la vie politique et, pour vous le dire comme nous le pensons, tout à fait artificielle* »[699].

---

[695] En l'espèce, lui était déférée la décision du 24 mars 1993 par laquelle le CSA s'était opposé à la diffusion, prévue le lendemain, d'un message enregistré par le Parti des Travailleurs dans le cadre de la campagne officielle en vue des élections législatives. Cette décision de refus était motivée par la circonstance que le Parti des travailleurs annonçait dans son message la tenue d'une réunion publique le 20 juin suivant, annonce que le CSA estimait sans rapport avec l'article 14 de la loi du 30 septembre 1986.

[696] « *Le politique par définition se projette dans le temps. Et il n'appartient pas au CSA d'en suspendre arbitrairement et artificiellement le vol* […]. *Une élection, une campagne électorale est un temps dans la vie politique que l'on ne peut isoler du contexte général* », op. cit., pp. 509-510.

[697] Pierre ROSANVALLON, *Les utopies régressives de la démocratie*, IN Fondation Saint-Simon (Dir.), *France : les révolutions invisibles*, Paris, Calmann-lévy, p. 211.

[698] *Vitesse et politique : essai de dromologie*, Paris, Galilée, Coll. Espace critique, 1977.

[699] Jean-Claude BONICHOT, Concl. sous CE, Sect., 26 mars 1993, PARTI DES TRAVAILLEURS, op. cit., p. 510.

Ensuite, à l'exception des campagnes référendaires[700], aucune disposition ne définit de règles quantitatives quant à l'accès à l'antenne des candidats. Dès lors, il revient au CSA d'adresser des recommandations aux services de radio et télévision pour la durée des campagnes électorales afin que soit préservée l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion. Par exemple, concernant l'élection présidentielle, le CSA a adopté une recommandation en date du 7 novembre 2006 dont la principale nouveauté réside dans un calendrier électoral divisé en trois périodes au lieu de deux comme précédemment. Approuvée par le Conseil constitutionnel[701], la recommandation distingue donc entre une phase dite « préliminaire » allant du 1er décembre 2006 jusqu'à la veille de la publication de la liste des candidats à l'élection présidentielle établie par le Conseil constitutionnel (soit le 20 mars 2007), la période « intermédiaire » qui couvre la séquence allant de cette publication à la veille de l'ouverture de la campagne officielle (soit du 21 mars au 8 avril 2007), et enfin la période de la campagne électorale (soit du 9 au 20 avril 2007). Ce distinguo a des conséquences précises concernant l'accès aux médias puisque pendant la première période « préliminaire », les opérateurs doivent veiller à une présentation et un accès équitable à l'antenne des candidats déclarés ou présumés et de ceux qui les soutiennent. L'équité s'applique tant au temps d'antenne (qui comprend le temps de parole ainsi que l'ensemble des éléments éditoriaux consacrés à un candidat et à ses soutiens) qu'au temps de parole (toutes les interventions du candidat ou de ses soutiens). Puis, pendant la période intermédiaire, l'équité vaut pour le temps d'antenne tandis que le temps de parole se voit appliqué le principe égalitaire. Enfin, pendant la période officielle, le principe égalitaire demeure la règle[702]. Cette

---

[700] Ainsi le décret du 17 mars 2005 relatif à la participation des partis et groupements politiques à la campagne électorale concernant la ratification du Traité établissant une Constitution européenne avait retenu, comme en 2000 lors de la campagne concernant la modification de la durée du mandat du Président de la République, un double critère : soit avoir obtenu au moins 5% des voix des suffrages au cous de l'élection au Parlement européen du 13 juin 2004, soit que cinq députés ou cinq sénateurs se soient rattachés à la formation en cause pour l'attribution de l'aide publique aux partis politiques. Une telle décision apparaît comme respectueuse du pluralisme puisqu'une formation, même non représentée au Parlement européen, n'est pas pour autant *a priori* exclue de la campagne électorale. Dans sa décision du 7 avril 2005, Génération Écologie et autres, le Conseil constitutionnel a ainsi précisé que ces critères étaient objectifs, « *en raison notamment du caractère limité des temps d'antenne disponibles à la radio et à la télévision en vue de la campagne officielle* [et qu'ils] *ne portent pas atteinte à l'égalité entre les partis ou groupements politiques* ».

[701] Cf. Jean-Éric Schoettl, *La recommandation du CSA en vue de l'élection présidentielle de 2007*, note sous Cons. const., 26 octobre 2006, lpa, n°239-2006, pp. 16-21.

[702] Pour la dernière élection présidentielle de 2002, le décret n°2001-213 du 8 mars 2001 fixait en son article 15 que « *le principe d'égalité entre les candidats doit être respecté dans les programmes d'information des sociétés nationales de programmes et des services de communication audiovisuelle autorisés ou concédés en ce qui concerne*

recommandation fut critiquée, notamment en ce qu'elle portait atteinte, en ayant fixé le début de la période préliminaire trop tardivement au 1re décembre 2006, au pluralisme des courants de pensée et d'opinion. Saisi en référé sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA, le Conseil d'État a estimé qu'il lui revenait effectivement de veiller au respect d'une telle liberté fondamentale, mais qu'aucune illégalité manifeste n'avait été commise par le CSA. Ensuite, et surtout, était contestée le bien-fondé des critères retenus par l'autorité administrative indépendante pour définir l'équité. En effet, cette notion d'équité s'appuie sur la recherche d'un équilibre entre le juste et l'injuste mais elle apparaît fort contestable en droit positif[703] : tout au plus, le juge de l'élection vérifie-t-il que les différents médias n'ont pas méconnu l'équilibre entre les candidats en adoptant « *un traitement discriminatoire de nature à avoir altéré un scrutin* »[704]. Á la différence de 2002 ou de la campagne référendaire de 2005[705], le CSA a cette fois-ci été beaucoup plus explicite en matière d'équité de traitement puisqu'il retient deux critères, à savoir la représentativité du candidat[706] et sa capacité à manifester concrètement l'intention affirmée d'être candidat[707]. Le juge des référés n'a pas davantage estimé que l'opinion retenue par le CSA, dont la définition implique nécessairement une marge d'appréciation, était entachée d'une illégalité manifeste[708]. L'obligation d'impartialité imposée aux services de télévision et de radio les conduit donc à respecter une pluralité d'opinions. Pour ce qui est des autres scrutins, en vertu de la règle des trois tiers, les médias français doivent trouver un équilibre entre les membres du gouvernement, ceux de la majorité parlementaire et ceux de l'opposition, tout en assurant un temps d'intervention équitable aux personnalités appartenant à des formations

---

la reproduction ou les commentaires des déclarations et écrits des candidats et la présentation de leur personne ».

[703] Pour des développements sur la notion d'équité, cf. Bernard MALIGNER, *Le juge du « référé liberté » et les débats télévisés lors des campagnes électorales*, note sous CE, Ord. réf., 24 février 2001, TIBÉRI, RFDA, n03-2001, pp. 637-40.

[704] Voir par exemple, Cons. const., 7 juillet 1993, AN MARTINIQUE, 4ÈME CIRCONSCRIPTION.

[705] Où il avait simplement précisé que tous les candidats doivent avoir un « *accès à l'antenne équitable* », cf. la recommandation du CSA en vue du référendum du 29 mai 2005.

[706] Qui peut être évaluée en prenant en compte en particulier les résultats que le candidat ou la formation politique qui le soutient ont obtenu aux élections récentes.

[707] Peuvent être pris en compte pour mesurer cette capacité l'organisation de réunions publiques, la participation à des débats, la création d'instruments de communication spécifiques, la désignation d'un mandataire financier.

[708] CE, Ord. réf., 11 janvier 2007, CORINNE LEPAGE, note de Bernard MALIGNER, *Le principe d'équité entre les candidats devant les médias*, AJDA, n°12-2007, pp. 641-645.

politiques non représentées au Parlement[709]. Ainsi que l'a rappelé Mme LEROY dans ses conclusions sous l'arrêt HORBLIN du 20 octobre 1989, « *pendant la période de précampagne, seule une obligation d'équilibre entre les différentes listes pèse tant sur les sociétés nationales que sur les services autorisés comme TF1* [tandis que] *pendant la période de la campagne officielle, les sociétés nationales sont tenues de diffuser les émissions de propagande des différentes listes.* […] *En dehors de ces émissions règlementaires, tant les sociétés du secteur public que les service privés restent tenus de respecter un équilibre, d'assurer aux différentes listes un temps d'antenne équitable, de veiller à n'exposer leurs prises de position qu'avec impartialité, objectivité, équilibre.* […] *Tous ces termes ne sauraient à notre sens contraindre les entreprises concernées à assurer une égalité des différentes listes dans la participation aux débats et émissions d'information. Il ne s'agit donc pour le juge de l'élection que de s'assurer que cet équilibre et que cette impartialité voulue par le législateur n'ont pas été rompus d'une manière telle que la sincérité du scrutin ait pu en être affectée* »[710]. Cependant, la double reconnaissance de l'équité de traitement entre candidats comme principe général du droit électoral et celle de la liberté éditoriale des chaînes de télévision[711] peut conduire à renforcer paradoxalement les effets néfastes que l'on cherche à combattre. Ainsi, reconnaître aux médias la possibilité de traiter de manière inégale mais équitable les différents candidats à une élection peut contribuer à vicier la compétition électorale. Bien évidemment il n'est pas toujours possible que tous les candidats

[709] Adopté en 1969 et complété le 8 février 2000, ce principe dit de « référence » dispose en outre que « *sauf exception justifiée par l'actualité, le temps d'intervention des personnalités de l'opposition parlementaire ne peut être inférieur à la moitié du temps d'intervention cumulé des membres du gouvernement et des personnalités de la majorité parlementaire* ». Si le Conseil d'État avait implicitement validé le pouvoir du CSA de fixer des modalités de calcul pour la durée du temps d'antenne consacré aux formations politiques en dehors des périodes électorales (CE, 7 juillet 1999, FRONT NATIONAL), il n'existe pour autant pas de critère objectif pour classer tel ou tel parti dans la majorité ou l'opposition parlementaire. Au Printemps 2006, le cas de l'UDF, classée jusque là dans la majorité mais dont une partie de ses membres avait voté la motion de censure à l'encontre du gouvernement, a ainsi montré la grande complexité des choix à opérer par le CSA : en refusant le 20 juin 2006 de « *situer une formation politique contre son gré* » (ce qu'elle avait fait dans un premier temps le 13 juin 2006 en classant l'UDF dans l'opposition parlementaire), l'autorité administrative indépendante avait mis en avant la volonté subjective du groupement politique, tout en tentant de la concilier avec une situation objective comme le vote d'une motion de censure. Mais la situation apparut suffisamment complexe, pour ne pas dire ubuesque, pour que le CSA décide dans le cadre de sa réflexion sur le pluralisme de modifier la règle des trois tiers : ainsi, le 6 octobre 2006, il décida de créer une nouvelle catégorie qui comprendra les formations politiques représentées au Parlement, mais ne se rattachant ni à la majorité, ni à l'opposition. En d'autres termes, le temps de parole des membres de l'UDF est comptabilisé sans être imputé sur celui de la majorité, ni sur celui de l'opposition ; cf. Alexandre TOUZET, *Le double rejet des notions de majorité et d'opposition pour organiser le débat politique*, RA, n°355, 2007, pp. 77-82.

[710] Concl. sous CE, Ass., 20 octobre 1989, HORBLIN, RFDA, n°1-1990, p. 86.

[711] CE, Ord. réf., 24 février 2001, TIBÉRI. Cf. Bernard MALIGNER, *Le juge du « référé liberté » et les débats télévisés lors des campagnes électorales,* op. cit., pp. 642-643.

s'affrontent simultanément dans des joutes oratoires médiatiques ; néanmoins, la libre confrontation des idées, fondement d'un espace public politique, ne peut s'accommoder d'une solution intermédiaire où certains candidats débattraient avec un journaliste, d'autres sous la forme d'un duel ou de monologues télévisés. La recherche d'un temps de parole quasi-identique ne peut laisser oublier que le fond ne va souvent pas sans la forme. En outre, la neutralité des différents médias peut être cependant mise en cause lorsque le scrutin tend à dépasser ou à déconstruire le système partisan en vigueur sur lequel s'appuie le CSA pour comptabiliser les temps de parole. Ainsi, à l'occasion du référendum du 29 mai 2005 portant ratification du traité constitutionnel européen, on a vu le CSA intervenir à de nombreuses reprises afin de rappeler les sociétés de radio et de télévision à leurs obligations de traitement impartial et équitable. Il n'en demeure pas moins que la tâche pouvait s'annoncer ardue pour les grands médias nationaux alors même que les membres d'un parti défendant une ligne officielle s'en écartaient néanmoins[712]. Du reste, alors que les médias ont été accusés, à juste titre d'après le CSA[713], de favoriser le camp du oui, la réponse négative à la question posée vient relativiser une nouvelle fois l'effet direct que peuvent avoir les médias sur les choix des électeurs. Une situation identique se répéta à l'occasion du scrutin présidentiel de 2007, puisque malgré « *un effort des chaînes pour assurer une certaine diversité des candidats déclarés ou présumés ayant accès à leur antenne* […], *cet accès reste néanmoins, sur certaines chaînes, réservé à un nombre trop réduit de candidats au regard des dispositions fixées par la recommandation et notamment de l'ensemble des éléments précisés par celle-ci en vue de définir la notion de candidat déclaré ou présumé* »[714]. Tout ceci souligne ainsi combien l'information des médias dans la formation de l'opinion publique revêt aujourd'hui un caractère primordial[715].

---

[712] Le CSA avait adopté dès le 22 mars 2005 une recommandation destinée aux médias radiophoniques et télévisuels les invitant à assurer aux différents partis et aux différentes expressions au sein d'un même parti, un accès équitable à l'antenne. Cette recommandation était accompagnée d'une « présentation » sur le site internet du CSA indiquant que le temps de parole du Président de la République n'était pas décompté. Le Conseil d'État a ainsi pu juger que la recommandation avait 'implicitement et nécessairement » exclu les interventions du Président de la République du temps de parole décompté, et que, au surplus, « en raison de la place qui, conformément à la tradition républicaine, est celle du chef de l'État dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics, le Président de la République ne s'exprime pas au nom d'un parti ou d'un groupement politique ». CE, 13 mai 2005, HOFFER.

[713] Décisions du 19 avril 2005 concernant TF1, France 2, France 3 et Canal Plus du 22 avril 2005 concernant plusieurs opérateurs où le CSA se réfère directement au « *principe d'équité* ».

[714] Communiqué de presse du 4 janvier 2007, disponible sur le site internet du CSA.

[715] En ce sens, cf. Sandrine ROURE, *La liberté d'expression en France dans le débat politique démocratique. Une liberté d'expression au service d'une liberté de choix*, POLITEIA, n°10, 2006, pp. 269-286.

Il convient également de rappeler que la diffusion de messages politiques connaît une limite dans le temps. Ainsi, le second alinéa de l'article L. 49 du Code électoral prévoit qu' « *à partir de la veille du scrutin à zéro heure, il est interdit de diffuser ou de faire diffuser par tout moyen de communication audiovisuelle tout message ayant le caractère de propagande électorale* ». Ainsi que le souligne un auteur, « *cette disposition vise tout autant à ne pas influencer l'électeur à quelques heures de l'élection qu'à éviter que des propos polémiques ne soient diffusés sans que les intéressés ne puissent s'expliquer* »[716]. Or, un candidat peut très bien voir sa campagne couverte par la télévision sans avoir lui-même saisi ce média. Bien que le candidat ne soit alors pas à l'origine du message en cause, le Conseil constitutionnel a pu ainsi annuler une élection au motif que la diffusion d'un sketch humoristique dans une émission le jour du scrutin avait « *revêtu le caractère d'un message de propagande électorale* »[717]. On ne peut alors que souscrire à l'idée selon laquelle « *une telle solution n'est pas sans danger pour les candidats élus. Il est évident qu'ils ne peuvent pas contrôler tous les médias et ne sont donc pas à l'abri de la diffusion d'un message en leur faveur durant le scrutin* »[718]. Bien évidemment, le juge de l'élection prend en compte l'importance de l'infraction et son

[716] Philippe AUGÉ, *Les conséquences de la diffusion d'un message télévisé en faveur d'un candidat le jour du scrutin*, note sous Cons. const., 28 juillet 1998, AN, 1ÈRE CIRCONSCRIPTION DU VAR, MME LE CHEVALLIER, LPA, n°3-1999, p. 21.

[717] Cons. const., 28 juillet 1998, op. cit. En l'espèce, il s'agissait d'une séquence de l'émission « Le Vrai Journal » diffusée le dimanche midi sur Canal Plus qui invitait les électeurs de manière indirecte (via un acteur) à se lever et à se rendre « très vite dans l'isoloir le plus proche » alors que les électeurs du Front national « ne feraient pas la grasse matinée toute la journée ».

[718] Philippe AUGÉ, *Les conséquences de la diffusion d'un message télévisé (…),* op. cit., p. 21.

impact éventuel sur le vote, notamment au regard de l'écart de voix entre les candidats[719], le taux d'écoute de l'émission incriminée[720] et la nature même du média[721].

Sous-Paragraphe 2. La compétition électorale saisie par les médias

Ainsi que le souligne Jacques GERSTLÉ, « *l'évolution récente de la communication politique est marquée par un fort tropisme publicitaire* […] *; pourtant, l'utilisation des techniques publicitaires dans la communication politique semble mal acceptée par le public français* »[722]. L'interdiction de la publicité commerciale par voie de presse, radio et télévision fait écho à ce point de vue. A ce stade de l'analyse, il convient toutefois de distinguer entre la publicité politique et la propagande électorale. Ainsi, si l'article 52-1 du Code électoral ne distingue pas selon les médias et énonce une interdiction simplement temporaire[723], l'article 14 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la

---

[719] Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que l'intervention du Premier Ministre dans une émission télévisée diffusée le jour même de l'élection au cours de laquelle il avait mis en cause un parti politique présentant un candidat, même si elle avait « *méconnu les règles applicables en matière de communication audiovisuelle pendant la durée des périodes électorales* » n'avait pas eu une influence déterminante sur la sincérité du scrutin eu égard au fait que l'émission avait été diffusée « *moins de trois quart d'heure avant la fermeture des bureaux de vote* » et qu'il existait « *un important écart de voix séparant les deux candidats en présence au second tour* » ; Cons. const., 6 mars 1990, 2ÈME CIRCONSCRIPTION DES BOUCHES-DU-RHÔNE, D., 1990, p. 545, note Charles DEBBASCH. A l'inverse, un simple compte-rendu télévisé de la visite d'une personnalité politique n'est pas de nature à vicier la sincérité du scrutin, CE, 29 novembre 1996, ÉLECTIONS MUNICIPALES D'ANTIBES JUAN-LES-PINS.

[720] Ainsi, l'émission de Karl Zéro étant diffusée en clair à une heure de grande écoute, elle bénéficie selon le Conseil constitutionnel d'un taux d'écoute « *significatif* ». Le juge administratif tient lui aussi le même raisonnement lorsqu'il considère que le fait qu'une radio locale témoigne, à travers ses émissions et durant toue la campagne électorale, d'un soutien exclusif à une liste de candidats lors des élections régionales, a porté atteinte à la sincérité du scrutin en raison de l'audience de cette radio, CE, 7 mai 1993, ÉLECTIONS RÉGIONALES DE LA RÉUNION, M. LALLEMAND ET AUTRES. De même, le fait que France Info diffuse de façon répétée la veille du scrutin un communiqué de la direction du RPR appelant à tout mettre en œuvre pour battre M. Mégret a contribué à vicier le scrutin, « *eu égard à l'audience de cette radio* », CE, 18 décembre 1996, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE VITROLLES.

[721] Ainsi, une diffusion à la télévision est incontestablement davantage susceptible de fausser la loyauté du scrutin. La simple diffusion lors des journaux de 20h sur TF1 et France 2, la veille du scrutin, de reportages relatifs à une élection qui mettraient essentiellement en avant un meeting du maire sortant et les soutiens dont celui-ci bénéficie, contribue à altérer, en raison de l'audience des émissions en cause, la sincérité du scrutin. CE, 18 décembre 1996, op. cit.

[722] Jacques GERSTLÉ, *La publicité politique. Quelques enseignements de l'expérience américaine*, HERMÈS, n°4, 1991, p. 203.

[723] « *Pendant les trois mois précédant le premier jour d'une élection et jusqu'à la date du tour du scrutin où celle-ci est acquise, l'utilisation à des fins de propagande électorale de tout procédé de publicité commerciale par voie de presse ou par tout moyen de communication audiovisuelle est interdite. A compter du premier jour du sixième mois précédant le mois au cours duquel il doit être procédé à des élections générales, aucune campagne de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité ne peut être organisée sur le territoire des collectivités intéressées par le scrutin* ».

liberté de communication modifié par l'article 22 de la loi du 15 janvier 1990 dispose quant à lui que « *les émissions publicitaires à caractère politique sont interdites* »[724], l'article 90-1 du Code électoral punissant toute infraction de 75 000€ d'amende. La prohibition semble bien ici générale et ne se cantonne donc pas aux cas des campagnes électorales. Le juge administratif s'attache d'abord à bien définir ce qu'est une publicité commerciale. Ainsi, un encart publicitaire par lequel un élu vient féliciter une association sportive sans directement faire mention de la campagne électorale en cours ne constitue pas une publicité commerciale à des fins politiques[725]. A l'inverse, un encart publicitaire relayant un argumentaire d'un des candidats relève bien de la publicité commerciale prohibée par l'article L. 52-1. Cependant, le juge administratif, fidèle à sa jurisprudence en matière électorale, prend en compte la possibilité qu'avaient les autres candidats de répondre éventuellement aux arguments diffusés[726], ainsi que le caractère diffamatoire ou non de l'avis publicitaire[727]. C'est bien l'égalité entre les candidats qui détermine la sincérité du scrutin[728]. Il importe donc que les candidats aient accès dans les mêmes conditions aux différents médias[729], le juge prenant également en compte l'écart de voix entre des

---

[724] Le législateur avait en effet dans un premier temps autorisé les partis politiques à diffuser des émissions publicitaires à caractère politique sur les ondes en dehors des campagnes électorales. Le Conseil constitutionnel avait ainsi jugé dans sa décision 86-217 du 18 septembre 1986 qu'une telle possibilité « *n'entrave pas le libre exercice par les partis et groupements politiques de leur activité* ».

[725] CE, 17 octobre 2003, CONSULTATION DES ÉLECTEURS DE CORSE.

[726] Ibid. Le Conseil d'État considère dès lors que cette irrégularité n'a pas été de nature à vicier le scrutin.

[727] CE, 20 juillet 1990, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE VALBONNE : « *Considérant que si un communiqué publié sous la forme d'un avis publicitaire dans le journal « Nice Matin » à la veille du second tour des élections municipales* […] *a invité les électeurs à ne pas voter au second tour pour la liste conduite par M. Giraud, cet avis, qui émanait d'une majorité des membres de la liste « Valbonne ensemble » ne contenait aucune imputation injurieuse ou diffamatoire à laquelle M. Giraud n'aurait pu répondre ; que dans ces circonstances, la diffusion de l'avis du 18 mars, bien que contrevenant aux dispositions de l'article L. 52-1 du code électoral, n'a pas été de nature à altérer la sincérité du scrutin* ».

[728] Il existe toutefois une jurisprudence, isolée, du Conseil constitutionnel où celui-ci, examinant le grief du déséquilibre de propagande entre l'élue, ancien ministre au moment de la campagne, et son adversaire, alors députée sortante, due notamment au fait que dans plusieurs émissions de télévision l'élection a été traité de manière détaillée. Le juge note que les propos tenus ont pu être contrebalancés « *par diverses appréciations critiques formulées au cours de l'émission* », c'est-à-dire par des personnes (journalistes, invités) extérieures à la campagne. Comme le souligne Jean-Pierre CAMBY, cette solution « *paraît éloignée des critères selon lesquels l'équilibre des moyens de propagande s'apprécie avant tout entre candidats* », *Le contentieux des élections des députés : éléments pour un bilan*, op. cit., p. 81.

[729] Ainsi, le Conseil d'État a pu rappeler que « *les émissions diffusées n'ont pas révélé une différence de traitement des différents listes en présence, qui aurait fait bénéficier certaines d'entre elles d'un accès privilégié à ce moyen audiovisuel et aurait été de nature à rompre l'égalité des moyens de propagande entre candidats* », CE, 29 novembre 2002, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE CLUSES.

candidats[730]. L'interdiction de la publicité commerciale est en cohérence avec l'ensemble des dispositions précitées du code électoral ; il s'agit d'éviter que l'électeur ne soit influencé dans son libre choix. La publicité politique aurait en effet tendance à davantage mettre en valeur des images qu'à débattre des problèmes de la communauté des citoyens ; « *elle serait plus susceptible de manipuler les audiences que d'éclairer sur les choix à opérer* »[731].

Reste qu'une telle interdiction pose problème dans une démocratie d'opinion. Tout d'abord, les médias sont libres de définir comme ils l'entendent leur politique éditoriale. Ainsi, le juge de l'élection a déjà eu l'occasion de rappeler « *qu'aucune disposition n'interdisant ou ne limitant les prises de position politiques de la presse dans les campagnes électorales, le fait qu'un journal aurait délibérément favorisé la campagne de M. X n'est pas de nature à entacher d'irrégularité le scrutin contesté* »[732]. Les organes de presse sont ainsi libres de rendre compte de la campagne des différents candidats et de prendre position en faveur de l'un ou l'autre d'entre eux, surtout si celui-ci publie depuis de nombreuses années des articles constituant des prises de position politique : dès lors, celui-ci « *doit être regardé comme un organe de presse disposant de la liberté de ses prises de décision politique* »[733]. Le rôle de la presse comme garante de la libre expression politique des citoyens est donc ici mis en avant. La promotion de la presse peut toutefois apparaître comme paradoxale au regard des règles très strictes encadrant la promotion du débat public pendant les campagnes électorales. Néanmoins, la politique éditoriale de l'organe de presse (écrite ou télévisuelle) peut implicitement influencer un scrutin si elle consiste à relayer des allégations particulièrement outrancières, excluant la possibilité pour l'accusé de répondre « utilement »[734]. Ainsi, la loyauté du scrutin sera altérée si les imputations diffamatoires ont eu

---

[730] Ainsi l'achat d'espaces sur une radio locale annonçant les dates et lieux de réunions électorales lors d'une campagne électorale pour les élections régionales en Guadeloupe constitue bien un procédé prohibé de publicité commerciale par voie de communication audiovisuelle, mais ce qui importe aux yeux du juge c'est le nombre de voix, relativement faible ici, qui aurait permis à la liste lésée d'obtenir un siège supplémentaire. Dès lors, le juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation souverain, annule l'attribution de ce dit siège sans pour autant annuler l'élection dans son ensemble. CE, 12 janvier 2005, ÉLECTIONS RÉGIONALES DE GUADELOUPE.

[731] Jacques GERSTLÉ, *La publicité politique*, op. cit., p. 209.

[732] CE, 29 novembre 1996, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE JUAN-LES-PINS. Il en va de même pour le Conseil constitutionnel : Cons. const., 1er octobre 1981, AN, 6ÈME CIRCONSCRIPTION DES ALPES-MARITIMES.

[733] CE, 29 juillet 2002, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE SAINT-GAUDENS. Le Conseil constitutionnel a la même position : Cons. const., 12 juillet 1996, SÉNAT, ÉLECTIONS SÉNATORIALES DE LA RÉUNION. Le conseil ajoute même qu'un organe de presse n'est pas obligé de retracer la campagne électorale, et peut même refuser de publier un article en faveur d'un candidat, Cons. const., 13 novembre 1970, AN, 2ÈME CIRCONSCRIPTION DE LA GIRONDE.

un large retentissement dans les médias[735], et si l'intéressé n'a pas eu « le temps nécessaire » pour contester les déclarations faites par son adversaire[736].

Ensuite, l'ouverture à la publicité télévisuelle de secteurs jusque là interdits comme la presse, l'édition ou la grande distribution[737] pose des problèmes d'application au regard des dispositions de l'article 14 de la loi du 30 septembre 1986. Dans une recommandation en date du 19 décembre 2003, le CSA a considéré « *que la nouvelle liberté énoncée par le décret du 7 octobre 2003 doit s'apprécier comme un prolongement de la liberté de la presse. En conséquence, sous réserve de leur contournement manifeste, les dispositions précitées ne semblent pas faire obstacle à la publicité pour une publication qui ferait référence à une personnalité, un événement, un parti ou un groupement politique* ». Il est également rappelé que pendant les campagnes électorales il convient aux éditeurs de service de télévision de ne pas diffuser de publicités susceptibles de fausser la loyauté du scrutin[738].

En définitive, « *le juge électoral est juge de la sincérité et non de la moralité. Sa fonction est uniquement de vérifier que le résultat final correspond bien au choix des électeurs même s'il s'accompagne de manœuvres déloyales ou frauduleuses* »[739]. La libre formation de la volonté de l'électeur se confond

---

[734] CE, 29 juillet 2002, Élections municipales de Vitrolles : « *Considérant que des tracts contenant des imputations injurieuses et diffamatoires mettant en cause sa vie privée et ses bonnes mœurs, dont les termes excèdent largement les limites de ce qui peut être toléré dans le cadre de la polémique électorale, ont été diffusés de manière massive ; qu'en outre la presse régionale et nationale a évoqué l'affaire ; que la portée de ces affirmations excluait une défense utile de la part de l'intéressé* ». Cf. Bernard Maligner, note sur CE, 29 juillet 2002, ajda, n°2-2003, pp. 35-36.

[735] CE, 9 juillet 1990, Élections municipales de Torcy. En l'occurrence, une chaîne de télévision d'audience nationale avait diffusé au journal de 20h un reportage consacré au suicide d'une jeune élève d'une école proche de Torcy en précisant que l'un des professeurs était adjoint au maire de Torcy. Une telle assertion, en ce qu'elle exclut une réponse utile, est de nature à fausser la sincérité du scrutin.

[736] CE, 5 avril 2006, Élections municipales de Saint-Eloi. De manière assez surprenante, le juge de l'élection refuse en matière de droit de réponse de tenir compte d'un certain parallélisme des formes. Ainsi, l'hypothèse où un candidat ne pourrait pas répondre en utilisant le même média que son détracteur n'influe pas sur la sincérité du scrutin. Pour des propos qui avaient été tenus par la voie d'ondes radiophoniques, voir CE, 26 février 1990, Élections municipales de Basse-Pointe.

[737] En vertu du Décret n°2003-960 du 7 octobre 2003.

[738] Selon le CSA, « seraient de nature à peser sur le scrutin, les publicités comportant des références, verbales ou visuelles, à des candidats ou listes de candidats, à la compétition électorale ou aux conséquences possibles de l'élection au plan local, régional ou national. Ces règles particulières aux périodes électorales seront rappelées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel dans chacune de ses recommandations ».

[739] Richard Ghevontian, *La loyauté dans la compétition électorale*, op. cit., p. 150. Et l'auteur de citer le commissaire du gouvernement Bernard Stirn : « *Sans doute ne vous appartient-il pas de dégager dans l'abstrait des règles de moralité des élections. Vous avez en revanche, à fixer par une approche pragmatique des connaissances des irrégularités sur chaque élection, les limites normales de la polémique électorale* », Concl. sous CE, 18 mai

donc pour une part avec une stricte égalité des chances. Elle implique que l'État respecte son devoir de neutralité, notamment en ce qui concerne l'usage des mass media. « *L'âge médiatique de la démocratie* »[740] oblige à un contrôle du pluralisme dans l'information télévisuelle et radiophonique. Le droit électoral est dès lors confronté à une double dynamique : garantir la liberté d'expression, notamment au travers d'une presse pluraliste, ainsi qu'un égal accès des différents candidats aux mass media tout en contrôlant l'espace public afin que la propagande mensongère émanant de personnes privées ne vienne porter atteinte à la liberté de vote[741].

Section 2. Compétition électorale et démocratie d'opinion : vers une nouvelle régulation juridique

Jean-Marc FERRY constatait il y a peu que « *notre espace public politique n'est plus essentiellement « juridique » au sens large du terme, c'est-à-dire structuré par un principe argumentatif et régulé par l'impératif catégorique du respect de l'intégrité personnelle, de la liberté individuelle et de la souveraineté du citoyen* »[742]. La subversion du principe juridique par le principe médiatique tendrait en effet inéluctablement à perturber la représentation politique. Une telle position semble exagérée. Il faut en effet continuer à garantir à l'électeur la possibilité de faire son choix indépendamment de toute influence extérieure[743]. La représentation va inévitablement de pair avec la consécration du droit des gouvernés à former et à exprimer à tout moment leur opinion politique en dehors du contrôle des gouvernants : ainsi, « *la liberté de l'opinion publique constitue un des traits démocratiques du gouvernement représentatif* »[744]. Pourtant, il est vrai que la métamorphose du

1990, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE SAINT-VINCENT-DE-PAUL, RFDA, n°5-1991, p. 807. Cf. également du même auteur, *Le contentieux électoral saisi par la morale ?*, Mélanges Loïc Philip, op. cit., pp. 91-98.

[740] Monique DAGNAUD, *L'âge médiatique de la démocratie*, ESPRIT, n°3-4/1995, pp. 49-58.

[741] Les normes visant censément à prévenir les abus de la liberté d'expression peuvent parfois conduire à censurer le discours critique envers les autorités ou visant à modifier la constitution. Ainsi, la loi électorale de Biélorussie (Articles 47, 49 et 75 du Code électoral) n'est pas conforme aux standards européens, dans la mesure où elle interdit que les documents de campagne contiennent « *des termes insultants ou diffamatoires en rapport avec des personnalités officielles de la République du Belarus et d'autres candidats* ». Exemple cité par Pierre GARRONE, *Le patrimoine électoral européen. Une décennie d'expérience de la Commission de Venise dans le domaine électoral*, RDP, n°5-2001, p. 1436.

[742] Jean-Marc FERRY, *Les transformations de la publicité politique*, HERMÈS, n°4, 1991, p. 24.

[743] Ainsi que l'a confirmé à maintes reprises la Cour suprême américaine, « *il est indiscutable que dans une société libre et démocratique le droit de vote revêt une importance fondamentale. Dans la mesure où l'exercice libre et sans entrave du droit de suffrage contribue en particulier à la protection d'autres droits fondamentaux de nature civile et politique, toute atteinte qui sera portée au droit de vote des citoyens doit être soumise à un examen attentif et minutieux* », opinion du Chief Justice WARREN sous REYNOLDS V. SIMS, précité, cité par Élisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 667.

[744] Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., p. 296.

gouvernement représentatif se manifeste essentiellement aujourd'hui au travers du découplage entre opinion publique et vote. Comme le souligne par exemple Bernard MANIN, « *les sondages opèrent selon la structure formelle qui a été considérée comme caractéristique de cette nouvelle forme de gouvernement représentatif : la scène et le public, l'initiative et la réaction* »[745]. Les sondages apparaissent donc comme un instrument ambivalent au cœur du phénomène politique, et plus particulièrement lorsqu'ils sont utilisés dans la campagne électorale comme un instrument au service des citoyens. Longtemps ignorés par le monde du droit et des juristes, ils sont devenus un objet d'étude pour la science juridique au fur et à mesure que progressait l'idée d'État de droit et que se renouvelait l'approche du phénomène démocratique[746]. La régulation juridique demeure alors nécessaire à l'ordre démocratique et tente de circonscrire le phénomène sondagier (**SOUS-SECTION 1**). L'impératif communicationnel a également des conséquences sur le coût de l'engagement démocratique. Hermann HELLER avait ainsi pu stigmatiser le fait que « *la supériorité économique et civilisatrice met entre les mains des dominants suffisamment de moyens pour renverser en son contraire réel la démocratie politique par une influence directe ou indirecte sur l'opinion publique. Par le contrôle financier des partis, de la presse, du cinéma, de la littérature,* […] *elle est en mesure, sans même recourir à la corruption, d'exercer une habile influence sur la machine électorale, de sorte que, tout en conservant la forme démocratique, on aboutisse cependant, quant au contenu, à une dictature* »[747]. Naturellement cette critique reste fortement empreinte d'une vision socialiste de la démocratie politique, mais elle met l'accent sur le besoin de régulation de la campagne électorale. Pour le dire autrement, si le pluralisme politique est bien le fondement même de la démocratie, il appartient alors aux règles juridiques d'encadrer strictement le financement de la vie politique (**SOUS-SECTION 2**).

Sous-section 1. Les sondages électoraux saisis par le droit

En légiférant sur les sondages d'opinion, le Parlement participe de manière évidente à la réflexion sur le contrôle de l'espace public : permettre une meilleure information des citoyens tout en garantissant la loyauté et la sincérité du scrutin nécessite à ses yeux d'encadrer

[745] Ibid., p. 296.

[746] Cf. par exemple, Sandrine ROURE, *La notion constitutionnelle d'électeur*, op. cit., pp. 38-49.

[747] *Démocratie politique et homogénéité sociale*, op. cit., p. 208.

strictement la production des sondages électoraux en fixant des règles précises définissant leur contenu. L'argument est donc directement tiré du contentieux électoral et il est certain que le sondage est un élément de propagande électorale susceptible de vicier le résultat du scrutin[748]. La loi n°77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion répond ainsi aux inquiétudes des représentants face au développement croissant des sondages dans la vie politique française[749]. Malgré les dénégations de certains politologues[750], l'idée de règlementer les sondages politiques afin de garantir, notamment en période électorale, la qualité et l'objectivité de cet élément d'information des électeurs faisait l'unanimité : ainsi que l'exprimait le député ROLLAND, à l'origine de la loi, « *il est hors de doute que les intentions de vote de la majorité prétendument révélées par les sondages exercent une influence sur l'intention de vote personnelle de chaque électeur* »[751]. En revanche, l'article 11 de la loi relatif à l'interdiction de diffusion, de publication ou de commentaire de certains sondages pendant la semaine qui précède le scrutin ainsi que le jour même du scrutin se heurtait à l'opposition résolue de

---

[748] Voir en ce sens Jean-Pierre CAMBY, *Sondages, liberté d'expression et élection (Á propos de la décision du Conseil constitutionnel « Hauchemaille VII » du 13 décembre 2001, et de la loi du 19 février 2002)*, LPA, n°72-2002, pp. 13-19. L'auteur rappelle notamment une décision de la Haute juridiction administrative prononçant l'annulation des élections municipales d'Étampes à la suite de la diffusion répétée par la municipalité sortante d'un tract présentant les résultats d'un sondage d'opinion qui lui étaient favorables, CE, 23 janvier 1984, ÉLECTIONS D'ÉTAMPES, Concl. Pierre-Alain JEANNENEY, LPA, 22 juin 1984, p. 7. Néanmoins, le juge de l'élection n'annule l'élection qu'en fonction de la gravité de l'infraction et de l'écart de voix. Cf. CE, 25 mai 1990, ÉLECTIONS MUNICIPALES D'AIX-EN-PROVENCE.

[749] Dès 1973, une proposition de loi sénatoriale déposée par M. DAILLY et interdisant la publication des sondages dès l'ouverture de la campagne législative est votée à l'unanimité. Puis, en 1974, le Président de la République par intérim, Alain Poher, se chargea de superviser l'organisation de l'élection présidentielle dans un climat politique tendu, au cours duquel les deux candidats en lice, François Mitterrand et Valéry Giscard d'Estaing, se trouvaient quasiment à égalité dans les sondages. Aussi, lorsque le quotidien France-Soir annonça, la veille du scrutin, la publication d'un sondage, de nombreux politiques demandèrent au directeur de ce journal de renoncer à une telle publication. Afin d'éviter des débordements de rue, Alain Poher demanda personnellement au directeur de publication de France-Soir d'abandonner un tel projet. Ce qu'il fit, malgré l'absence de toute législation l'y contraignant. Pour un état des lieux en 1977, cf. Pierre AVRIL, *Le droit des sondages*, Mélanges Charlier, Paris, Éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 687-702.

[750] « *Est-ce à dire pour autant que la publication des sondages en période électorale risque de fausser les résultats, et qu'en conséquence cette publication devrait être interdite, ou tout au moins strictement limitée ? Il ne le semble pas, pour deux raisons principales. La première est d'ordre pragmatique et moral. On n'empêcherait pas tels partis, ou telles personnalités, qui en auraient les moyens d'organiser des sondages pour leur propre compte. Dès lors, ils seraient les seuls à pouvoir bénéficier d'une information qui par sa nature même doit être le bien de tous. L'autre raison est de caractère scientifique. En dépit de toutes les allégations sans preuve, on n'a jamais pu montrer que la publication des sondages ait modifié le jeu normal des élections comme la détermination des électeurs* », Jean STOETZEL et Alain GIRARD, *Les sondages d'opinion publique*, op. cit., p. 264.

[751] Cité par Pierre AVRIL, *Le droit des sondages*, op. cit., p. 689.

nombres de groupes parlementaires tels les groupes socialistes et communistes[752] qui s'y opposaient en vertu du principe de la liberté d'expression. C'est bien l'articulation entre la liberté d'expression et la préservation de la liberté de choix de l'électeur qui est donc au cœur de cette législation. Il convient toutefois de noter que la loi sur les sondages ne s'applique pas *a priori* à tous les sondages mais que son champ d'application est en effet circonscrit aux seuls sondages d'opinion et aux opérations de votre réalisées sur leur base et « *ayant un rapport direct ou indirect* » avec certaines votations populaires (référendum, élection présidentielle, élection des parlementaires, élections européennes, élections régionales, cantonales ou municipales) (**Paragraphe 1**). Deux types d'obligations peuvent néanmoins être distinguées au sein du dispositif institué par la loi. Une première série de mesures, que l'on peut qualifier de négatives, pèse sur le diffuseur de sondages politiques et notamment l'interdiction de publier, de diffuser ou de commenter quelque sondage politique que ce soit à la veille de chaque tour de scrutin et le jour du scrutin lui-même (**Paragraphe 2**). Une seconde série de mesures peuvent quant à elles être qualifiées d'obligations positives en ce qu'elles ont pour objectif d'assurer, grâce au contrôle de la Commission des sondages, la loyauté des sondages politiques (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1. Un champ d'application restreint

La loi n'ayant pas défini ce qu'elle entendait par sondage politique, la commission des sondages et la jurisprudence ont dû progressivement apporter des précisions sur les sondages concernés par le dispositif législatif. Dès son premier avis daté du 6 février 1978, la Commission a en effet précisé que n'étaient pas concernés par la loi uniquement les enquêtes sur les intentions de vote mais également les sondages « *sur la popularité d'un homme politique, sur l'état de l'opinion à l'égard du gouvernement, d'un parti ou d'un groupement politique, de son programme, ou généralement d'un sujet lié au débat électoral* ». Ainsi, la Cour de cassation a pu juger que la publication par un hebdomadaire d'un sondage relatif à l'adhésion des français à la construction européenne dans la semaine précédant le référendum sur l'adhésion de la France au traité de Maastricht avait « *incontestablement un rapport direct avec le référendum* […] *Tout sondage d'opinion est régi par les dispositions de la loi du 19 juillet 1977 dès lors que l'une des questions posées au personnes interrogées*

[752] Voir ainsi l'intervention à l'Assemblée nationale de M. Claudius-Petit (3ème séance du 30 juin 1977, JO, Débat AN du 1er juillet 1997, p. 4549) qui s'exclamait : « *On n'interdit pas la liberté ; on n'enferme pas l'expression de la liberté* », citée par Marie Gautier, *Le législateur, la liberté d'expression et la diffusion des sondages d'opinion : une occasion manquée ?*, LPA, n°72-2002, p. 21.

présente un rapport direct ou indirect avec un référendum […] *tel a été le cas en l'espèce* »[753]. Sont également comptabilisés les sondages à la sortie des urnes, notamment lors d'élections à deux tours[754]. Mais pour autant, ainsi que le souligne Pierre AVRIL, les dispositions de la loi ne régissent les sondages que s'ils font l'objet d'une quelconque communication au public[755] ; dès lors, n'entrent pas dans le champ d'application du texte une allusion faite par un candidat à la publication d'un sondage sur l'insécurité[756] ou la mise sur un site internet de simulations qui n'étaient pas destinées à des consultations extérieures[757]. En outre, la définition précitée ne peut pas être constante dans le temps, notamment au regard des côtes de popularité qui, si elles peuvent avoir un impact à l'approche d'un scrutin, une fois celui-ci clos deviennent de simples sondages sans lien direct avec une élection[758]. Dès lors, comme le note un auteur, « *l'expression « sondages politiques » désigne donc d'autant mieux ces enquêtes que, d'une part, il peut s'agir de sondages se rapportant à une consultation référendaire nationale, que, d'autre part, à travers la référence au « lien indirect » entre un sondage et une consultation populaire, la loi de 1977 s'approprie également les indices de confiance ou de popularité des responsables politiques, les enquêtes d'opinion sur les partis, les groupements politiques et leurs programmes, et qu'enfin, les dispositions de la loi de 1977, à l'exception de l'article 11, s'appliquent en toutes circonstances, c'est-à-dire même en dehors des périodes électorales* »[759].

---

[753] Cass. crim., 14 mai 1996, DU ROY.

[754] « *Les enquêtes réalisées sur la base d'un échantillon représentatif d'électeurs, à la sortie des bureaux de vote* […] *constituent des sondages au sens de la loi car ils présentent un rapport plus ou moins direct avec une élection* », CE, 18 juin 1993, IFOP ET AUTRES. Le commissaire du gouvernement Frédéric SCANVIC avait ainsi pu affirmé à cette occasion que « *la loi interdit de façon générale tous les sondages qui entrent dans son champ d'application dans la semaine qui précède une élection elle aussi couverte par la loi et sous la seule et stricte réserve des exceptions insinuées par la loi* […] *; dans la semaine qui précède une élection ce sont bien tous les sondages qui ont un rapport direct ou indirect avec n'importe quelle autre élection régie par la loi, dont la diffusion est interdite* », Concl. sous CE, 18 juin 1993, IFOP ET AUTRES, RA, n°274, 1993, p. 324.

[755] Pierre AVRIL, *Le droit des sondages*, op. cit., p. 690. Pourtant, Pascal MBONGO rappelle que l'innocuité des sondages non publiés est toute relative car, d'une part, un sondage politique est rarement confidentiel, et, d'autre part, ces sondages confidentiels permettent néanmoins à un groupement politique de modifier son offre électorale sans que l'électeur n'en soit avisé et donc au détriment de la transparence dont se prévaut la loi, *La nouvelle réglementation des sondages politiques*, D., n°12-2002, p. 965.

[756] CE, 27 juillet 2001, PERRUCHOT, note de Grégoire CALLEY, *Le Conseil d'État et la divulgation des sondages en rapport avec une élection*, LPA, n°37-2002, pp. 7-16.

[757] Cons. const., 8 novembre 2001, SÉNAT, JURA ET AUTRES.

[758] Philippe CROUZET, *La jurisprudence de la Commission des sondages (1978-1984)*, POUVOIRS, n°33, 1985, p. 61.

[759] Pascal MBONGO, *La nouvelle réglementation des sondages politiques*, op. cit., p. 963. Voir en ce sens également Pierre AVRIL, *Le droit des sondages*, op. cit., p. 691.

Paragraphe 2. L'interdiction de publier un sondage en période électorale

Cette interdiction a dans l'esprit du législateur un objectif simple : il s'agit de « *permettre que les électeurs ne soient pas influencés par une avalanche de sondages qui ont un impact d'autant plus grand que la vie politique est bipolarisée, qu'ils ne puissent être induits en erreur par des erreurs de sondage ou pire, par des manœuvres qu'il pourrait s'avérer difficile de sanctionner dans le cadre du contentieux électoral proprement dit* »[760]. Cette limitation du droit à l'information des citoyens se justifierait donc par un souci d'honnêteté et de sincérité du scrutin par ailleurs garanties par l'article 3 du Premier protocole additionnel à la CEDH. Ainsi que l'exprimait le Conseil d'État, le but poursuivi par la loi est donc légitime, et ce d'autant plus qu'aucune rectification ne pourrait intervenir utilement en cas d'informations erronées[761], cet objectif se rattachant à la protection des droits d'autrui prévue par l'article 10 § 2 de la CEDH[762]. La cause semblait donc entendue : marquée par le sceau du soupçon, la loi de 1977 repose sur un postulat implicite selon lequel les sondages ont des effets réels sur le déroulement du scrutin et qu'ils peuvent conduire à vicier le choix de l'électeur. Outre le fait que les chercheurs en sciences sociales sont très partagés sur une telle conclusion, un tel choix posait aussi la question de la durée de l'interdiction pendant laquelle les sondages ne devaient pas être diffusés. Le législateur avait initialement fixé en 1977 cette durée à une semaine. Dans un premier temps, tant les juridictions judiciaires[763] qu'administratives[764] s'accordaient pour reconnaître la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression. Mais, suite à la publication de certains sondages ayant un lien direct avec l'élection législative de 1997 dans la semaine précédant ce scrutin, le juge pénal va profondément modifier sa jurisprudence et inciter le législateur à intervenir[765]. Ainsi, en première instance, le tribunal correctionnel de Paris a estimé que l'interdiction de publier des sondages d'opinion la semaine

---

[760] Concl. de Jean-Claude Bonichot sous CE, Sect., 2 juin 1999, Meyet, *L'interdiction de publier des sondages pendant la semaine précédant une élection au regard de la CEDH*, LPA, n°113-1999, p. 15.

[761] Ainsi le Conseil d'État avait-il affirmé « *que la raison d'être d'une telle restriction repose sur le souci du législateur d'éviter que le choix des citoyens ne soit influencé dans les jours qui précèdent immédiatement un scrutin par une appréciation qui peut être erronée, sans qu'aucune rectification puisse utilement intervenir, des chances respectives des candidats* », CE, Sect., 2 juin 1999, Meyet.

[762] Le juge européen avait déjà eu l'occasion de rapprocher la protection des droits d'autrui de celle du pluralisme d'information, CEDH, 28 mars 1990, Groppera Radio AG et autres c. Suisse, § 69 et 70.

[763] Cass. Crim, 14 mai 1996.

[764] CE, Ass., 17 février 1995, Meyet et autres, et CE, Sect., 2 juin 1999, Meyet.

[765] Le ministère public a ainsi engagé des poursuites à l'encontre de plusieurs responsables d'entre prise de presse écrite à la suite de la mise au point de la Commission des sondages sur un certain nombre de violations de la loi de 1977.

précédant l'élection « *n'apparaît plus compatible avec la liberté de donner et de recevoir des informations sans considération de frontière, ni avec le principe d'égalité des citoyens devant la loi* »[766]. Le Tribunal relaxe donc le prévenu en faisant droit à l'exception soulevée par lui de l'incompatibilité entre la loi de 1977 et les articles 10 et 14 de la CEDH. Infirmé en appel[767], le jugement se voyait confirmé par la Cour de cassation dans une décision Amaury du 4 septembre 2001 mais sur le seul visa de l'article 10 de la Convention, les textes fondant la poursuite instaurant « *une restriction à la liberté de recevoir et de communiquer des informations, qui n'était pas nécessaire à la protection des intérêts légitimes énumérés par l'article 10 § 2 de la CEDH* »[768]. La solution est rapidement approuvée par les médias, au point que l'on peut affirmer que la décision de justice rencontre ici « *une adhésion hyperbolique qui lui donne une portée sociologique et politique qu'elle n'avait guère en elle-même* »[769]. En privant d'effet répressif l'article 11 de la loi de 1977, la Cour de cassation a ainsi contraint le législateur à intervenir rapidement, notamment au regard de la proximité des échéances électorales d'alors. La loi du 19 février 2002 en circonscrivant l'interdiction de publication des sondages d'opinion au jour qui précède chaque tour de scrutin ainsi qu'à la période de son déroulement va ainsi maintenir le principe d'une interdiction, laissant en suspens un certain nombre d'interrogations.

Tout d'abord, la Cour de cassation, en ne statuant pas sur la question du délai mais sur celle du principe même de l'interdiction, laisse entière l'hypothèse selon laquelle l'interdiction de publier un sondage politique, quel que soit le délai, est incompatible avec les dispositions de la CEDH. Bien sûr, le nouveau dispositif harmonisant le délai d'interdiction avec celui posé à l'article L. 49 du Code électoral[770], on aurait tout aussi bien pu s'interroger sur le bien-fondé de telles

---

[766] TGI Paris, 17ème Ch., 15 décembre 1998, Ministère public c. MM. Amaury et de Barrigue de Montvallon, note d'Éric Desforgères, AJDA, n°6-1999, pp. 521-523.

[767] CA Paris, 29 juin 2000. La Cour d'appel considère, d'une part, que « *les sondages réalisés dans la perspective d'un scrutin, s'ils participent à l'information des citoyens, peuvent également avoir une influence sur leur choix, tout particulièrement à l'égard des électeurs indécis ; que cette influence est incontestable quoique difficilement quantifiable et naturellement variable suivant le contexte politique et les individus.* [Dès lors] « *l'interdiction de publication de sondages était une condition nécessaire de l'expression du libre choix des électeurs* [et elle] *permet de concilier les droits en présence, à savoir la liberté d'expression et les droits d'autrui* ».

[768] Cf. Michel Verpeaux, *Des avantages de la dualité de juridiction : observations sur l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 septembre 2001, Amaury*, RFDC, n°48, 2001, pp. 793-799.

[769] Denis Salas, *Les attentes de l'opinion*, in Garapon Antoine (Dir.), *Les juges. Un pouvoir irresponsable ?*, Paris, Éd. Nicolas Philippe, 2003, p. 69.

[770] Lequel interdit la diffusion par tout moyen de communication audiovisuelle de tout message ayant le caractère de propagande électorale à partir de la veille du scrutin à zéro heure.

interdictions[771], notamment au regard du droit comparé. Si, une telle interdiction semble se retrouver dans la quasi-totalité des législations européennes[772], il n'en demeure pas moins que certaines jurisprudences sont venues réaffirmer la prééminence du droit à l'information du citoyen. Ainsi, le Conseil d'État belge a-t-il considéré par un arrêt du 17 février 1989 que l'interdiction législative de diffuser des sondages dans les trente jours avant l'élection était incompatible avec l'article 10 de la Convention européenne[773]. Mais surtout, la Cour suprême du Canada est venue affirmer dans une décision du 29 mai 1998 que l'interdiction de publier des sondages sur les intentions de vote durant les trois derniers jours de la campagne électorale était inconstitutionnelle[774]. La motivation de l'arrêt est à ce titre éclairante, tant sur le fond que par la méthode employée. Concernant les outils mobilisés par le juge canadien, celui-ci va faire une large place aux sciences sociales pour ce qui est des effets supposés ou réels des sondages sur la libre détermination du vote du citoyen[775], à la philosophie politique (John MILTON, John Stuart MILL) pour ce qui est de la place de la liberté d'expression dans une démocratie, et au droit comparé[776]. Ainsi que l'exprime le juge BASTARACHE dans l'opinion majoritaire, « *les effets préjudiciables importants et tangibles de l'interdiction l'emportent sur ses avantages douteux.* […] *Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b* [de la Charte canadienne des droits et libertés] *La liberté d'expression est un engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous.* [Or, ici,] *les effets préjudiciables sont considérables. Premièrement, l'interdiction transmet le message général que les médias peuvent être empêchés par le*

---

[771] En ce sens, Pascal MBONGO, *La nouvelle réglementation des sondages politiques*, op. cit., p. 964.

[772] Á titre d'exemple, la prohibition est de six jours en Espagne, de quinze jours en Italie, d'une semaine au Portugal et de 2 jours en Grèce. Mais elle est proscrite en Allemagne ou aux États-Unis.

[773] Cité par Jean-Claude BONICHOT dans ses conclusions sous CE, Sect., MEYET, 2 juin 1999, op. cit., p. 15.

[774] Cour suprême du Canada, 29 mai 1998, THOMSON NEWSPAPERS COMPANY C. CANADA, 1 R.C.S. 877.

[775] Principalement deux rapports d'étude de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis de 1991 : le rapport final de la Commission Lortie, *Pour une démocratie électorale renouvelée* et l'étude du Pr. Guy LACHAPELLE, *Les sondages et les médias lors des élections au Canada : le pouls de l'opinion*.

[776] Ceci est surtout vrai concernant l'opinion dissidente du juge GONTHIER, § 28. Le juge BASTARACHE estime pour sa part qu'en « *l'absence d'un certain consensus au niveau international ou de preuve expliquant pourquoi les dispositions adoptées dans d'autres pays libres et démocratiques ont une valeur persuasive compte tenu de la situation canadienne, il n'y a pas lieu d'accorder beaucoup de poids à l'expérience de quelques autres pays en tant que justification.* […] *La question clé, une fois établie la divergence des solutions retenues dans le reste du monde, est de savoir si les valeurs de la société canadienne s'accordent mieux avec une solution plutôt qu'une autre* », § 121.

gouvernement de publier de l'information factuelle. Deuxièmement, il entrave le rôle de communicateurs de l'information des médias en période électorale. […] *Troisièmement, l'interdiction nie l'accès à une information électorale que certains électeurs peuvent considérer très utile pour arrêter leur choix* […] *Cette situation mine la confiance même dans le processus électoral qui, au dire du gouvernement, est précisément l'un des objectifs de l'interdiction* »[777]. Et surtout, la Cour revigore la figure de l'électeur rationnel dont on a pourtant vu que les sciences sociales avaient sérieusement écorné le mythe…[778]. Pour autant, suite à cette décision, une nouvelle loi électorale du Canada est entrée en vigueur le 1er septembre 2000 afin de rendre le système électoral plus accessible, plus juste et plus transparent. Or, celle-ci interdit la publication ou la diffusion de nouveaux sondages d'opinion électoraux le jour de l'élection, jusqu'à la fermeture de tous les bureaux de scrutin dans la circonscription[779]. Par ailleurs, le média qui est le premier à rendre publics les résultats d'un sondage est tenu de publier les détails de la méthodologie de l'enquête. Le parallèle avec la situation française est donc prégnant : dans les deux pays, alors même qu'est intervenue une décision de justice laissant supposer que le principe même de l'interdiction de publier un sondage en période électorale était inconstitutionnel ou inconventionnel, le législateur a tenu à confirmer l'interdiction, tout en réduisant le délai de prohibition de diffusion ou de publication. Dès lors, si la question de la conventionnalité de la loi demeure et ne clôt pas une possible nouvelle opposition entre les juridictions, ni la possibilité d'une décision du Conseil constitutionnel sur ce point[780], on ne peut que constater que les dispositifs législatifs en vigueur

---

[777] § 90, 129 et 130.

[778] Selon la Cour suprême canadienne, « *on doit présumer que l'électeur canadien est un être rationnel, capable de tirer les leçons de son expérience et de juger de façon indépendante de la valeur de certaines sources d'information électorale* […] *le gouvernement ne peut pas faire de l'électeur le moins informé et le plus naïf la norme au regard de la quelle la constitutionnalité est appréciée* ». Pour une analyse politiste, cf. Loïc BLONDIAUX, *Mort et résurrection de l'électeur rationnel*, RFSP, Vol. 46, n°5-1996, pp. 753-791.

[779] Malgré la position éminemment libérale qu'il avait adoptée, le juge BASTARACHE avait évoqué cette possibilité : « *L'atteinte très grave à la liberté d'expression de tous les Canadiens n'est pas écartée par les avantages hypothétiques minimes avancés par le gouvernement. Ce qui ne veut pas dire qu'il est impossible au législateur de légiférer à l'égard des dangers que créent les mauvais sondages. Comme je l'ai dit plus tôt, la loi existante a été jugée défectueuse au regard non pas de son objectif, mais plutôt du fait que les moyens choisis pour réaliser cet objectif ne satisfont pas aux critères de l'atteinte minimale de la proportionnalité* », § 130.

[780] En effet, si le juge constitutionnel, en tant que juge électoral, ne peut apprécier la constitutionnalité de la loi, il peut très bien être amené à contrôler la conventionnalité de cette loi, Cons. const., 21 octobre 1988, AN, VAL-D'OISE, 5EME CIRCONSCRIPTION. Cf. Jean-Pierre CAMBY, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Paris, Dalloz, 2001, n°13. Le juge aurait d'ailleurs pu se prononcer sur la question puisqu'il a la possibilité de se prononcer avant l'élection sur la régularité d'actes préparatoires en vertu de la jurisprudence DELMAS-BERNARD ; mais il a estimé que la recommandation du CSA en date du 23 octobre 2001 et prenant acte de l'arrêt AMAURY ne rentrait pas dans cette catégorie d'actes, Cons. const., 13 décembre 2001, HAUCHEMAILLE,

dans la quasi-totalité des États démocratiques acceptent le principe de l'interdiction, tout en réduisant au maximum la période.

Ensuite, le texte de la loi serait rendu obsolète au regard de l'évolution technique des moyens de communication, créant par là même une rupture d'égalité entre les citoyens. Si d'un point de vue politique et sociologique la situation est certaine[781], en droit elle amène une réponse plus nuancée. Ainsi que l'affirme le commissaire du gouvernement BONICHOT, il s'agit là d'une situation de fait et non de droit puisque la loi s'applique bien à tous de manière uniforme. En d'autres termes, selon lui, « *c'est un peu comme si on vous disait que la limitation de vitesse est illégale parce que certains ont des voitures plus puissantes et peuvent plus facilement ne pas la respecter* »[782]. Ce qui est en jeu serait donc davantage la question de l'efficacité de la loi plutôt que celle de son effectivité. Pourtant, le juge pénal ne vas pas hésiter en première instance à fonder sa décision sur cet argument puisqu'il estime que « *dès lors que les sondages publiés à l'étranger en toute légalité sont connus, grâce aux moyens actuels de la communication et notamment grâce à Internet par des milliers d'électeurs français, l'interdiction de diffusion de ces informations par les médias nationaux pendant la semaine précédant le scrutin ne constitue plus une mesure nécessaire dans une société démocratique pour assurer la liberté des élections et la sincérité du scrutin, mais a au contraire pour effet de créer une discrimination entre les citoyens, au regard du droit à l'information* »[783]. Si la Cour de cassation abandonne dans sa décision AMAURY toute référence à une éventuelle incompatibilité avec l'article 14 de la CEDH, l'argument va néanmoins être extrêmement présent lors des débats parlementaires[784]. Dès lors, la loi du 19 février 2002 va introduire une exception à l'interdiction

---

cf. Jean-Éric SCHOETTL, *Le Conseil constitutionnel, le CSA, l'élection présidentielle et les sondages d'opinion*, LPA, n°251-2001, pp. 27-29.

[781] Sans revenir sur un débat essentiel dans la science politique contemporaine, il n'est qu'à se remémorer la fameuse formule d'ORWELL selon laquelle, parmi les animaux de la ferme, certains étaient plus égaux que d'autres…

[782] *L'interdiction de publier des sondages pendant la semaine précédant une élection au regard de la CEDH*, op. cit., p. 15.

[783] Voir sur cette question Gil DESMOULIN, *Sondages pré-électoraux et liberté d'expression*, note sous CE, Sect., 2 juin 1999, Meyet, RDP, n°2-2000, pp. 576-582 spécialement.

[784] Ainsi Bernard DEROSIER note-t-il que l'inégalité dans l'accès à l'information entre les électeurs « *s'est aggravée dans la période récente du fait du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication : les personnes disposant d'un accès au réseau internet ont, en effet, la possibilité d'accéder aux derniers sondages électoraux, notamment en consultant des sites étrangers échappant à l'interdiction de diffusion posée par la législation française* », Rapport sur le projet de loi n°3540 modifiant la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, n°3551, A.N., 22 janvier 2002.

faite aux médias de publier ou diffuser des sondages déjà publiés, diffusés ou commentés avant la veille du scrutin : en effet, les données mises en ligne avant cette date peuvent encore être référencées par les gestionnaires de site internet. Faisant suite à un « appel du pied » des juridictions judiciaires[785], la solution adoptée par le législateur risque de poser de nombreux problèmes d'application et ce d'autant plus que le développement d'Internet s'est grandement démocratisé au cours de ces dernières années. Tout d'abord, et ainsi que l'avait mis en évidence la Commission des sondages dans son rapport de 2001, un grand nombre d'enquêtes sur Internet ne répond à aucun des critères techniques et scientifiques devant présider à la réalisation d'un sondage. Ensuite, eu égard à la multiplication des supports possibles (sites d'actualité, lettres d'information, sites des candidats, sites personnels), le contrôle de cette obligation s'avère extrêmement délicate. Enfin, afin de contourner l'interdiction, certains organes de presse pourraient être tentés de procéder à des renvois vers des pages situées à l'étranger qui répertorieraient le résultat de sondages qu'ils auraient commandés. En l'état actuel de la jurisprudence, un site français qui renverrait à un site étranger au travers du lien hypertexte s'exposerait à des sanctions pénales[786]. Mais rien n'interdit par contre à des médias étrangers de mettre en ligne des sondages concernant une élection française[787].Bien sûr, le juge français peut interdire l'accès à un site hébergé à l'étranger, ainsi qu'en atteste l'affaire Yahoo[788],

---

[785] Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans sa décision du 29 juin 2000, après avoir rappelé qu'elle était en désaccord avec « *l'argumentation selon laquelle une législation nationale n'a plus de justification dès lors qu'elle peut être contournée par les moyens modernes de communication* », estimait que l'apparition de nouvelles technologies devait « *favoriser la réflexion sur les effets discutables des techniques modernes de communication et sur les remèdes à apporter dans un cadre nécessairement international* ».

[786] Dans une décision du 19 septembre 2001, la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de juger que « *lorsque la création d'un lien procède d'une démarche délibérée et malicieuse, entreprise en toute connaissance de cause par l'exploitant du site d'origine,* [celui-ci] *doit alors répondre du contenu du site auquel il s'est , en créant ce lien, volontairement et délibérément associé dans un but déterminé* », CA Paris, 4ème Ch. A, 19 septembre 2001, SA NRJ c. SOCIÉTÉ EUROPE 2 COMMUNICATION. Pour des développements antérieurs à l'adoption de la loi du 19 février 2002, cf. Benoît TABAKA, *Diffusion des sondages électoraux, l'impossible réforme*, www.rajf.org, 31 janvier 2002.

[787] Le Conseil d'État a pu affirmer à propos des élections européennes de 1989 que les dispositions de l'article 11 « *ne sauraient être interprétées comme régissant la publication et la diffusion en France de sondages réalisés hors de France au sujet d'opérations électorales intéressant un pays étranger* [et qu'en conséquence] *la circonstance que plusieurs journaux ont diffusé les jours précédant le scrutin le résultat des sondages « sorties des urnes » effectués auprès d'électeurs de cinq pays de la CEE* […] *n'a pas constitué une irrégularité de nature à vicier le résultat des élections* », CE, 20 octobre 1989, HORBLIN ET AUTRES. Lors de l'élection présidentielle de 2007, les sites internet des journaux étrangers ont été néanmoins vite saturés. De ce fait, on a pu titrer « La blogosphère n'a pas franchi la ligne jaune », Le Monde, 24 avril 2007.

[788] Cette société américaine hébergeait en effet des sites dont le contenu constituait une infraction prévue par l'article 645-1 du Code pénal qui prohibe l'exhibition d'objet se rapportant à une organisation ou à une personne reconnue coupable de crimes contre l'humanité. Yahoo a été condamné par un juge français à

mais dans le cadre des sondages électoraux semble tout à la fois inefficace (la mesure interviendrait nécessairement de manière trop tardive) voire inopportune s'il s'agit de sites internet d'organes de presse étrangers[789]. Sur le plan du droit, le fait que des sondages électoraux puissent être publiés par des journaux étrangers et puissent être disponibles sur des sites internet semble donc remettre en cause la conventionnalité de la loi puisqu'au « *titre de la nécessité, la Cour européenne vérifie strictement le degré de confidentialité de l'information interdite, pour conclure à la violation de l'article 10 si la restriction concerne une information dont la confidentialité n'est plus assurée* »[790]. L'interdit affirmé par la loi pose donc également la question de l'application de la loi française dans l'espace[791]. Mais la nouvelle législation interroge aussi sur le rôle des nouvelles technologies dans le fonctionnement démocratique : si « *la société de l'information offre de nouveaux espaces de liberté pour les citoyens* »[792], entretenant l'idée que « *des citoyens mieux informés, plus instruits sur la chose publique, seront plus enclins à participer aux débats publics* »[793], il n'en demeure pas moins que la qualité de l'information importe au moins autant, si ce n'est davantage, que la quantité d'information disponible[794].

Paragraphe 3. La Commission des sondages, gardien de la déontologie des instituts de sondage

En instituant une Commission des sondages, le législateur a tenté de mettre en œuvre cette « *direction juridique non autoritaire des conduites* » dont parlait Paul Amselek[795] en associant les intéressés à la mise en œuvre des règles juridiques dans un domaine complètement ignoré par le

---

filtrer l'accès aux services litigieux, afin d'en écarter les internautes français, TGI Paris, Ord. réf., 22 mai 2000 et TGI Paris, Ord. réf., 11 août 2000.

[789] En ce sens, Agathe Lepage, *Présentation générale,* in Lepage Agathe (Dir.), *L'opinion numérique. Internet : un nouvel esprit public ?*, Paris, Dalloz, Coll. PrésaJe, 2006, pp. 14-15.

[790] Concl. de Mme Commaret sous l'arrêt Amaury, jcp m, 2001, p. 2110. Voir également en ce sens, Marie Gautier, *Le législateur, la liberté d'expression et la diffusion des sondages d'opinion (…)*, op. cit., p. 27.

[791] Cf. Rémy Fekete, *Pour la liberté de publication des sondages*, lpa, n°247-2000, pp. 12-17.

[792] Henri Oberdorff, *La démocratie à l'heure de la société de l'information*, op. cit., p. 621.

[793] Ibid., p. 634.

[794] Dans ce sens, Patrick Champagne propose une solution assez originale quoique radicale : celle « *d'interdire les sondages durant une campagne électorale sauf au cours de la dernière semaine. En effet, ces sondages là sont les moins éloignés de la réalité et cela répondrait au souhait des sondeurs : il est, en effet, démocratique que les électeurs aient cette information avant d'aller voter. Avant, les sondages sont plus douteux et de plus fascinent les journalistes qui organisent le débat autour de courbes plus ou moins fictives* », *De l'irréel des sondages*, médiaspouvoirs, n°38, 1995, p. 69.

[795] Paul Amselek, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, rdp, n°2-1982, p. 287.

droit jusqu'alors. Ainsi le sondeur, outre l'obligation de déclaration préalable par lequel il s'engage à appliquer les dispositions législatives et règlementaires qui s'imposent à lui[796], sont tenus de consigner dans une notice adressé à la Commission des sondages deux types d'information : d'une part, des données techniques de réalisation du sondage (l'objet du sondage, la méthode selon laquelle les personnes interrogées ont été choisies, le choix et la composition de l'échantillon, les conditions dans lesquelles se sont déroulés les entretiens, le texte intégral des questions posées, la proportion des personnes n'ayant pas répondu à chacune des questions, les limites d'interprétation des résultats publiés et les indications sur les redressements opérés par l'institut[797]) et d'autre part les documents sur la base desquels le sondage a été publié ou diffusé. Alors qu'initialement cette obligation ne devait être satisfaite qu'à « l'occasion de la publication de la diffusion du sondage », le législateur a modifié l'article 3 de la loi du 19 juillet 1977 pour que la notice soit remise « avant la publication ou la diffusion », et ce afin de rendre plus efficace le travail de la Commission[798]. En outre, les organes d'information sont tenus d'accompagner la publication ou la diffusion d'un sondage politique d'indications telles que le nom de l'organisme ayant réalisé le sondage, l'identité de l'acheteur, la taille de l'échantillon et la date à laquelle il a été réalisé, et depuis la loi du 19 février 2002, une

---

[796] Article 7 de la loi de 1977. Si cette obligation ne pose pas de soucis pour les grands instituts, la recrudescence d'organismes locaux pose parfois problème à la Commission. Cf. *La Commission des sondages face aux élections municipales de 2001*, LPA, n°72-2001, p. 7.

[797] La question des techniques de redressement est particulièrement importante. Une telle pratique, si elle s'avère indispensable à la crédibilité des sondages politiques, entretient bien évidemment le soupçon instillé à l'origine par Pierre BOURDIEU quant à la fabrique de l'opinion publique. Cf. Loïc BLONDIAUX, *La fabrique de l'opinion*, op. cit., pp. 566-573. Si le redressement effectué sur la base de critères socio-démographiques s'explique par un souci de représentativité de l'échantillon et ne pose pas particulièrement de problèmes, il en va différemment des redressements politiques qui sont lourds d'enjeux puisqu'ils reposent sur l'idée que les sondés mentent quant à leurs véritables intentions de vote. La Commission adopte alors à ce sujet une position que l'on pourrait apparenter au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : d'une part, rappelle-t-elle, la loi n'impose aux instituts aucun redressement des résultats bruts ; d'autre part, la Commission vérifie simplement que « *les redressements opérés ou l'absence de redressement n'ont pas pour effet de fausser les résultats des enquêtes. Les instituts disposent d'une large marge d'appréciation en la matière, la Commission limitant sa censure aux cas de redressement ou de non-redressement manifestement erronés ou arbitraires* », *La Commission des sondages face aux élections municipales de 2001*, op. cit., p. 8.

[798] Dans son rapport à l'occasion des élections municipales de 2001, la Commission, se plaignant de ce que « *les instituts envoient les notices au dernier moment, parfois même après la publication du sondage* », avait demandé que la notice lui parvienne au plus tard 24h avant la publication ou la diffusion, *La Commission des sondages face aux élections municipales de 2001*, ibid., p. 9.

mention indiquant le droit pour toute personne à consulter la notice déposée auprès de la Commission des sondages[799].

Ainsi que le souligne la majorité de la doctrine, « *en renforçant les obligations pesant sur les sondeurs, le législateur cherche à améliorer les sources d'information de la Commission sur l'existence des sondages et, partant, l'efficacité de son contrôle* »[800]. La Commission a en effet pour rôle d'assurer la qualité et l'objectivité des sondages,deux types de sanctions étant prévues par la loi de 1977 : la Commission peut d'une part adresser une mise au point auprès de l'organe de presse qui a procédé à la publication d'un sondage contesté (réserves sur la fiabilité, condamnation de pratiques altérant la sincérité du sondage)[801], celle-ci devant être publiée ou diffusée « sans délai »[802], et, d'autre part, la Commission peut demander au garde des sceaux de saisir le Procureur de la République en cas d'omission des mentions obligatoires, de caractère mensonger du sondage ou de refus de publier une mise au point. Mais la Commission a souvent eu l'occasion de souligner l'inadéquation pouvant exister entre son rôle théorique de gardien déontologique de la profession et les moyens mis en œuvre. Ainsi, concernant les sanctions pénales, elles interviennent le plus souvent « *longtemps après le fait délictueux* » et apparaissent comme « *mal adaptées* »[803]. Enfin, si auprès des instituts de sondage, elle a réussi, au prix d'une

---

[799] Dans son communiqué du 6 février 2007, la Commission a demandé aux instituts et aux organes de presse qui assurent la diffusion et la publication de sondages d'opinion de faire œuvre de pédagogie en alertant « *l'opinion publique sur la prudence avec laquelle ces résultats doivent être interprétés* » étant donné que « l*a taille et les modalités de constitution des échantillons ont notamment pour effet que les résultats obtenus par les candidats réalisant, dans les intentions de vote, un score qui n'excède pas, après redressement, un pourcentage de quelques points ainsi que les écarts de cet ordre qui séparent deux candidats ne sont pas véritablement significatifs* », http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/presidentielles/2007/documents/20070206.pdf

[800] Marie-Claire PONTHOREAU, *Les sondages font-ils l'élection ? Á propos de la loi du 19 février 2002*, AJDA, n°20-2002, p. 1271.

[801] Ces mises au point constituent des décisions administratives dont le contentieux relève du Conseil d'État, qui exerce à cette occasion un contrôle dit « normal » sur les décisions de la Commission. Voir par exemple, CE, Ass., 22 décembre 1982, D'ORCIVAL.

[802] La loi du 19 février 2002 est venue renforcer sur ce point l'obligation qui peut peser sur les diffuseurs. Ainsi, lorsque cette mise au point concerne un média audiovisuel, celui-ci est tenu de la diffuser « sans délai et de manière que lui soit assurée une audience équivalente à celle du sondage » ; et lorsqu'il s'agit d'un organe de presse, celui-ci est tenu de l'insérer « dans le plus prochain numéro du journal ou de l'écrit périodique à la même place et en mêmes caractères que l'article qui l'aura provoquée et sans aucune intercalation » (Article 11-2).

[803] Olivier SCHRAMECK et Xavier DELCROS, *La commission des sondages, un garant fragile de la démocratie*, AJDA, n°6-1988, p. 389. Jean-Michel GALABERT précise également que « *la saisine du juge pénal ne correspond évidemment pas au type de relations que la Commission souhaite entretenir avec les organismes de sondage et les différents médias* », *La Commission des sondages : une expérience de régulation*, Mélanges Timsit, op. cit., p. 317.

réelle prudence dans la mise en œuvre de ses moyens, à s'imposer comme une autorité morale[804], il n'en va pas réellement de même auprès des organismes de diffusion. Ainsi que le souligne François GAZIER, « *le désintérêt d'une opinion publique qui peut oublier l'information contestée, la non-reprise par les médias de la décision de la Commission enlèvent toute portée aux mesures adoptées. C'est en effet là une originalité du régime de sanctions pratiquées par la Commission : celles-ci n'ont d'efficacité que si une publicité suffisante, proportionnelle à la diffusion de l'information contestée, leur est donnée* »[805]. En insistant sur la régulation « *relationnelle* »[806], la Commission des sondages tente donc de garantir, en organe impartial, la fiabilité des sondages, et, en accordant aux instituts de sondages une plus grande légitimité, elle instaure indéniablement une plus grande transparence, seule à même d'aider le citoyen dans le processus de désignation des gouvernants.

Sous-section 2. Financement et communication politique : un nouveau couple électoral[807]

L'objet de ces développements n'est pas d'établir méthodiquement l'ensemble des règles relatives au financement de la vie politique française, mais de montrer comment celles-ci peuvent influer sur la communication politique et sur la structuration de l'espace public[808]. Comme l'explique BÖCKENFÖRDE, « *si le principe libéral de la démocratie* […] *trouve essentiellement sa traduction dans des conditions procédurales de formation de la volonté politique, alors il appartient à la*

---

[804] Cette orientation se retrouve dans la composition initiale de la Commission puisque celle-ci se composait alors de trois membres du Conseil d'État, trois membres de la Cour de cassation et trois membres de la Cour des comptes. Mais comme « *l'autorité morale ne peut exister sans un minimum de compétence technique et l'exercice d'un certain contrôle sur la réalisation des sondages* », la loi du 19 février 2002 (Décret du 9 avril 2004, JO du 14 avril 2004) a complété la composition de la Commission en prévoyant qu'y siègeraient deux personnalités qualifiées en matière de sondage, mais n'ayant pas exercé d'activité au cours des trois années précédentes dans un institut de sondage, Cf. Jean-Michel GALABERT, *La Commission des sondages : une expérience de régulation*, op. cit., pp. 311-312.

[805] François GAZIER et Jean-François DE LEUSSE, *La commission des sondages face à l'élection présidentielle de 1988*, POUVOIRS, n°48, 1989, p. 149.

[806] Jean-Michel GALABERT, *La Commission des sondages : une expérience de régulation*, op. cit., p. 321. Le droit des sondages est indéniablement un des domaines de prédilection de ce droit de « la » régulation qui tente de maintenir un équilibre entre la libre concurrence et la poursuite ici de l'information du citoyen. Cf. Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Le droit de la régulation*, D., n°7-2001, pp. 610-616.

[807] Philippe PETIT, *Financement et communication : les deux mamelles de l'élection*, La lettre du Cadre Territorial, n°187, 2000, pp. 3-6.

[808] Pour une analyse rigoureuse des mécanismes juridiques, cf. Nicolas TOLINI, *Le financement des partis politiques*, Paris, Dalloz, Coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2007.

garantie même de la liberté démocratique que le processus de formation de la volonté politique soit protégé contre les puissances et les monopoles qui remettraient en cause son caractère de processus libre et ouvert. Cela vaut d'abord s'agissant de la puissance des média, de la presse et de l'information qui n'est pas rarement associée à la puissance économique. Cela vaut en outre à la puissance des partis politiques »[809]. En effet, en ce que les partis politiques contribuent à l'aménagement d'un espace public où s'exprime une opinion publique qu'ils ont au préalable contribué à faire émerger, les règles relatives à leur financement posent indubitablement la question de leur neutralité (**Paragraphe 1**). Or, incontestablement, le financement des campagnes électorales influe sur les moyens de communication utilisés par les candidats aux fonctions électives[810]. La place faite à l'argent dans les campagnes électorales interroge sur l'égalité réelle entre les candidats, notamment au travers de l'interaction entre médias et groupes d'intérêts dans la lutte pour la conquête du pouvoir (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Neutralité de l'État et financement des campagnes électorales

Il est certain que l'acception libérale de la démocratie n'accepte pas *a priori* le postulat selon lequel la législation sur le financement de la vie politique ne serait pas neutre : en effet, le primat de la liberté individuelle emporte naturellement pour conséquence celui de la neutralité de l'État puisque tout soutien de ce dernier à une revendication collective apparaîtrait comme un manquement à l'idéal d'impartialité et donc comme une limitation des droits individuels. L'État se pose alors en gardien du pluralisme des courants d'opinion, celui-ci étant même qualifié par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité d'une loi encadrant le financement des partis politiques de « *fondement* » même de la démocratie[811]. C'est donc dans cette optique que l'État a mis en place un système de financement public des partis politiques qui tient compte de leur participation à la compétition électorale et du nombre de leurs

---

[809] *Le droit, l'État et la Constitution démocratique*, op. cit., p. 287.

[810] Pour une illustration portant sur les élections de 2007, cf. Jean-Pierre Camby, *2007 : le financement des campagnes électorales*, RDP, n°1-2007, pp. 21-29.

[811] Décision n°289-71 DC, 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification des activités politiques, Cons. 12. Le Conseil constitutionnel a étendu ce considérant à la matière strictement électorale puisque « *s'il est loisible au législateur, lorsqu'il fixe des règles électorales, d'arrêter des modalités tendant à favoriser la constitution d'une majorité stable et cohérente, toute règle qui, au regard de cet objectif, affecterait l'égalité entre électeurs ou candidats dans une mesure disproportionnée méconnaîtrait le principe du pluralisme des courants d'idées et d'opinions lequel est un fondement de la démocratie* », décision n°2004-490 DC, 12 février 2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, Cons. 84.

représentants au Sénat et à l'Assemblée Nationale[812]. La première fraction est donc attribuée aux formations et aux groupements politiques qui présentent des candidats dans au moins cinquante circonscriptions et qui, depuis la loi du 11 avril 2003, obtiennent *via* ces candidats 1 % des suffrages exprimés[813]. La seconde est versée aux partis politiques éligibles à la première fraction et représentés au Parlement. L'objectif qu'a fixé le Conseil constitutionnel au législateur est donc d'organiser de manière équitable le déroulement de la campagne électorale, tout en n'aboutissant pas à créer un lien de dépendance entre l'État et un parti politique ou à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions.

La question du pluralisme ne touche d'ailleurs pas uniquement la délicate question des financements tant des structures que de la campagne, mais bien également la collision d'intérêts éventuelle qui peut exister entre médias privés et hommes politiques. Le Conseil constitutionnel a eu ainsi l'occasion de rappeler que les dispositions de l'article 4 de la Constitution « *n'ont ni pour objet, ni pour effet de conférer aux partis politiques en matière de liberté de la presse, des droits supérieurs à ceux que l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen reconnaît à tous les citoyens.* [Mais] *il appartient au législateur de formuler des prescriptions tendant à empêcher que l'application des règles relatives à la transparence financière et au pluralisme des entreprises de presse, n'entrave l'activité spécifique des partis politiques dont le libre exercice est garanti par l'article 4 de la Constitution* »[814]. La position du juge constitutionnel s'inscrit donc dans un corpus idéologique

---

[812] Le Comité consultatif pour la révision de la Constitution proposait d'ajouter un 2ème alinéa à l'article 4 C ainsi rédigé : « *La loi détermine les conditions dans lesquelles l'État contribue au financement des campagnes électorales et des activités des partis et des groupements politiques. Une loi organique fixe les règles qui assurent le respect des principes d'égalité et de libre information des citoyens dans les campagnes électorales* », ce qui aurait pour mérite de donner un soubassement constitutionnel explicite aux lois sur les financements politiques.

[813] L'objectif du législateur est bien évidemment de lutter contre la multiplication des candidatures d'aubaine dont le seul objectif n'est pas la conquête du pouvoir mais de partager les sommes allouées par l'État. La question du seuil est particulièrement sensible puisque le Conseil constitutionnel avait censuré dans sa décision du 11 janvier 1990 l'instauration d'un seuil de 5% des suffrages exprimés pour accéder à la première fraction de l'aide publique au motif qu'il serait de nature « *à entraver l'expression de nouveaux courants d'idées et d'opinions* », Cf. Pascal JAN, *Mode de scrutin régional et européen et financement des partis politiques*, AJDA, n°18-2003, pp. 939-947. *A contrario*, la Cour suprême du Canada a jugé inconstitutionnelles des dispositions d'une loi du 27 juin 2003 qui obligeait tout parti politique à présenter au moins cinquante candidats lors d'une élection générale s'il voulait obtenir et maintenir son enregistrement, qui permet aux partis de bénéficier d'un certain nombre d'avantages notamment concernant les dons financiers. La Cour estime en effet que le critère des cinquante candidatures porte atteinte aux droits garantis par l'article 3 de la Charte canadienne des droits et des libertés en diminuant la capacité des membres et des partisans des partis défavorisés par ce critère de présenter des idées et des opinions dans le débat public auquel donne lieu le processus électoral, FIGUEORA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), [2003] 1 RCS 912.

[814] Décision n°84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, ENTREPRISES DE PRESSE, Cons. 11.

cohérent, tel qu'il s'exprime notamment au travers du droit électoral : il convient de concilier la nécessaire liberté d'expression des acteurs de la campagne électorale avec le droit pour le citoyen d'avoir accès à une information qui ne vicie pas sa capacité à choisir rationnellement celui qui le représentera. Dans cette optique, la Commission des lois a pu rejeter un amendement autorisant la programmation et la diffusion d'émissions publicitaires de caractère politique, au motif que celui-ci entraînerait une forte augmentation des dépenses électorales « *alors que ce plafonnement a eu le mérite d'inciter les candidats à renouer un contact direct avec l'électeur* »[815].

Tout au contraire, la conception américaine dominante fait valoir sa confiance dans les mécanismes du « marché des idées » (*marketplace of ideas*) afin de permettre l'épanouissement personnel de l'individu, de protéger la participation du citoyen au débat public et la découverte de la vérité par la société. Le Juge STEVENS a ainsi clairement affirmé le principe libéral selon lequel « *c'est un principe central du Premier Amendement que le gouvernement doit rester neutre sur le marché des idées* »[816], la Cour soulignant même que « *le concept que le gouvernement puisse limiter la parole de quelques éléments de notre société afin d'améliorer le poids relatif à la voix des autres, est complètement étranger au premier Amendement* »[817]. Dans cette optique, la position du juge constitutionnel américain consiste à favoriser la pluralité des conceptions du Bien, tout en respectant les limites définies par les principes de justice. Dès lors, l'État n'a pas un intérêt essentiel (*compelling interest*) à égaliser, en vertu du Cinquième amendement, le processus électoral. Toutefois, ainsi que le rappelle Chief Justice WARREN, « *aussi longtemps que nous resterons attachés aux principes du gouvernement représentatif et que nos assemblées législatives demeureront des instances de gouvernement directement élues par le peuple qu'elles auront à charge de représenter, le droit d'élire librement et sans entrave les membres des assemblées en question est la pierre de touche de notre système politique* »[818]. En d'autres termes, tout comme la liberté d'expression peut être limitée dans certains cas, il n'existe pas une liberté absolue qui permettrait aux acteurs économiques et aux groupes de pression de diriger les campagnes électorales. Ainsi, quoique les

[815] René DOSIÈRE, Séance du 5 février 2003 portant l'examen du projet de loi relatif à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques. Le député ajoute même que « *les émissions publicitaires à caractère politique conduiraient à une régression de la démocratie* ».

[816] Opinion majoritaire sous F.C.C v PACIFIA FOUNDATION, 438 U.S. 7266 (1978).

[817] BUCKLEY v. VALEO, 424 U.S. 1 (1976), pp. 48-49.

[818] Opinion du Chief Justice WARREN sous REYNOLDS v. SIMS, 377 US 533, citée par Élisabeth ZOLLER, Grands *arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 668.

lobbys fassent partie intégrante du système politique américain, le juge constitutionnel américain n'a pas hésité à rappeler que « *parce que le système électoral est véritablement le moyen par lequel une société libre traduit démocratiquement le discours politique en une action gouvernementale concrète, les limitations des dons, ainsi que les autres mesures destinées à protéger l'intégrité du système, bénéficient de façon tangible à la participation publique dans le débat politique* »[819].

Sur le plan européen, les législations, du fait de la large marge d'appréciation laissée aux États en la matière, sont assez hétérogènes. La plupart prévoient des dispositifs contraignants pour le financement des campagnes électorales, mais la neutralité de l'État n'est pas toujours certaine[820]. Tout d'abord, il faut souligner que la Commission européenne des droits de l'homme a rappelé que la réduction, voire la privation de crédits publics, n'emportait pas en lui-même une restriction aux droits politiques de vote et d'éligibilité, ni aux libertés d'association, de réunion et d'expression[821]. Á partir de cette interprétation combinée des articles 10 et 11 de la CEDH et de l'article 3 du premier Protocole additionnel, la Belgique s'est dotée, par exemple, d'une législation affirmant que « *lorsqu'un parti politique par son propre fait ou par celui de ses composantes, de ses listes, de ses candidats, ou de ses mandataires élus, montre de manière manifeste et à travers plusieurs indices concordants son hostilité envers les droits et libertés garantis par la CEDH et par les protocoles additionnels à cette convention,* [la dotation] *doit, si une chambre bilingue du Conseil d'État le décide, être supprimée dans les quinze jours* »[822]. D'un point de vue théorique, il est indéniable qu'une telle législation revient à poser une conception du bien qui serait antérieure à celle du juste et qui se mesurerait à l'aune de l'efficacité des mesures prises pour la garantir. Et sur le plan juridique, outre la compatibilité avec la CEDH et son célèbre article 17, il est intéressant de noter que la Belgique, plutôt que d'aboutir à une dissolution pure et simple de l'organisation dangereuse telle qu'elle se pratique en Allemagne par exemple, a utilisé de manière subreptice la législation sur le financement des partis. Le lien entre financement et démocratie est donc clairement affirmé, même si sa définition diverge parfois entre les grandes démocraties.

---

[819] Opinion du Juge Breyer sous Nixon v. Shrink Missouri Government PAC, 528 US 401 (2000), reprise dans McConnel v. fec, 10 décembre 2003, 124 S. Ct. 619, pp. 26-27 de la première partie de l'opinion majoritaire.

[820] Cf. Jean-Claude Colliard, *Le financement des campagnes électorales et le contrôle des comptes de campagne*, Regards sur l'actualité, n°329, 2007, pp. 53-64 et plus particulièrement p. 55.

[821] Com. EDH, 18 mai 1976, Association X…, Y…, Z… c. RFA.

[822] Loi du 12 février 1999 introduisant un article 15 ter dans la loi du 4 juillet 1989 relative au financement des partis politiques, cf. Marc Verdussen, *Le financement public d'un parti raciste est-il légitime dans un État démocratique* ?, rtdh, n°46, 2001, pp. 649-663.

Paragraphe 2. L'immixtion des intérêts catégoriels dans le financement des campagnes électorales

Devant les scandales qui ont agité la vie politique française à la fin des années 80 et au début des années 90[823], le législateur français, par touches successives[824], a donc instauré une égalité juridique entre les candidats qui se traduit notamment par le respect des mêmes obligations[825] : d'une part, ils sont assujettis aux mêmes obligations comptables (**Sous-Paragraphe 1**) et, d'autre part, les candidats sont soumis aux mêmes obligations financières, ce qui apparaît comme une condition *sine qua non* pour que le citoyen vote de manière éclairée (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Des obligations comptables exigeantes

Les obligations comptables imposées aux candidats sont des contraintes juridiques dont ne peuvent s'abstraire ceux qui veulent accéder au pouvoir. Parmi celles-ci, on peut relever notamment celle d'établir un compte de campagne exhaustif[826], sincère[827] et équilibré[828], ainsi que

---

[823] Pour un rappel, Cf. Christian BIDÉGARAY, « *Du confessionnal et du diable* ». *Réflexions sur le statut des partis politiques quarante ans après la fondation de la Vème République*, RDP, n°5/6-1998, pp. 1810-1830 ; Yves MENY, *La corruption de la République*, Paris Fayard, 1992.

[824] Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut mentionner les lois organique n°88-226 et ordinaire n°86-227 du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique, la loi ordinaire n°90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, la loi organique n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, les trois lois du 19 janvier 1995, ainsi que la loi n°2003-327 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen. Certains estiment, à juste titre, que « *cette législation, certainement indispensable et même relativement efficace, a abordé le problème juridique des partis par « le petit bout de la lorgnette »* », Gustave PEISER, *L'institutionnalisation des partis politiques dans la Vème République*, op. cit., p. 532.

[825] Nous reprenons la typologie proposée par Bernard MALIGNER, *Financement des campagnes électorales et caractère équitable de la représentation politique*, IN DEBARD Thierry et ROBBE François (Dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, op. cit., pp. 83-141.

[826] En vertu de l'article L. 52-12 du Code électoral, chaque candidat ou candidat tête de liste est tenu d'établir un compte de campagne retraçant l'ensemble des recettes perçues et l'ensemble des dépenses engagées ou effectuées en vue de l'élection, hors celle de la campagne officielle, par lui-même ou pour son compte au cours de la période d'un an qui précède la date à laquelle l'élection a été acquise, et ce même s'il n'a exposé aucune dépense, CE, 20 octobre 1993, FERLING. Toutefois, la notion de dépense électorale s'est vue récemment précisée par la jurisprudence : ne constitue une dépense électorale que les dépenses dont la finalité est l'obtention de suffrage, même si cette notion reste éminemment subjective. Voir par exemple, CE, 10 août 2005, LE DRIAN, note Bernard MALIGNER, AJDA, n°37-2005, pp. 2070-2072.

[827] Conformément aux jurisprudences en matière électorale, le candidat ne doit en effet pas dissimuler ou sous-estimer aucune recette ni aucune dépense, Cons. const., 16 décembre 1997, AN MOSELLE, 3ÈME CIRC.

[828] Le montant des dépenses électorales ne doit jamais être supérieur à celui des recettes, CE, 29 juillet 2002, M. COUSIN.

l'obligation de déposer le compte de campagne, préalablement vérifié par un expert-comptable[829], dans l'intégralité de ses composantes[830] et dans un délai impératif. L'une des conséquences notables de ces obligations est l'encadrement des techniques modernes de communication. Deux exemples peuvent être tirés de la diffusion d'ouvrages et de la commande de sondages[831]. La publication d'ouvrages par les candidats en campagne a en effet quelque peu pris le pas sur les campagnes d'affichages officielles, qui pour nécessaires qu'elles soient, apparaissent aux yeux des électeurs comme un peu désuètes. Selon une jurisprudence bien établie, « *la publication d'un ouvrage ne saurait être regardée comme une action de propagande du seul fait que l'auteur de ce livre est candidat à une élection* »[832]. Toutefois, lorsque la publication d'un candidat expose explicitement son programme électoral et qu'elle est éditée en vue d'un scrutin déterminé, l'ouvrage en cause constitue un acte de propagande dont le coût intégral doit être retracé dans le compte de campagne du « candidat-auteur »[833]. En outre, certains ouvrages, s'ils ne présentent pas explicitement le programme du candidat, sont destinés néanmoins à permettre aux candidats d'acquérir une certaine notoriété publique et d'évoquer des sujets liés aux scrutins auxquels ils se présentent : dans cette hypothèse, leurs dépenses de promotion doivent être regardées comme des dépenses électorales à insérer dans les comptes de campagne[834]. Il en va de même des ouvrages n'ayant aucun lien avec la campagne électorale

[829] Il s'agit d'une obligation substantielle, à défaut de laquelle le compte de campagne du candidat est rejeté et celui-ci déclaré temporairement inéligible, Cons. const., 15 décembre 1993, AN MOSELLE, 5ÈME CIRC.

[830] La jurisprudence n'a eu de cesse de préciser ce qui relevait ou non du compte de campagne. Ainsi, à titre d'exemple, ne revêtent aucun caractère de propagande électorale des extraits de revue à caractère local qui se bornent à traiter, sous forme d'éditoriaux du maire, ou d'articles, de la situation de la commune et des réalisations de la municipalité, sans excéder l'objet naturel d'une telle publication et sans faire référence aux élections, CE, 20 mai 2005, ÉLECTIONS CANTONALES DE DIJON.

[831] Nous n'aborderons pas ici la question des déplacements et des activités à l'étranger, même si l'impact de leur diffusion télévisuelle peut influer sur la campagne. Cf. Jean-Claude COLLIARD, *Le financement des campagnes électorales (…)*, op. cit., p. 59.

[832] Cons. const., 21 octobre 1993, AN Paris, 18ème circ., à propos de l'ouvrage d'Alain JUPPÉ *La tentation de Venise*. Voir CE, 6 janvier 2006, GOLLNISCH pour une reprise par le Conseil d'État de cette formule.

[833] Cf. les décisions du 26 septembre 2002 relatives aux comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle, notamment ceux de François BAYROU, Jean-Pierre CHEVÈNEMENT ou Noël MAMÈRE. Jean-Éric SCHOETTL, *Le conseil constitutionnel et l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002*, LPA, n°214-2002, pp. 4-15

[834] Par exemple, à propos du livre *La décadence du socialisme* de Christian ESTROSI, candidat aux législatives dans les Alpes-Maritimes en 1993, le Conseil constitutionnel avait considéré que le « *le livre est consacré à la critique en termes polémiques de l'action de la majorité sortante* […] *; que ce livre apparaît ainsi comme un ouvrage de propagande politique ; que par suite, les dépenses correspondant aux moyens engagés en vue d'assurer la diffusion de cet ouvrage et destinées à promouvoir auprès des électeurs l'image du candidat ont le caractère de dépenses effectuées en vue de l'élection pour le compte du candidat et doivent être incluses dans son compte de campagne* », Cons. const., 16 décembre 1993, AN ALPES MARITIMES, 2ÈME CIRC. La position du Conseil d'État est similaire,

mais qui bénéficient de dépenses de promotion excédant celles habituellement offertes à ce genre d'ouvrages[835].

Pour ce qui est des sondages, depuis la décision de principe « GALY-DEJEAN » du 31 juillet 1991[836], on sait que les parties de sondage effectivement exploitées, soit qu'elles aient été publiées par le candidat à son profit, soit qu'elles aient servi à déterminer les thèmes de sa campagne, font partie intégrante des comptes de campagne du candidat[837]. Cette jurisprudence fut suivie par le Conseil d'État, bien que celui-ci introduise une nuance en excluant le cas où le sondage a donné lieu à une dépense engagée avant l'ouverture du délai de computation des dépenses, nonobstant son utilisation ultérieure[838].

Sous-Paragraphe 2. L'encadrement des contributions financières, condition d'une opinion publique éclairée ?

Comme le souligne la Cour suprême du Canada, « *l'objectif primordial des plafonds de dépense consiste à assurer l'équité électorale en appuyant la diffusion égale des points de vue par la limitation de la publicité électorale des tiers, qui sont des participants influents dans le processus électoral* »[839]. La conciliation nécessaire entre liberté d'expression et le droit de participer utilement au processus électoral a conduit ainsi la plupart des grandes démocraties pluralistes à mettre en place des obligations financières assez contraignantes pour les candidats. Ainsi, en France, existe l'obligation pour le candidat de désigner un mandataire financier[840] ou celle de respecter l'article

---

CE, 30 décembre 1996, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE CHANTILLY.

[835] Tel fut le cas de l'ouvrage d'Alain JUPPÉ, Cons. const., 21 octobre 1993, AN PARIS, 18ÈME CIRC. Pour une synthèse de ces différentes jurisprudences, cf. Emmanuel VITAL-DURAND, *Candidat et écrivain : séduire l'électeur ou les électeurs ?*, JCPÂ, n°39-2003, pp. 1217-1220.

[836] Cons. const., 31 juillet 1991, ÉLECTIONS LÉGISLATIVES DE LA 13ÈME CIRCONSCRIPTION DE PARIS.

[837] Voir par ex. Cons. const., 24 novembre 1993, AN PARIS, 19ÈME CIRC. dite « PIERRE BLOCH »

[838] CE, 31 janvier 1997, ÉLECTIONS DE MENDE.

[839] HARPER C. CANADA, 1 RCS 827, 2004 CSC 33, 18 mai 2004, opinion majoritaire des Juges IACOBUCCI, BASTARACHE, ARBOUR, LEBEL, DESCHAMPS et FISH.

[840] L'article 2 de l'ordonnance n°2003-1165 du 8 décembre 2003 en portant dans son premier alinéa que « tout candidat à une élection désigne un mandataire financier au plus tard à la date à la quelle sa candidature est enregistrée » rend sans objet la distinction entre un candidat faisant appel à des fonds extérieurs et celui qui finance sa campagne sur ses fonds propres, alors même que la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CCFP) affirmait le contraire jusque là. Pour des développements sur cette question, cf. Bernard MALIGNER, *Financement des campagnes électorales et caractère équitable (…)*, op. cit., pp. 91-96. La jurisprudence admet néanmoins qu'un candidat règle directement les dépenses qu'il a exposées au cours de sa campagne à la condition qu'il s'agisse de « *menues dépenses* », que le montant des dépenses directement réglées soit faible au regard du montant total des dépenses électorales retracées dans le compte de campagne, et « *faible* » au regard du plafond des

52-8 du Code électoral n'autorisant que les dons des personnes physiques[841]. Cette dernière règle a pour conséquence immédiate de proscrire les dons des personnes morales de droit privé[842], des personnes morales de droit public et des personnes morales de droit étranger, à l'exception notable des groupements et partis politiques[843], ce qui n'est pas sans poser problème lorsque le candidat a à sa disposition les moyens de l'État[844]. L'objectif du législateur est bien évidemment d'interdire les concours financiers des entreprises et de protéger les candidats contre la manipulation des groupes de pression.

Toutefois, la Cour européenne a quelque peu remis en cause ces limitations, notamment au regard de leur compatibilité avec l'article 10 de la CEDH. Dans un arrêt BOWMAN C. ROYAUME-UNI du 19 février 1988, le juge de Strasbourg a en effet été amené à se prononcer sur la conventionnalité de l'article 75 du *Representation of the People Act* de 1983 interdisant à toute personne non autorisée (le candidat ou son agent électoral) de dépenser plus de cinq Livres Sterling pour des publications visant à favoriser ou à obtenir l'élection d'un candidat dans une circonscription donnée, restriction qui ne s'applique que dans les quatre à six semaines précédant l'élection. Le principe d'une limitation de la liberté d'expression à la lumière du droit de tenir des élections libres semble acquis[845], mais, dans cette affaire, la Cour a estimé que les

---

dépenses électorales, CE, 17 juin 2005, DENOUAL.

[841] Avant l'intervention de la loi n°95-65 du 19 janvier 1995 (art. 4), les dons des personnes morales étaient autorisés, mais ne pouvaient excéder 10% du plafond des dépenses électorales dans la limite de 500 000 F. Le montant des dons des personnes physiques est en l'état actuel du droit plafonné à 4 600 Euros, tout don de plus de 150 Euros devant être versé sous forme de chèque.

[842] Ainsi, par exemple, le financement de la réalisation et de la diffusion d'un tract en soutien de la liste du maire sortant par une association non agréée par la CCFP constitue un don prohibé d'une personne morale, CE, 21 décembre 2001, ÉLECTIONS MUNICIPALES DE LUISANT.

[843] Toutefois cette exclusion ne concerne que le droit interne. Par conséquence, un parti politique étranger ne peut pas soutenir financièrement un parti politique français, voir Jean-Pierre CAMBY, *Un parti politique ne peut pas financer un parti français*, note sous CE, 8 décembre 2000, PARTI NATIONALISTE BASQUE ERI-PNB, LPA, n°184-2001, pp. 12-15.

[844] Á titre d'exemple, on peut mentionner l'article 10 de la loi organique du 31 janvier 1976 qui prohibe la propagande électorale à l'étranger mais, ainsi que le souligne Guy CARCASSONNE, à l'occasion d'un déplacement à New York de Nicolas Sarkozy en septembre 2006 financé par le ministère de l'Intérieur, « *à partir du moment où il n'existe pas de règles d'incompatibilité entre les fonctions de ministre et celles de candidat, il est impossible d'appliquer des règles d'une extrême précision. Il faut s'en remettre au bon sens* », Le Monde, 20 septembre 2006, p. 12.

[845] Selon la Cour, il convient en effet de concilier ces deux droits « *dans certaines circonstances* », « *ce qui peut inciter à juger nécessaire, avant ou pendant une élection, de prévoir certaines restrictions à la liberté d'expression, alors qu'elles ne seraient pas habituellement admissibles, afin de garantir la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* », § 43.

dispositions légales en cause avaient établi « *un obstacle absolu* » empêchant la requérante, une militante anti-avortement britannique qui avait fait distribué 1,5 million de tracts dans la circonscription d'Halifax retraçant le point de vue des principaux candidats au élections législatives de 1992, de diffuser des informations destinées à influencer les électeurs « *en faveur d'un candidat opposé à l'avortement* »[846]. Rappelant qu'il « *est particulièrement important, en période préélectorale, de permettre aux opinions et aux informations de tous ordres de circuler librement* »[847], la Cour a adopté une conception de la liberté d'expression extrêmement large, réduisant par là même la marge d'appréciation de l'État dans l'organisation du déroulement de la campagne électorale. Pourtant, ainsi que l'expriment les juges LOIZOU, BAKA et JAMBREK dans leur opinion dissidente, « *la restriction en question fait partie d'une régime électoral démocratique d'ensemble, doté de freins et contrepoids qui visent à empêcher de s'écarter des limites maximales de dépenses. Elle offre aux candidats l'égalité des armes : elle les protège contre la manipulation par des groupes de pression qui préfèrent en conséquence mener leur action dans des circonscriptions aux résultats marginaux ; elle n'interdit pas de dépenser de l'argent pour promouvoir une cause si la dépense ne vise pas à favoriser ou compromettre les chances d'un candidat donné* »[848]. En jugeant que cette restriction était disproportionnée au regard du but poursuivi, la Cour a donc adopté une définition très extensive de la liberté d'expression, dont chaque élément s'apprécie en lui-même, indépendamment de l'existence d'autres moyens de communication[849], et qui interrogeait sur la compatibilité de l'article L. 52-12 du Code électoral français avec l'article 10 de la CEDH. Dans des affaires postérieures à la décision BOWMAN, le Conseil d'État a pu ainsi estimer que, « *en admettant même* […] *que la réglementation des conditions de financement des partis politiques ait une incidence sur le droit à la liberté d'expression* », celui-ci ne serait pas méconnu puisqu'une telle restriction vise à assurer la défense de l'ordre ; c'est en ce sens qu'il a donc considéré que

[846] Ibid., § 47.

[847] Ibid, § 42. Cette affirmation de principe se veut cohérente avec les jurisprudences de la Cour, notamment la décision HANDYSIDE selon laquelle la liberté d'expression « *vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction de la population* », CEDH, 7 décembre 1976, § 49.

[848] Opinion dissidente, § 12. Voir Michel LEVINET, *Vers un infléchissement de l'autolimitation du juge européen des droits de l'homme en matière d'exercice des droits politiques*, note sous CEDH, 19 février 1998, Bowman c/ Royaume-Uni, RTDH, 2002, pp. 54-75.

[849] La disproportion de la législation est d'autant plus manifeste aux yeux de la Cour « *qu'aucune restriction n'empêchait la presse de librement favoriser ou contrecarrer l'élection d'un candidat donné, ni les partis politiques et leurs partisans de faire de la publicité au niveau national ou régional, à condition que cette publicité ne visât pas à compromettre les chances d'un candidat donné d'être élu dans une circonscription donnée* », § 47.

permettre à un parti étranger de financer un parti national « *serait préjudiciable à l'expression de la souveraineté nationale* »[850]. Saisie par le Parti Nationaliste Basque, la Cour européenne va alors adopter une position de *self restraint* assez surprenante. Dans un premier temps, elle rappelle que « *la prohibition du financement des partis politiques par toutes les personnes morales à l'exception des partis et regroupements politiques français s'inscrit dans un corps de règles visant à assurer la transparence financière de la vie politique* »[851]. Puis, si elle admet la nécessité d'interdire le financement d'un parti par un État étranger, « *elle n'en est pas aussi facilement convaincue s'agissant de l'interdiction du financement par des partis politiques étrangers ; elle ne voit pas entièrement en quoi la souveraineté des États se trouve en cause de ce seul fait* ». Néanmoins, le juge de Strasbourg va considérer que « *cette question relève de la marge d'appréciation résiduelle des États contractants, ceux-ci demeurant libres de déterminer quels fonds étrangers peuvent être recueillis par les partis politiques* » (§ 47). En définitive, cette décision ne fait que confirmer le commentaire de Jean-Pierre CAMBY selon lequel « *les législations nationales sur le financement des partis n'ont pas pour but d'en restreindre la liberté d'expression, mais au contraire de rechercher un contrôle démocratique, une égalité dans les moyens dont ils disposent et* in fine *de garantir leur indépendance. Ne pas retenir de telles exigences, c'est ignorer que les législations nationales sur le financement de la vie politique* […] *tendent à assurer la clarté de la compétition électorale et l'indépendance des candidats. Il s'agit bien* […] *d'une nécessité dans une société démocratique au sens de l'article 10 de la Convention* »[852].

Au regard du droit comparé, la position de la Cour européenne dans l'affaire BOWMAN avait pu apparaître singulière. Des dispositions similaires existent en effet dans la plupart des démocraties européennes telles que la Belgique et le Portugal[853], et seule la conception nord-

---

[850] CE, 8 décembre 2000, PARTI NATIONALISTE BASQUE ERI-PNB. Pour une critique de cette construction jurisprudentielle, cf. Michel VERPEAUX, *Le financement des partis politiques : la loi nationale et l'Europe*, RFDA, n°1-2002, pp. 59-62.

[851] CEDH, 7 juin 2007, AFFAIRE PARTI NATIONALISTE BASQUE – ORGANISATION RÉGIONALE D'IPPARALDE c. France, § 45.

[852] *Un parti politique ne peut financer un parti français*, op. cit., p. 15.

[853] Cf. le rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale sur le statut et le financement des partis politiques européens (http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i0816.asp). Il est vrai que la France avait émis de sérieuses réserves concernant l'article 6 du règlement européen du 4 novembre 2003 relatif au statut et au financement des partis politiques au niveau européen qui prohibe « les dons anonymes, les dons provenant de groupes politiques au sein du Parlement européen, les dons de toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent, les dons excédant 12 000 Euros par an et par donateur provenant de toute personne physique ou morale ».

américaine semblait alors appuyer la position du juge de Strasbourg[854]. Ainsi, la Cour suprême américaine avait pu affirmer en 1964 que « *le Premier amendement refuse à l'État le pouvoir de décider que dépenser de l'argent pour promouvoir ses opinions politiques est inutilement dispendieux, excessif ou inopportun. Dans la société libre prescrite par notre Constitution, ce n'est pas l'État mais le peuple, individuellement et collectivement qui doit conserver le contrôle de la quantité et de l'ampleur des débats concernant les grandes questions publiques durant une campagne électorale* »[855]. Suite à l'affaire du Watergate, les membres du Congrès décident d'amender en 1974 le *Federal Election Campaign Act* (FECA) adopté en 1971 et dont l'objet était d'imposer des limites concernant à la fois les sources et le montant des contributions et des dépenses afin d'assurer une certaine transparence de la campagne électorale, notamment au regard des contributions privées. Ainsi que le résume André MATHIOT, « *les intérêts particuliers s'opposent fréquemment aux réalisations d'intérêt général et l'activité des « pressure groups » est d'autant plus redoutable qu'avec les moyens de propagande et de persuasion dont ils disposent, ils pourront souvent masquer cette opposition. L'opinion publique, sans doute, sera juge, mais juge mal informé, trop souvent amené à croire que l'intérêt de la nation se trouve où des groupements puissants et partiaux lui disent qu'il est* »[856]. En effet, en théorie, les entreprises (depuis 1907) et les syndicats (depuis 1947) se voient interdire de verser directement de l'argent aux campagnes des candidats au Congrès et à la présidence des États-Unis. Mais le recours aux Comités d'Action Politique (CAPs) et surtout l'utilisation du *soft money*[857] ont permis aux

[854] Cf. en ce sens, Stephen BREYER, *Le contrôle du politique*, IN BADINTER Robert et BREYER Stephen (Dir.), *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, Coll. Publications de la Sorbonne, 2003, p. 153.

[855] NEW YORK TIMES COMPANY V. SULLIVAN, 376 U.S. 254 (1964).

[856] André MATHIOT, *Les « pressure groups » aux États-Unis*, RFSP, Vol. 2, n°3-1952, p. 470. L'auteur ajoute : « *peut-être l'argent n'est-il pas le seul facteur de la puissance des « pressure groups », mais il est le plus important* […]. *La liberté pour les groupes d'influencer la politique, c'est essentiellement une liberté pour les forts* », p. 471.

[857] Si l'argent est utilisé pour construire le parti, sensibiliser les électeurs pour les inciter à s'inscrire sur les listes électorales et voter mais non pour influencer une élection fédérale, il s'agit de *soft money*, non règlementé. Il s'oppose au *hard money*, parfois appelé *Federal money*, qui ne peut être utilisé qu'à des fins bien précises, qui est systématiquement plafonné et pour lequel il y a obligation de divulgation publique. Á cela vient s'ajouter une distinction introduite par la Cour suprême dans sa décision BUCKLEY V. VALEO entre la propagande expresse (*express advocacy*), règlementée par le FECA et qui concerne les communications de campagne faisant expressément référence à la victoire ou à la défaite d'un candidat, et la propagande générale (*issue advocacy*) non soumise à la réglementation de la FECA. Mais comme le souligne Anne DEYSINE, la différence entre les deux est parfois ténue, « *comme l'illustre l'exemple des publicités télévisées « pour » ou « contre » l'avortement ou le droit de détenir une arme à feu. Il s'agit d'une campagne autour d'un thème et donc la prise de position se fait sur une question de société et non pour ou contre un candidat : elle peut être financée par un parti ou par des groupes indépendants si ceux-ci prennent soin de ne pas prôner directement et spécifiquement la victoire ou la défaite d'un candidat.* […] *Pourtant elles ont un effet direct sur l'issue de la campagne au même titre ou presque qu'une campagne explicite en faveur d'un candidat ou contre*

groupes d'intérêt de contourner la législation et de peser sur les élections à fort enjeu[858], notamment par le moyen de spots télévisés dont le coût exponentiel influe sur la campagne[859]. Dans un souci louable de lutter contre la corruption[860], la Cour avait déjà accepté une limitation des contributions, sauf si les limitations imposées étaient de nature à « *empêcher les candidats et les comités politiques de rassembler les ressources nécessaires à une propagande efficace* »[861]. Suite au *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA) du 20 mars 2002 (dite « loi McCain-Feingold » du nom des initiateurs), adopté suite au scandale Enron, la Cour a dans une décision McConnel v. fec du 10 décembre 2003 admis un dispositif visant à interdire aux partis politiques, candidats et élus de recourir au *soft money* : en effet, selon la Cour, « *le risque que les élus prennent des décisions non en fonction des mérites ou des désirs de leurs concitoyens mais en accord avec les souhaits de ceux qui ont*

---

lui », *Argent et politique : quels horizons pour 2002 ?*, rfea, n°90, 2001, p. 47.

[858] Ainsi que le souligne la Cour, en réponse à ceux qui critiquent la nouvelle législation adoptée en 2003, il faut retenir « *que les partis politiques sont extraordinairement flexibles pour s'adapter aux nouvelles restrictions sur leurs capacités à récolter des fonds* », McConnel v. fec, 10 décembre 2003, 124 S. Ct. 619, première partie de l'opinion majoritaire, p. 65. Cf. Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Wanda Mastor, *La Cour suprême américaine et la réforme du financement des campagnes électorales aux États-Unis : la décision McConnel v. fec du 10 décembre 2003*, rfdc, n°59, 2004, pp. 473-500.

[859] Selon Stephen Breyer, la différence de coût qui peut exister entre les grandes démocraties relève du coût des spots télévisés : ainsi, « *aux États-Unis, la publicité télévisée coûte environ 10000 $ par minute quand la diffusion a lieu dans une grande ville. Pour l'élection de l'an 2000, les partis politiques et les candidats ont dépensé entre 770 millions et un milliard de $ en publicité télévisée* », *Pour une démocratie active*, op. cit., p. 72.

[860] Le juge constitutionnel américain a eu l'occasion de définir la corruption comme « *une subversion du processus politique. Les élus sont poussés à agir de façon contraire à leurs obligations d'élus en recherchant un gain financier pour eux-mêmes ou des infusions d'argent dans leurs campagnes. Le point d'orgue de la corruption est le trafic d'influence financier : des dollars en contrepartie de faveurs politiques* », fec v. National Conservative Political Action commitee (ncpac), 470 US 480, 497 (1985). Cette définition a par la suite été enrichie par la décision Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 US 652 (1990) où la Cour a entériné la législation du Michigan interdisant aux entreprises de faire des dépenses indépendantes en connexion avec une élection en utilisant leurs fonds de trésorerie générale : « *sans se soucier de savoir si le danger de trafic d'influence financier peut être suffisant pour justifier une restriction sur les dépenses indépendantes, la législation du Michigan poursuit un autre genre de corruption dans l'arène politique : les effets corrosifs et déformants de l'immense agrégation de richesses qui sont accumulées avec l'aide des entreprises et qui a peu ou pas de corrélation avec le soutien public des idées politiques de l'entreprise* », pp. 659-660, cité par Marthe Fatin-Rouge Stefanini et Wanda Mastor, *La Cour suprême américaine et la réforme du financement des campagnes électorales aux États-Unis (…)*, op. cit., p. 482.

[861] Buckley v. Valeo, 424 US, 19-21 (1976). La Cour a introduit un distinguo subtil entre les contributions, définies comme les dons et avances de toute choses de valeur faits par une personne dans le but d'influencer toute élection à un mandat fédéral, qui peuvent être limitées, car de trop grosses contributions encouragent la corruption (et l'apparence de la corruption), et les dépenses électorales dont certaines ne peuvent être limitées au risque d'enfreindre le Premier amendement. Selon la Cour, en effet, « *speech is money* » ; on ne peut donc pas limiter les dépenses faites par un candidat sur leur fortune personnelle, ainsi que les dépenses indépendantes, c'est-à-dire non coordonnées avec un autre candidat. Cf. Élisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., n°51.

effectué des contributions financières importantes […] *est tout aussi perturbant pour une démocratie qui fonctionne que le trafic d'influence classique. Même si cela arrive de façon occasionnelle, la potentialité d'une telle influence malsaine est manifeste.* […] *une telle corruption n'est ni aisément détectée ni pratique à criminaliser. Les meilleurs moyens de prévention consistent à identifier et supprimer la tentation* »[862]. Comme le souligne Stephen BREYER, les lois relatives aux campagnes électorales poursuivent ainsi un objectif démocratique : « *ces lois visent en effet à démocratiser le rôle de l'argent et à influer sur le processus électoral. Elles construisent ainsi la confiance de la population dans ce processus, élargissent la base financière déterminante pour les candidats et encouragent la participation d'un plus grand nombre de personnes. En définitive, elles visent à maintenir l'intégrité du processus politique, processus par lequel le discours politique se traduit en action gouvernementale.* […] *Ces lois favorisent le genre de discussion politique que le Premier Amendement cherche à encourager, à la fois comme fin en soi et comme moyen de parvenir à une démocratie viable* »[863]. En contrepartie, la loi relève le montant des dons des particuliers aux appareils politiques jusqu'à 2 000 $ (*hard money*), mais prohibe désormais les contributions directes des entreprises, groupes de pression et syndicats, ces derniers pouvant soutenir financièrement un candidat via les CAPs, leurs dons étant plafonnés, publics et contrôlés[864]. Toutefois, en n'encadrant pas davantage la publicité politique, le législateur américain a « entrouvert la porte » pour un contournement de cette législation, donnant ainsi raison au juges STEVENS et O'CONNOR qui ne se faisaient « *aucune illusion sur le fait*

---

[862] Première partie de l'opinion majoritaire, pp. 43-44, cité par Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI et Wanda MASTOR, *La Cour suprême américaine et la réforme du financement (…)*, op. cit., p. 483.

[863] *Pour une démocratie active*, op. cit., pp. 76-77.

[864] Á peu près au même moment, le Canada, dont la philosophie constitutionnelle est sur ce point proche de la conception américaine, décidait de règlementer le rôle des tiers dans la campagne électorale. Ainsi, la Loi électorale du Canada, entrée en vigueur le 1er septembre 2000 oblige-t-elle les tiers (compris comme toute personne ou tout groupe autre qu'un candidat, un parti politique enregistré ou une association de circonscription d'un parti enregistré) à s'enregistrer auprès du directeur général des élections durant une campagne électorale dès qu'ils ont engagé 500 $ en publicité électorale pour promouvoir ou pour contrecarrer un parti ou un candidat. Ils peuvent dépenser un maximum de 150 000 $ en publicité, avec un maximum de 3 000 $ par circonscription. La Cour suprême du Canada a validé ce dispositif dans sa décision HARPER précitée en estimant que ces dispositions portaient bien atteinte à la liberté d'expression mais qu'elles étaient justifiées dans le cadre d'une société démocratique. Le juge BASTARACHE, au nom de la majorité de la Cour, a ainsi pu déclarer que le régime instauré favorisait l'équité : « *La structure du régime s'inspire clairement du modèle égalitaire. L'objectif primordial du régime consiste à favoriser l'équité électorale en créant une situation d'égalité dans le débat politique. Il appuie la diffusion égale des points de vue en limitant la publicité électorale des tiers qui, comme l'a reconnu notre Cour, sont des participants importants et influents dans le processus électoral. En définitive, l'avancement de l'égalité et de l'équité en matière électorale stimule la confiance du public dans le système électoral* ». Cf. Anne ROLAND, *La Cour suprême du Canada et les partis politiques*, Bulletin n°6 de l'ACCPUF, 2006, pp. 21-26, en ligne http://www.accpuf.org/images/pdf/publications/bulletins/b6/tome1/Bulletin6-TI-Ch1.1-Canada.pdf

que le Bipartisan Campaign Finance Reform Act puisse être la dernière fois que le Congrès ait à se prononcer sur le sujet. L'argent, tout comme l'eau, trouvera toujours le moyen de s'écouler »[865]. Ainsi, lors des élections présidentielles de 2004, les associations proprement politiques telles que Moveon.org ou ACT (*America Coming Together*) ont fait irruption sur la scène politique en mobilisant nombre d'adhérents et des budgets importants non soumis à la loi de 2002. En outre, les lobbys se sont orientés vers les « comités 527 », associations tirant leur nom de l'article d'une loi fiscale qui exonère d'impôts les organisations politiques[866]. Or, ainsi que le souligne Pascal JAN, « *ces organismes sont très actifs et exercent leur influence en achetant des espaces publicitaires en vue de dénoncer férocement le candidat qu'ils combattent Autrement dit, ce financement sert davantage à détruire médiatiquement l'adversaire plutôt qu'à promouvoir un programme politique* »[867]. Si ces associations issues de la sphère civile permettent une redéfinition de l'espace public et un renouveau militant, la place conférée à l'argent demeure centrale et confirme également l'avènement d'une sorte de « *démocratie de marché* »[868].

On constate donc une convergence entre les grands régimes de droit électoral dans le double but d'assurer une campagne électorale équitable et une meilleure information du citoyen. Ces mécanismes prennent en compte la profonde transformation du phénomène démocratique, notamment en tentant d'intégrer le rôle des médias et des groupes de pression dans la compétition électorale. Reste que si les mécanismes juridiques ont indiscutablement rendu plus

---

[865] MC CONNEL V. FEC, 2003, 540 US, p. 118. Ce qui fait dire à Vincent MICHELOT que cette solution ne peut pas être interprétée « *comme une réaffirmation forte de l'importance du droit de vote comme « liberté préférée » :* [elle] *doit plutôt être lue comme un retour stratégique de la Cour suprême à plus de déférence vis-à-vis du Congrès qui se verrait reconnaître une plus grande latitude dans sa capacité à améliorer, réformer ou réglementer le processus législatif, comme aussi une forme de rappel à la loi constitutionnelle teintée de pessimisme pragmatique* », *Du droit de vote aux États-Unis comme écume de l'ordre constitutionnel*, IN BLANQUER Jean-Michel, QUANQUIN Hélène, SONNLEITER Willibald et ZUMELLO Christine (Dir.), *Voter dans les Amériques*, Paris, Éd. de l'Institut des Amériques, 2005, p. 91.

[866] La plus connue étant le fameux Swift Boat Veterans for Truth qui a dépensé plus de 10 M de $ pour dénigrer le passé militaire de John Kerry.

[867] Pascal JAN, *Élections américaines 2004 : système électoral en convalescence*, RDP, n°1-2005, p. 116. L'auteur prend pour exemple l'association des anciens combattants du Vietnam *Swift Boat Veterans for Truth*, proche de George W. Bush, qui accusa dans une campagne médiatique intense John Kerry d'avoir menti sur ses faits d'armes au Vietnam.

[868] Pierre ROSANVALLON, *L'Amérique, entre renouveau militant et démocratie de marché*, Le Monde, 18 octobre 2004.

équitable la lutte pour la conquête du pouvoir, l'argent[869] et l'accès aux médias restent dans une démocratie d'opinion des facteurs assurément décisifs pour l'obtenir.

Conclusion du Chapitre 2

« L'opinion exprimée par le corps électoral n'est pas à proprement parler l'opinion publique, car le corps électoral n'est pas le public, c'est une opinion déjà déformée »[870].

L'étude des mécanismes encadrant la compétition électorale a vu poindre le nécessaire encadrement juridique de la démocratie d'opinion : encadrer par exemple les financements des campagnes électorales contribue, d'une part, à empêcher « *à la fois la corruption apparente que font craindre les importantes contributions financières et l'érosion de la confiance publique dans le processus électoral à travers l'apparence de corruption* »[871] ; mais, d'autre part, il s'agit également de garantir la liberté d'expression politique, seule à même d'informer l'opinion publique et de permettre au citoyen de voter de manière éclairée[872]. Deux conceptions de la communication se dégagent alors de l'étude des règles de droit : l'une qui repose sur un idéal social attestant la maturité des citoyens-électeurs et qui affirme que, « *par la posture d'écoute et de dialogue qu'elle suppose, la communication constitue le liant de la société démocratique, en rupture avec la propagande, par nature totalitaire* »[873] ; l'autre qui réduit la communication politique à un ensemble de techniques empruntées à la publicité et au marketing et qui postule la gémellité entre information et

---

[869] BRYCE avait remarquablement analysé le phénomène au début du XXème siècle : « *la pauvreté abrège l'existence de beaucoup de groupes* […], *car la publicité, c'est-à-dire la réclame sous forme directe ou indirecte, considérée de nos jours comme l'un des éléments essentiels du succès, est si coûteuse que l'argent tend à devenir le nerf de la politique comme il est déjà celui de la guerre* », *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 151. Ce phénomène s'est évidemment accrû, si bien qu'on pourrait, comme le souligne Bernard MALIGNER, dégager en matière électorale deux « lois financières » : d'une part, les candidats les plus démunis ne sont jamais élus, d'autre part, les candidats les plus fortunés sont le plus souvent élus, *Financement des campagnes électorales et caractère équitable (…)*, op. cit., pp. 136-141.

[870] Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 160.

[871] Cour suprême US, MCCONNEL V. FEC, première partie de l'opinion majoritaire, p. 26.

[872] La Cour suprême du Canada a bien résumé l'objectif des règles relatives à la conquête du pouvoir : « *1/ favoriser l'égalité dans le débat politique ; 2/ protéger l'intégrité du système de financement applicable aux candidats et aux partis ; 3/ maintenir la confiance des électeurs dans le processus électoral* », HARPER C. CANADA, 1 RCS 827, 2004 CSC 33, 18 mai 2004.

[873] Christian DELPORTE, *De la propagande à la communication politique. Le cas français*, LE DÉBAT, n°138, 2006, p. 31. Dans le même sens, Georges VEDEL soulignait que « *par sa propagande, par ses campagnes électorales, le parti s'adresse à la masse des citoyens et les invite à dialoguer avec le pouvoir* », *La notion de dialogue dans les démocraties modernes*, op. cit., p. 14.

propagande[874], même si celle-ci demeure « *essentiellement une manipulation des données psychosociologiques fondamentales de l'être humain. Elle ne s'adresse pas à l'intelligence mais aux instincts et aux pulsions inconscientes. Elle ne cherche pas à convaincre par des arguments, mais à provoquer une attitude, une décision sans passer par la réflexion et le discours* »[875]. James BRYCE, pourtant lui-même ardent défenseur de la presse et de la libre diffusion des idées, écrivait que « *l'art de la propagande a fait beaucoup de progrès tous ces derniers temps, et son développement est tel que les gens qui l'exercent peuvent désormais, à l'aide de comptes rendus erronés, de fait habilement maquillés, présenter la situation sous un faux jour et induire en erreur les personnes qui n'ont ni le temps, ni les moyens de vérifier elles-mêmes les faits. Celui qui étudie et observe les variations de l'opinion publique doit se tenir en garde contre toutes ces sources d'erreur* »[876]. La méfiance envers les moyens de communication ne cessera dès lors de hanter les propos des libéraux, aboutissant par là même à rendre douteuse la notion de publicité, pourtant indispensable au bon fonctionnement d'une démocratie d'opinion. En effet, ainsi que le souligne Jean-Jacques BIENVENU, la notion de publicité est devenue « *extrêmement délicate à cerner dans la mesure où elle mêle inextricablement information, incitation et persuasion et que, dans toute information en période électorale, on peut diagnostiquer une propagande clandestine* »[877]. En outre, l'avènement des techniques modernes de communication rend bien souvent obsolètes certains mécanismes juridiques de régulation de la campagne électorale. Ce qui est en jeu n'est donc pas tant la propagande électorale en elle-même que l'utilisation de puissants moyens de communication. Dès lors, on ne peut que souscrire à la mise en garde de Jacques ELLUL : « *l'information elle-même, est, même lorsqu'on la veut honnête et exacte, un puissant instrument d'uniformisation de l'opinion* »[878].

---

[874] C'est d'ailleurs ce postulat qui permit de justifier l'existence d'un ministère de l'Information. Albert GAZIER, alors titulaire du poste, déclara ainsi le 15 juin 1951 que « *la propagande est une espèce de plaidoirie et il existe plusieurs formes de propagande. Il existe une propagande qui s'adresse uniquement aux instincts et aux passions et qui est contraire à la démocratie. Si elle ne fait appel qu'aux sentiments de cette nature, elle est très rapidement appelée à faire taire les propagandes rivales. Elle essaie d'envoûter et n'admet pas qu'une influence contraire rompe l'enchantement qu'elle essaie de créer. Elle est rapidement amenée à être totalitaire. Une autre propagande s'adresse davantage à la raison. Une telle propagande, qui se mesure avec d'autres propagandes, est parfaitement compatible avec les règles les plus strictes de la démocratie. Elle tend à enseigner et à renseigner plutôt qu'à envoûter* », cité par Caroline OLLIVIER-YANIV, *L'État communiquant*, PUF, 2000, p. 88.

[875] Jacques ELLUL, *Propagande et démocratie*, op. cit., p. 494.

[876] *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 184.

[877] *La communication des collectivités locales en période électorale. L'article L. 52-1 du Code électoral*, Légicom, n°6, 1994, p. 8.

[878] Jacques ELLUL, *Opinion publique et démocraties*, Le Monde, 20 février 1958.

Conclusion titre 1

« On la nomme la reine du monde ; elle l'est si bien que quand la raison vient la combattre, la raison est condamnée à mort. Il faut qu'elle renaisse vingt fois de ses cendres pour chasser enfin tout doucement l'usurpatrice »[879].

Dominique ROUSSEAU rappelait il y a peu que « *la construction de la forme représentative moderne ne s'est pas faite en niant l'existence de l'opinion publique, ni en excluant d'autres modalités de son expression* »[880]. L'institution parlementaire reste le lieu privilégié d'expression de l'opinion. Pour les tenants du régime représentatif, l'élection demeure alors le moyen d'expression privilégié de l'opinion et véhicule une certaine idée de la démocratie, pour autant qu'elle « *traduise transparence et sincérité dans un cadre où l'alternance et le débat structurent l'opinion des électeurs.* […] *La grandeur de l'élection est donc indissociable de l'inquiétude qu'elle génère, puisqu'à travers les gouvernants, elle tend à toute société le miroir souvent déformant de ses propres choix* »[881]. Pourtant, la participation populaire à l'exercice démocratique du pouvoir ne peut se résumer uniquement au bulletin de vote. Le régime démocratique se veut également un régime où le peuple peut exercer de manière permanente sa souveraineté en dehors du scrutin. D'une manière « négative », l'opinion doit pouvoir effectivement exercer un contrôle continu de l'action des gouvernants. Dans cette hypothèse, comme le souligne Bernard MANIN, « *la démocratie représentative n'est pas un régime où la collectivité s'autogouverne, mais un système où tout ce qui tient au gouvernement est soumis au jugement public* »[882]. Mais, l'on peut également considérer que l'opinion doit participer de manière directe au processus de formation et d'édiction des règles. En d'autres termes, « *le vote, moyen indispensable encore pour connaître les aspirations d'une majorité de citoyens, reste une opération mécanique, nécessairement soumise à des dispositions légales, tandis que dans la formation et l'expression de l'opinion publique, les éléments caractéristiques de l'esprit de Démocratie planent au-dessus de tout machinisme officiel, libres des entraves que celui-ci leur impose : et ils se traduisent par une force plus souple, plus délicate, plus persuasive et plus conciliante que ne le sera jamais la décision*

---

[879] VOLTAIRE, *Œuvres complètes*, T. XIX, Paris, Hachette, 1876, en ligne sur Gallica (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k800160/f95.table).

[880] *De la démocratie continue*, IN ROUSSEAU Dominique, *La démocratie continue*, op. cit., p. 7.

[881] Laurent FONTBAUSTIER, *élection*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 607.

[882] *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., p. 245.

résultant de l'addition de bulletins de vote »[883]. L'opinion publique est donc tout à la fois ce tribunal invisible qui punit les mauvaises actions des gouvernants et cette force motrice du processus normatif. L'opinion publique s'étend par-delà le cénacle de l'Assemblée, à tel point que certains envisagent déjà la démocratie d'opinion comme le dépassement de la logique représentative.

Titre 2. Une définition élargie de la participation de l'opinion publique

« Ce mot [l'opinion publique] désigne d'une manière générale la somme de toutes les lumières sociales, ou plutôt le résultat de ces lumières, considéré comme motif des jugements que porte une nation sur les choses soumises à son tribunal. Son influence est le plus puissant mobile des actions louables aujourd'hui »[884].

L'espace public, ainsi que le rappelle Jürgen HABERMAS, se caractérise comme le lieu où se manifeste l'apparition d'une opinion publique authentique, cette « *opinion vraie, régénérée par la discussion critique dans la sphère publique* »[885]. On a pu y voir dans un premier temps la réaffirmation du principe représentatif : en effet, l'opinion y est nécessairement extérieure au pouvoir politique et elle doit le rester. Ainsi que le rappelle CHATEAUBRIAND par exemple, « *le gouvernement représentatif s'éclaire par l'opinion publique, et est fondé sur elle. Les chambres ne peuvent connaître cette opinion si cette opinion n'a point d'organes. Dans un gouvernement représentatif, il y a deux tribunaux : celui des Chambres, où les intérêts particuliers de la nation sont jugés ; celui de la nation elle-même qui juge en dehors les deux chambres* »[886]. En d'autres termes, la construction juridique de l'espace public met en évidence ce dernier comme le lieu de formation des opinions et des volontés politiques, le lieu de débat garant de la légitimité et de la minorité politiques[887]

---

[883] James BRYCE, *Les démocraties modernes*, T. I, op. cit., p. 189.

[884] PEUCHET, *Discours préliminaire*, IN *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, T. IX, 1789, p. 9.

[885] Raison et légitimité. Paris, Payot, Coll. Critique de la politique, 1978, p. 105.

[886] *De la monarchie selon la Charte*, Chap. XVII, IN *Œuvres complètes*, Nendeln, Kraus Reprint, 1975, p. 175, en ligne sur Gallica (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1013762.item).

[887] C'est par exemple ce qu'exprime CHATEAUBRIAND à propos des royalistes sous la Restauration : « *le refuge des royalistes est donc maintenant dans une opinion. Ils se défendront d'un bout de la France à l'autre par l'uniformité des sentiments. S'ils éprouvent des injustices, leurs journaux en dehors, la minorité dans les deux chambres, élèveront la voix. On sera obligé de les ménager lorsqu'on les trouvera partout, prêts à se faire entendre à*

(**Chapitre 1**). Mais l'on peut également considérer que la participation au débat public représente la faculté pour les citoyens de réaliser pleinement leur souveraineté, au travers de la possibilité qui doit leur être offerte d'exercer une influence et de changer le cours des choses en participant activement à l'élaboration du consensus démocratique[888]. L'existence d'un espace public politique permettrait ainsi l'émergence des conditions idéales de communication par lesquelles la formation discursive de l'opinion et de la volonté d'un public de citoyens puisse être réalisée[889]. Dans cette hypothèse, la démocratie d'opinion n'est alors pas cette démocratie de « l'opinion non-publique »[890] prônée par la pensée libérale ; tout au contraire, elle se construit autour d'un espace public autonome dont l'objet est de promouvoir un échange généralisé d'opinions qui tend à rapprocher le citoyen des gouvernants. La logique « démocratique » tend à supplanter la thèse libérale : la démocratie d'opinion, ainsi que l'avait suggéré James Bryce, se conçoit alors comme la promotion d'une démocratie directe où les gouvernants, sous le regard permanent de l'opinion publique, s'identifient *in fine* aux gouvernés[891] (**Chapitre 2**).

---

l'opinion publique », note du 22 octobre 1818, *Polémique*, 1827 repris in *Œuvres complètes*, Paris, Éd. Garnier, 1861.

[888] « *Le mot galvaudé de participation désigne bien cette relation élémentaire et immédiate dans laquelle on passe d'un état de passivité à un état d'activité. Les individus n'y figurent plus les pions sur l'échiquier mus selon les règles prescrites, ni les spectateurs assistant à une pièce. Ils ont la latitude de modifier les règles, varier les dialogues ou l'intrigue de la pièce* », Moscovici Serge et Doise Willem, *Dissension et consensus. Une théorie générale des décisions collectives*, Paris, puf, 1992, p. 21.

[889] En effet, selon Habermas, « *le changement politique des valeurs ou des attitudes n'est pas un processus d'adaptation aveugle, mais plutôt le résultat d'une formation constructive de l'opinion et de la volonté* », *Droit et démocratie*, op. cit., p. 363.

[890] Ainsi que le suggère Catherine Colliot-Thélène, dans la pensée libérale, « *ce que l'on nomme opinion publique est une réalité émanant du privé c'est-à-dire de ces multiples lieux de socialisation qui sont aussi les lieux de communication et de formation des convictions* », *L'ignorance du peuple*, in Duprat Georges (Dir.), L'ignorance du peuple. Essais sur la démocratie. Paris, puf, Coll. Politiques d'aujourd'hui, 1998, p. 32.

[891] Le passage, souvent commenté, de *La République américaine* mérite d'être cité en entier : « *Un quatrième stade serait atteint si la volonté de la majorité des citoyens devenait constatable à tout moment, et sans qu'il soit besoin d'en passer par un corps de député, et même éventuellement sans qu'il soit besoin du tout d'un mécanisme de vote. Dans un tel état de choses, le mouvement de l'opinion publique serait devenu plus complet, parce que plus continu, qu'il ne l'est dans ces pays européens qui, comme la France, l'Italie et l'Angleterre, regardent avant tout les parlements comme les représentants du sentiment national. L'autorité semblerait rester tout le temps dans la masse des citoyens. Le gouvernement populaire aurait été poussé assez loin pour supprimer, ou, tout du moins, pour anticiper les voies légales par lesquelles la majorité exprime sa volonté dans les isoloirs publics ; et ce contrôle informel mais direct de la multitude diminuerait, voire même supplanterait, l'importance de ces jugements formels mais occasionnels qui se font lors de l'élection des députés. Á un tel état de choses, l'expression « l'autorité de l'opinion publique » pourrait s'appliquer à propos, car l'opinion publique ne ferait pas que régner, elle gouvernerait* », T. III, op. cit., pp. 383-384.

Chapitre 1. La construction juridique de l'espace public

« Le but commande les moyens ; et le but c'est de faire en sorte que l'opinion du pays inspire la pensée et les actes du gouvernement. Pour cela, il faut que l'opinion publique puisse se former ; après s'être formée, il faut qu'elle puisse se propager, se communiquer aux dépositaires de l'autorité publique, afin d'inspirer leurs pensées et leurs actes »[892].

« *Les pouvoirs législatifs et exécutif se heurtent en s'équilibrant sous l'œil nocturne de la presse* »[893]. Ces propos d'Odilon BARROT soulignent le rôle joué par la presse dans l'aménagement du gouvernement représentatif. Celui-ci ne peut en effet exister sans un espace public dont on sait, depuis les travaux de Jürgen HABERMAS, qu'il s'est construit dans le passage de l'exercice du jugement dans la sphère privée, tel que la fréquentation et la pratique de formes littérales comme la lettre, le roman et la critique l'avaient structuré depuis la fin du XVIIème siècle, à son exercice dans la société civile, concourant à la création d'une opinion publique propre à agir sur le politique. Le journal est ainsi à la fois l'origine et le produit de l'opération puisqu'il sert d'instance médiatrice entre les membres de la société civile et représente l'exercice du jugement en action, témoignant ainsi de sa dimension publique[894]. Dès lors, détaché du modèle plus ancien d'une sphère publique structurée par la représentation exclusive du pouvoir, le journal crée l'illusion d'une autre représentation, celle de l'interaction entre le peuple et le gouvernement. Ceci a pour corollaire que la démocratie d'opinion est indissociable d'une certaine forme de publicité (**SECTION 1**). Si, conformément à la tradition libérale, l'espace public se veut ainsi un lieu où chacun possède le droit individuel de critiquer le pouvoir en place, il n'en

---

[892] Adolphe THIERS, *Discours sur les principes de 1789*, T. X, 26 février 1866, p. 344, en ligne sur Gallica (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k23693k/f348.table).

[893] Odilon BARROT, *Mémoires posthumes*, Paris, Charpentier, 1875, p. 120, cité par Jean-Claude LAMBERTI, *Tocqueville et la Constitution de 1848*, COMMENTAIRE, n°25, 1984, p. 143.

[894] Le plaidoyer récent d'HABERMAS afin de préserver une presse d'information de qualité s'inscrit dans ce sens. En effet, il y a un écart entre « *d'un côté, ce que produit en termes de discussion publique la concurrence d'« opinions publiques » divergentes et, de l'autre, la publication sous forme démoscopique d'un éventail des opinions. Les opinions publiques qui se créent à travers la discussion et la polémique sont, avec toutes leurs dissonances, déjà filtrées par des informations et des raisons qui leur donnent une pertinence sur le sujet qui les sépare, alors que la démoscopie d'opinions qui, dans une certaine mesure, ne sont encore que latentes ne fait que les livrer à l'état brut et inerte.* […] *La sphère publique contribue à la légitimation démocratique de l'activité de l'État en choisissant ce qui doit faire l'objet d'une décision politique, en lui donnant la forme d'une problématique et en réunissant les prises de position plus ou moins informées et fondées de manière qu'elles forment des opinions publiques concurrentes* », *Il faut sauver la presse de qualité*, Le Monde, 22 mai 2007.

demeure pas moins qu'il se conçoit également comme une volonté des gouvernants de maîtriser la multitude. En effet, l'espace public apparaît également pour les gouvernants comme une ressource qui consacre « *la mise en représentation d'un monde politique, pour organiser la forclusion du monde social* »[895]. En d'autres termes, cette logique, qui est étonnamment contemporaine, tend à concevoir l'espace public comme un lieu où opinion publique et ordre public sont intimement associés (**Section 2**).

Section 1. La démocratie d'opinion ou la consolidation du principe de publicité

La liberté d'expression permet l'intercompréhension entre les hommes et, en ce sens, a une fonction profondément politique, dont on peut trouver les origines dans la Grèce Antique[896]. Pour les Anciens, la liberté d'expression se doit en effet d'être comprise comme un moyen de participation des citoyens à la prise de décision collective[897]. Reste que l'acception moderne de la liberté d'expression s'est progressivement éloignée de l'idéal grec pour privilégier une définition plus individuelle, mais non moins politique, de la liberté d'expression. Marquée par une profonde méfiance envers l'autorité, la pensée libérale va confier à l'opinion publique une fonction de limitation de la capacité de nuire du gouvernement. Et celle-ci s'exprimera par le biais de la presse : comme le souligne Benjamin Constant, « *il n'y a point de durée pour une Constitution sans opinion publique et il n'y a point d'opinion publique sans liberté de la presse. Quand cette liberté est étouffée, les grands corps de l'État sont des masses isolées de la Nation, sans vie et sans force véritable* »[898]. La liberté d'expression, et plus particulièrement la liberté de la presse[899], apparaît dès lors comme la condition *sine qua non* de la formation de l'opinion publique (**Sous-**

---

[895] Dominique Reynié, *Le triomphe de l'opinion publique. L'espace public français du XVIème au XXème siècle*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 31.

[896] Ainsi que le souligne Giuseppe Cambiano, « *liberté d'expression, liberté de presse et formation de l'opinion publique se constituent autour d'une certaine culture politique qui repose sur des références à l'histoire grecque* », *Polis. Histoire d'un modèle politique*, Paris, Aubier, Coll. Philosophie, 2003, p. 15.

[897] Cette idée de participation de tous à la vie de la Cité se résume dans le concept d'isonomie qui « *ne signifie ni que nous sommes tous égaux devant la loi, ni que la loi est la même pour tous, mais simplement que tous ont les mêmes titres à l'activité politique, cette activité consistant de préférence dans la polis en une discussion. L'isonomie désigne donc prioritairement la liberté de parole* », Hannah Arendt, *Qu'est-ce que la politique ?*, Paris, Seuil, Coll. L'ordre philosophique, 1995, pp. 57-58.

[898] *Principes de politique*, op. cit., p. 136.

[899] Ce constat est partagé par la totalité de la doctrine publiciste. Par exemple Jellinek estime-t-il que « *multiples sont les formes sous lesquelles l'opinion publique se manifeste : on la trouve* […] *surtout dans la presse, plus particulièrement dans la presse quotidienne* », *L'État moderne et son droit*, op. cit., p. 180.

SECTION **1**). La liberté de diffusion de l'information est historiquement la première facette de la liberté d'expression qui fut constitutionnellement garantie. Mais, la liberté d'expression se comprend également aujourd'hui comme le droit du public à recevoir de l'information, composante plus large d'un « *droit du public à la transparence* »[900] qui tend à profondément renouveler l'appréhension du phénomène démocratique[901] (SOUS-SECTION **2**).

Sous-section 1. Liberté d'expression et opinion publique, un lien inaltérable ?

La liberté d'expression se doit avant tout d'être pensée comme un « *un droit de liberté, ce qui, principalement, signifie l'absence d'interférences ou d'intromissions des autorités étatiques dans le processus de communication. Cependant, cela signifie aussi la reconnaissance et la garantie d'une institution politique fondamentale, qui est l'opinion publique libre, intrinsèquement liée au pluralisme politique, qui est une valeur essentielle et une condition du fonctionnement de l'État démocratique.* [En d'autres termes] *la liberté d'expression des idées et des pensées et dans la diffusion d'informations est la nécessaire prémisse de l'opinion publique libre* »[902]. La formulation de la cour constitutionnelle espagnole, partagée par d'autres juridictions constitutionnelles[903], résume opportunément l'objet premier de la liberté d'expression dans une société libérale : celle-ci a pour enjeu principal la création d'un pluralisme politique qui limite *de facto* la tentation absolutiste du pouvoir (**PARAGRAPHE 1**). Reste que l'opinion publique oscille dans la pensée libérale entre recherche de la

---

[900] Gérard COHEN-JONATHAN, *Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Ryssdal, *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 246.

[901] Daniel SOULEZ-LARIVIÈRE souligne à propos la transparence que « *sans doute est-ce à l'avènement de la démocratie d'opinion que l'on doit cet accouchement de vocabulaire* », *La transparence et la vertu*, Mélanges Troper, op. cit., p. 933.

[902] STC, 12/1982.

[903] Cf. par exemple l'opinion du Juge CANNON de la Cour suprême canadienne pour qui « *la liberté de discussion est essentielle, dans un État démocratique, pour éclairer l'opinion publique; on ne peut la restreindre sans toucher au droit du peuple d'être informé, en ce qui concerne des matières d'intérêt public, grâce à des sources indépendantes du gouvernement. Les nouvelles, ainsi que les opinions politiques des partis politiques qui luttent pour le pouvoir, doivent être publiées sans entraves.* […] *La démocratie ne peut se maintenir sans son fondement : une opinion publique libre et la libre discussion, de par toute la nation et dans les limites que fixent le Code criminel et la common law, de toutes les affaires qui intéressent l'État* », REFERENCE RE ALBERTA STATUTES, [1938] R.C.S. 100, p. 145-146.

vérité et contrôle du pouvoir[904]. James BRYCE, par exemple, estime que « *si tout journal faisait de son mieux pour s'assurer de la vérité, pour dire l'entière vérité et rien que la vérité, s'il ouvrait librement ses colonnes à toutes les opinions, laissant au lecteur le soin exclusif de les juger, la presse ne ferait que du bien, du moins en ce qui concerne le côté politique de la question. Alors, tout le nécessaire pour former une opinion publique juste et modérée aurait été accompli et si, malgré cela, les peuples tombaient parfois dans l'erreur, ils n'auraient plus qu'à s'en prendre à eux-mêmes* »[905]. En d'autres termes, la liberté d'écrire et de publier des opinions se doit également d'être au service d'une meilleure éducation du peuple. La liberté d'expression permet ainsi à la Raison de s'éveiller, celle-ci étant seule à même de permettre l'émergence d'une opinion publique éclairée (**PARAGRAPHE 2**).

Paragraphe 1. La liberté de l'opinion publique comme contrepoids à l'absolutisme du pouvoir

La philosophie libérale résume la liberté d'expression comme une liberté contre l'État. Son objet est d'abord de limiter l'omnipotence du pouvoir en place, tout en empêchant l'empiètement de la société sur la sphère individuelle. Néanmoins, elle vise également à mettre en place un espace public ouvert où s'affrontent des points de vue antagonistes. Ainsi, si la liberté d'expression est une condition *sine qua non* de la formation de l'opinion publique, c'est parce qu'elle permet l'existence d'un pluralisme politique. Toutefois, si, dans un premier temps, il s'est agi de protéger « *l'usage critique que fait de sa raison le public* »[906] face aux abus éventuels du pouvoir (**Sous-Paragraphe 1**), on peut également concevoir le pluralisme comme un moyen « *d'empêcher le public de s'attaquer aux non-conformistes* »[907] (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Garantir le pluralisme politique, une exigence libérale

Malgré la pluralité des acceptions libérales sur la liberté d'expression, tous les penseurs libéraux s'accordent à penser qu'il n'y a pas de liberté politique sans liberté de la presse[908]. Deux types de situation méritent alors d'être distingués :

---

[904] Simone GOYARD-FABRE, *Les Lumières : recherche de la vérité et contrôle du pouvoir*, IN HAARSCHER Guy et LIBOIS Boris (Dir.), *Les médias entre droit et pouvoir. Redéfinir la liberté de la presse*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. de philosophie politique et juridique, 1995, pp. 17-34.

[905] *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 119.

[906] Jürgen HABERMAS, *L'espace public*, op. cit., p. 143.

[907] Ibid., p. 143.

[908] Cf. Lucien JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997.

- d'une part, l'hypothèse d'un régime absolutiste dans lequel les journaux, qui ne sont pas libres, « *empêchent bien l'opinion de se former, mais ils ne forment pas l'opinion. On lit leurs raisonnements avec dédain, et leurs récits avec défiance. On voit dans les premiers, non pas des arguments, mais des volontés ; on voit dans les seconds, non pas des faits, mais des intentions secrètes. On ne dit point, voilà ce qui est vrai ou faux, juste ou erroné, on dit : voilà ce que le gouvernement pense, ou plutôt ce qu'il veut faire penser* »[909]. Ainsi les libéraux concluent-ils que l'existence d'une presse d'État ne permet pas la formation d'une opinion publique libre. Pis, elle conduit à sa perte le gouvernement qui userait de cette forme de censure car il négligerait la force sociale qu'est l'opinion publique[910]. En d'autres termes, « *l'effet paradoxal de la censure réside dans le fait qu'elle renforce l'opinion publique que la censure veut étouffer pour contrer la « maladie d'écrire » du libelliste* »[911].

- d'autre part, l'hypothèse du régime représentatif. Contrairement à une idée reçue, la liberté de la presse n'est pas inhérente à ce type de gouvernement pour les penseurs libéraux : ainsi que le souligne CHATEAUBRIAND par exemple, « *le gouvernement représentatif sans la liberté de la presse est le pire de tous* […]. *Sous le régime de la censure, il y a deux manières de vous perdre ; il peut selon le penchant de son système vous entraîner à la démocratie ou au despotisme. Avec la liberté de la presse, ce péril n'existe pas : cette liberté forme en dehors une opinion nationale qui remet bientôt les choses dans l'ordre.* […] *La liberté de la presse est donc le seul contrepoids des inconvénients du gouvernement représentatif, car ce gouvernement a ses imperfections comme tous les autres* »[912]. Conformément aux

---

[909] Benjamin CONSTANT, *De la liberté des brochures, des pamphlets et des journaux considérée sous le rapport de l'intérêt du gouvernement*, 1814, cité par Jean MORANGE, *La liberté d'expression*, Paris, PUF, Coll. QSJ, 1993, p. 76.

[910] « *Détruisez la liberté de la presse ; faites que des défenseurs indépendants ne puissent plaider la cause de la légitimité, qu'ils ne puissent surveiller, dénoncer par l'opinion publique les manoeuvres des partis : alors les conseillers malhabiles de la légitimité se trouvent dans une condition de soupçon, de tyrannie, de faiblesse, pareille à celle des conseillers de l'usurpation. Un ministre qui croirait avoir besoin de silence, qui semblerait avoir des raisons de cacher la légitimité, reconnaîtrait la nature de cette puissance* », CHATEAUBRIAND, *De la presse*, 1828, repris IN *Œuvres complètes*, Paris, Éd. Garnier, 1861, en ligne sur Gallica (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k101377f).

[911] Michel PORRET, *Censure et opinion publique dans la République de Genève au siècle des Lumières*, op. cit., p. 177. L'auteur cite à l'appui de sa démonstration les réquisitions du Procureur général Jean-Robert TRONCHIN à l'encontre du Dictionnaire philosophique de VOLTAIRE en 1764 : « *les flammes auxquelles on condamne un Livre allument* […] *la curiosité publique ; il était peu connu, de ce moment il va acquérir de la célébrité. Il y en avait peu d'exemplaires, on en sera bientôt inondé ; et au lieu d'étouffer dans sa naissance un poison contagieux, on en précipite le progrès et la circulation* », p. 176.

[912] CHATEAUBRIAND, *De l'abolition de la censure*, cité par Jean MORANGE, *La liberté d'expression*, op. cit., pp. 76-77. Benjamin CONSTANT dit la même chose : « *La liberté de la presse, je l'ai défendue sous tous les gouvernements ; car il ne faut pas se tromper sur les mots de république, d'empire, de monarchie : tous les gouvernements sont ennemis de cette liberté, tous s'attachent à la détruire* », *Sur le projet de loi relative à la presse*, 13 février 1827, IN *Œuvres de Benjamin Constant*, Paris, Pléiade 1957, p. 1380, cité par Lucien JAUME, *Heurs et malheurs de la liberté de presse*,

préceptes libéraux de limitation du pouvoir, la liberté de la presse apparaît donc comme un contrepoids efficace en ce qu'elle place les gouvernants sous l'œil permanent du public. Le journaliste devient même un interlocuteur indispensable, une sorte d'éminence grise du pouvoir[913]. Suite aux trois lois votées sous la Restauration[914], la loi du 29 juillet 1881 portant liberté de la presse permit enfin au peuple souverain de devenir un peuple libre puisque titulaire des libertés civiles indispensables à l'exercice de sa souveraineté, et en premier lieu de la liberté d'expression. Ainsi, en permettant la libre discussion et en imposant une certaine publicité aux actes des gouvernants, la presse fait de l'opinion publique une garantie indispensable à la sauvegarde de la Constitution[915]. En d'autres termes, pour reprendre les propos d'HAURIOU, « *l'opinion publique c'est la sphère idéale de pensées où la lecture quotidienne du journal plonge chacun des lecteurs* »[916].

IN CLÉMENT Jean-Paul, JAUME Lucien et VERPEAUX Michel (Dir.), *Liberté, Libéraux et Constitution*, Aix-Marseille, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1997, p. 56.

[913] « *Il suffirait d'un seul journaliste, d'un seul écrivain qui refusât d'obéir, pour déterminer une violente explosion de l'opinion publique.* […] *Ceux qui se figurent qu'on pourrait impunément suspendre la Constitution, torturer les mots de la Charte pour en tirer l'arbitraire, connaissent bien peu la force des choses qui nous entraîne et la capacité des hommes qui croient nous diriger* », CHATEAUBRIAND, *Des entraves de la presse*, 15 octobre 1819, *Polémique*, 1827 repris IN *Œuvres complètes*, Paris, Éd. Garnier, 1861.

[914] La loi du 17 mai 1819 établissait la responsabilité encourue par la voie de presse ou par tout autre moyen de publication ; la loi du 26 mai 1819 déterminait les règles relatives à la poursuite et au jugement des crimes et délits définis dans la première loi ; enfin la loi du 9 juin 1819 posait les règles de police de la presse.

[915] *A contrario* nous dit CHATEAUBRIAND, « *si vous livrez la presse au ministère, vous lui donnez le moyen de faire pencher de son côté tout le poids de l'opinion publique et de se servir de cette opinion contre les chambres : la constitution est en péril* », *De la monarchie selon la Charte*, Chap. XVIII *Que la presse entre les mains de la police rompt la balance constitutionnelle*, op. cit.

[916] *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 160.

Incontestablement, la liberté d'expression bénéficie d'un statut protecteur tant dans les ordres juridiques nationaux[917], qu'en droit européen[918] ou international[919]. L'étude du contentieux constitutionnel et européen témoigne de ce que liberté d'expression, pluralisme et opinion publique forment un triptyque dont les relations sont interdépendantes. Reposant sur un fort substrat libéral, la jurisprudence met ainsi en avant que « *la presse est un moyen et un acteur dans le processus de formation de l'opinion publique dans une démocratie. La liberté de la presse, outre qu'elle est un droit constitutionnel des individus vis-à-vis de l'État, doit être considérée comme la garantie de la liberté de parole, de l'information et du débat public, et donc nécessaire à la protection de la démocratie* »[920]. Á cet égard, les juges constitutionnels insistent tout particulièrement sur la place privilégiée de la liberté d'expression dans l'ordonnancement constitutionnel. Tel est en en effet

---

[917] L'article 11 de la DDHC de 1789 dispose que « la communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Rappelons que le 1er Amendement à la Constitution fédérale américaine énonce pour sa part que « le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice, restreignant la liberté de parole ou de presse, ou touchant au droit des citoyens de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au Gouvernement pour le redressement de leurs griefs ».

[918] L'article 10 § 1 de la Convention dispose ainsi que « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières ». Il convient de noter que cet article a été repris *in extenso* par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux, ce dernier servant lui-même de modèle à l'article II-71 de la Constitution pour l'Europe. Cf. Emmanuel DERIEUX, *La Constitution pour l'Europe et le droit de la communication*, JCP, n°21-2005, pp. 947-951.

[919] L'article 19 de la DUDH énonce que « tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété par ses opinions et le droit de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen que ce soit ». Cf. Céline HISCOCK-LAGEOT, *La dimension universelle de la liberté d'expression dans la déclaration des droits de l'homme de 1948*, RTDH, n°42, 2000, pp. 229-239. Le deuxième paragraphe de l'article 10 du PIDCP du 10 décembre 1966 adopte une approche comparable : « toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ».

[920] BVerfG, LÜTH, 15 janvier 1958, 7, 198. L'article 5 de la Loi fondamentale allemande de 1949 énonce en effet que « chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources qui sont accessibles à tous. Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel ».

le cas de la jurisprudence française[921], espagnole[922] ou allemande[923]. Ces jurisprudences sont bien évidemment redevables de l'avancée permise par le champ d'application très large garanti à la presse par la Cour européenne, puisque, dès 1976, cette dernière affirme que « *la liberté d'expression constitue l'un des fondements de essentiels d'une société démocratique* »[924], « *la liberté de la presse fournissant à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et de juger les idées et attitudes des dirigeants* »[925]. Bien sûr, les juridictions prennent soin de préciser que la liberté d'expression n'est « *ni générale ni absolue* »[926] et qu'un contrôle préalable par l'autorité

---

[921] La liberté d'expression est « *une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale* », Décision n°84-181 DC des 10-11 octobre 1984, ENTREPRISES DE PRESSE, Cons. 37. Pour une analyse des liens entre liberté d'expression et souveraineté nationale, notamment sous l'angle de la théorie réaliste de l'interprétation, cf. Jean-Christophe LE COUSTUMER, *Liberté d'expression, souveraineté nationale et justice constitutionnelle. Recherches sur une théorie de la fonction du juge constitutionnel en démocratie*, Thèse, dactyl., Caen, 2003.

[922] « *L'article 20 de la Constitution, dans ses différents alinéas, garantit le maintien d'une communication publique libre, sans laquelle seraient dépourvus de contenu réel d'autres droits consacrés par la Constitution, réduites à des formes vides les institutions représentatives et complètement faussé le principe de légitimité démocratique.* [Dès lors] *la préservation de cette communication publique libre sans laquelle il n'y a pas de société libre ni, par là même, de souveraineté populaire, exige la garantie de certains droits fondamentaux communs à tous les citoyens et l'interdiction à caractère général d'actions déterminées du pouvoir* », STC, 6/1981.

[923] « *En tant que manifestation la plus immédiate de la personnalité humaine en société, le droit fondamental à la liberté d'expression est un des droits de l'homme les plus importants de tous (un des droits les plus précieux de l'homme selon l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789). Dans un ordre constitutionnel libre et démocratique, il est absolument fondamental, car il rend seul possible une controverse intellectuelle continue, la compétition des opinions qui forme l'âme d'un tel ordre. D'une certaine façon, c'est la plus fondamentale de toutes les libertés, « la matrice, la condition indispensable de presque toutes les autres formes de libertés » (Cardozo)* », BVerfG, LÜTH, 15 janvier 1958, 7, 198, p. 208. La citation de Justice CARDOZO est tirée de la décision PALKO v. CONNECTICUT, 302 US,319 (1937), p. 327.

[924] HANDYSIDE c. ROYAUME-UNI, précité, § 49. Cf. supra.

[925] LINGENS c. AUTRICHE, précité, § 42. Il est de même évident que la jurisprudence de la Cour suprême américaine en la matière est une source d'inspiration considérable pour le juge européen : ainsi, le juge STEWART avait-il pu rappeler qu'« *en l'absence des contrôles et des équilibres gouvernementaux actuels dans d'autres secteurs de notre vie nationale, la seule contrainte efficace sur le pouvoir exécutif et sur sa politique dans les secteurs de la défense nationale et des affaires internationales peut se situer dans une communauté éclairée - dans une opinion publique informée et critique qui est la seule à même de protéger les valeurs du gouvernement démocratique. Pour cette raison, il y a ici une presse qui est alerte, avertie, et libre afin d'atteindre l'objectif de base du premier amendement. C'est pourquoi, sans une presse libre et informée, il ne peut pas y avoir de peuple éclairé* », opinion concurrente sous NEW YORK TIMES CO. v. UNITED STATES 403 U.S. 713 du 30 juin 1976.

[926] Décision 141 DC du 27 juillet 1982. Cette position est également celle de la Cour suprême des États-Unis qui avait estimé que des propos pouvant générer un danger clair et imminent ne sauraient être protégés par le Premier Amendement, s'appuyant pour ce faire sur le test du danger clair et immédiat inventé par le Chief Justice HOLMES : « *la plus rigoureuse protection de la liberté d'expression ne protègerait pas l'individu qui crierait sciemment à tort « Au feu » dans un théâtre et qui provoquerait une panique* […] *La question, dans chaque cas, est de savoir si les mots utilisés le sont dans un tel contexte et avec un tel sens qu'ils créent ce danger manifeste et pressant de nature à engendrer les maux que le Congrès est en droit de prévenir. C'est une question d'urgence et*

administrative est toujours possible, que ce soit au titre du pouvoir de police générale[927] ou au titre de la police spéciale[928]. Mais, il n'en demeure pas moins que, conformément à la tradition libérale qui voyait dans la liberté d'expression la garantie des autres droits, on peut relever le caractère « *matriciel* » de la liberté d'expression, pour reprendre l'expression de Bertrand MATHIEU[929]. Ainsi en est-il de l'objectif de valeur constitutionnelle du pluralisme des quotidiens d'information politique et générale dont l'énoncé est implicitement inscrit dans la Constitution

---

de degré », SHENCK V. UNITED STATES, 249 US 47, 1919. Depuis une décision BRANDENBURG V. OHIO de 1969, il est admis que seules les expressions « *tendant à inciter ou à produire un acte illégal imminent* » et « *aptes à inciter ou à produire un tel acte* » sont susceptibles d'être restreintes par la loi. En d'autres termes, il convient de prendre en compte le contexte pour réprimer certains propos, y compris ceux que la Cour appelle les « fighting words ».

[927] Il convient ici de distinguer le contrôle administratif préalable de la presse écrite et le contrôle préalable en matière audiovisuelle. En vertu de l'article 1er de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, « l'imprimerie et la librairie sont libres », l'article 5 précisant que « tout journal ou écrit périodique peut être publié, sans autorisation préalable et sans dépôt de cautionnement ». En période normale, les autorités de police peuvent, en vue du maintien et du rétablissement de l'ordre public, prononcer des mesures d'interdiction ou de saisies de publications, à la condition que celles-ci soient limitées dans le temps et dans l'espace, TC, 8 avril 1935, ACTION FRANÇAISE. Dans le cas contraire, nous serions en présence d'une voie de fait et il appartient au juge judiciaire d'en faire cesser et d'en assurer la réparation, CE, 24 juin 1960, SOCIÉTÉ FRAMPAR. En matière audiovisuelle, même si l'article 1er de la loi du 29 juillet 1982 énonce lui aussi que « la communication audiovisuelle est libre », le juge constitutionnel français a considéré que, compte tenu du nombre limité des fréquence hertziennes, des canaux de satellites ou des possibilités offertes par les réseaux câblés, « *il était loisible au législateur de soumettre les différentes catégories de services de communication audiovisuelle à un régime d'autorisation administrative* », décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986. Néanmoins, compte tenu de l'évolution des contraintes techniques, le Conseil constitutionnel a tenu à assouplir sa position concernant la télévision numérique, décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000 ; DC du 27 février 2007, LOI RELATIVE À LA MODERNISATION DE LA DIFFUSION AUDIOVISUELLE ET À LA TÉLÉVISION DU FUTUR, Cons. 16. De son côté, la Cour de Strasbourg a précisé que l'article 10 de la Convention n'interdisait pas « *lui-même toute restriction préalable à la publication.* [Mais] *de telles restrictions présentent* […] *de si grands dangers qu'elles appellent de la part d la Cour l'examen le plus scrupuleux. Il en va spécialement ainsi dans le cas de la presse ; l'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt* », CEDH, OBSERVER ET GUARDIAN C. ROYAUME-UNI, 26 novembre 1991, § 59. La Cour va même jusqu'à exiger de l'État qu'il prenne des mesures positives qui protègent le droit à la liberté d'expression du propriétaire d'un organe de presse, OZGUR GUNDEM C. TURQUIE, 16 mars 2000.

[928] Ce fut par exemple le cas du décret-loi du 6 mai 1939 qui donnait compétence au ministre de l'Intérieur pour interdire la circulation, la distribution ou la mise en vente en France des journaux ou écrits, périodiques ou non, rédigés en langue étrangère ou de provenance étrangère, qu'ils soient rédigés en langue française, imprimés à l'étranger ou en France. Suite à la condamnation de la France par la Cour européenne qui relevait qu'un « *tel ensemble heurte de front le libellé même du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention selon lequel les droits qui y sont reconnus valent sans considération de frontière* » (CEDH, 17 juillet 2001, EKIN C. FRANCE, § 62), le Conseil d'État a considéré que le pouvoir d'interdiction du ministre de l'Intérieur était contraire à la liberté d'expression et constituait une « *atteinte disproportionnée* » aux buts en vue desquels les restrictions aux libertés peuvent être définies (CE, Ass., 7 février 2003, GISTI). Le décret-loi fut abrogé par le décret n°2064-1044 du 4 octobre 2003. Cf. Nelly ACH, *Le dépérissement progressif de la police*

française et qui se rattache à un fondement textuel unique : l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme[930]. Dès lors, le Conseil constitutionnel considère-t-il que le pluralisme en matière politique « *constitue le fondement de la démocratie* »[931], là où dans le domaine de la communication audiovisuelle il n'est qu'une simple « *condition de la démocratie* »[932].

D'évidence, le pluralisme a pour objet la construction d'une opinion publique libre et éclairée, ainsi que le souligne le juge constitutionnel espagnol : « *les libertés de l'article 20 de la Constitution ne sont pas seulement des droits fondamentaux de la personne,* […] *elles signifient aussi la reconnaissance et la garantie de l'opinion publique libre, qui est une institution liée de manière indéfectible au pluralisme politique, valeur essentielle de l'État démocratique, ces libertés étant, de ce fait, dotées d'une efficacité qui transcende l'efficacité propre et naturelle des autres droits fondamentaux* »[933]. Le pluralisme a bien pour ambition de protéger celui qui émet une opinion, même si celle-ci

---

des publications étrangères, AJDA, n°29-2005, pp. 1606-1611. Ne demeure donc que le seul article 14 de la loi du 16 juin 1949 qui donne lui aussi compétence au ministre de l'Intérieur pour interdire « de proposer, de donner ou de vendre à des mineurs de dix-huit ans les publications de toute nature présentant un danger pour la jeunesse en raison de leur caractère licencieux ou pornographique, ou de la place faite au crime ou à la violence, à la discrimination ou à la haine raciale, à l'incitation, à l'usage, à la détention ou au trafic de stupéfiants ». Pour une étude précise et critique de ce mécanisme juridique, cf. Patrick WACHSMANN, *La loi du 16 juillet 1949 et la liberté d'expression*, IN CRÉPIN Thierry et GROENSTEEN Thierry (Dir.), *« On tue à chaque page ». La loi de 1949 sur les publications destinées à la jeunesse*, Paris, Éd. Le Temps, pp. 7-14 et Éric PÉCHILLON, *Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative*, AJDA, n°6-2006, pp. 298-305.

[929] Bertrand MATHIEU, *Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle de droits de l'homme*, D., 1995, 27ème Cahier, Chron., pp. 211-212. L'auteur définit les principes matriciels comme des « *principes majeurs qui engendrent d'autres droits de portée et de valeur différentes* ».

[930] Ainsi, dans la décision n°2001-456 DC du 27 septembre 2001, le Conseil constitutionnel fait-il référence au « *pluralisme des quotidiens d'information politique et générale, dont le maintien et le développement sont nécessaires à l'exercice effectif de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ». Cf. en ce sens Pierre DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 73-78.

[931] Décision n°89-271 DC du 11 janvier 1990, AMNISTIE DES PARLEMENTAIRES, précitée.

[932] Décision n°2004-497 DC du 1er juillet 2004, Cons. 23 ; décision n°2007-550 DC du 27 février 2007, précitée, Cons. 15.

[933] STC, 12/1989.

déplaît ou choque[934]. Mais, la formation d'une opinion publique libre ne peut être garantie sans une protection de celui qui reçoit l'information.

Sous-Paragraphe 2. Le pluralisme ou la lutte contre l'opinion commune

En promouvant la liberté de la presse, les penseurs libéraux insistent sur la nécessité pour chacun de penser par lui-même, préalable nécessaire pour que se forme une opinion publique libre. Reste que cette avancée n'est pas sans poser problème : ainsi que l'a mis en évidence TOCQUEVILLE, loin de permettre à une pluralité de points de vue et d'intérêts de s'exprimer au sein de l'espace public, il existe le risque que l'opinion publique ne se transforme en une opinion commune qui oppresserait l'individu[935]. Se dessine alors une « *uniformisation générale* » du fait de « *l'ascendant de l'opinion publique dans l'État* »[936]. En concevant la société comme une totalité

[934] On pense bien évidemment ici à la formule rituelle de la Cour européenne selon laquelle la liberté d'expression « *vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique* », CEDH, HANDYSIDE C. ROYAUME-UNI, précitée, § 49. Il est intéressant de noter qu'il existe un véritable dialogue des juges en la matière, ainsi qu'en attestent les décisions des Cours suprêmes nord-américaines dont les formules sont extrêmement proches de celle retenue par le juge européen : ainsi, pour le juge canadien, la liberté d'expression est garantie « *pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles* », IRWIN TOY C. QUÉBEC, 1 RCS 927, 1989, p. 968 ; tandis que la Cour américaine rappelle que le Premier amendement « *ne se limite pas à l'expression d'idées qui sont conventionnelles ou partagées par une majorité. Il protège la défense de l'opinion faisant valoir que l'adultère peut être quelques fois légitime, pas moins que la défense du socialisme ou de la taxe unique. Et, dans le domaine des idées, il protège l'expression éloquente pas moins que celle qui n'est pas convaincante* », KINGSLEY INTERNATIONAL PICTURES CORP. V. REGENTS OF THE UNIVERSITY, 360 US 684, 1959, p. 689. Comme le souligne Jean-François FLAUSS, « *la jurisprudence de la Cour suprême s'apparente à un formidable vivier dans lequel le juge européen des droits de l'homme est en mesure, après d'autres juridictions suprêmes, de puiser une inspiration* [et] *il est fort possible que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada devienne aussi une source d'inspiration privilégiée dans la mesure où la Charte canadienne des droits et libertés comporte de nombreuses dispositions équivalentes à celles figurant dans la Convention européenne* », *La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme*, RTDH, n°62, 2005, p. 326 et p. 331.

[935] « *Á mesure que les citoyens deviennent plus égaux et plus semblables, le penchant de chacun à croire aveuglément un certain homme ou une certaine classe diminue. La disposition à croire la masse augmente, et c'est de plus en plus l'opinion qui mène le monde. Dans les temps d'égalité, les hommes n'ont aucune foi les uns dans les autres, à cause de leur similitude ; mais cette similitude leur donne une confiance presque illimitée dans le jugement du public ; car il ne leur paraît pas vraisemblable qu'ayant tous des lumières pareilles la vérité ne se rencontre pas du côté du plus grand nombre* », *De la démocratie en Amérique*, L. II, T. I, Chap. II, pp. 18-19.

[936] John Stuart MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 174. Et MILL de préciser : « *Á mesure que se nivellent les différents rangs hiérarchiques supérieurs de la société, qui permettaient aux personnes retranchées derrière elles de mépriser l'opinion de la multitude, à mesure que l'idée même de résister à la volonté du public, lorsque cette volonté est manifeste disparaît de l'esprit des politiciens, il cesse d'y avoir aucun soutien social pour la non-conformité – à savoir aucun pouvoir indépendant dans la société, lui-même opposé à l'ascendant des masses, qui a intérêt à prendre sous sa protection les opinions et les tendances opposées à celles du public* », pp. 174-175.

indivise, on assiste dès lors à l'émergence d'un nouveau despotisme, typiquement moderne[937], qui résulte du primat de la totalité sociale même démocratique sur les individus[938]. Cette domination du pouvoir social[939] peut trouver toutefois sa limite dans la nécessité du pluralisme et c'est probablement à MILL que l'on doit les plus belles lignes sur le sujet : « *un tel pouvoir* [de coercition] *est aussi nuisible, si ce n'est plus, lorsqu'il s'exerce en accord avec l'opinion publique qu'en opposition avec elle. Si tous les hommes moins un partageaient la même opinion, ils n'en auraient pas pour autant le droit d'imposer le silence à cette personne, pas plus que celle-ci, d'imposer silence aux hommes si elle en avait le pouvoir* »[940].

Sauf à considérer que le conformisme est l'une des caractéristiques immuables de la nature humaine[941], il ne s'agit donc pas de protéger uniquement la libre diffusion de l'information, encore faut-il que le public soit à même de recevoir une information diversifiée. En d'autres termes, parce que le principe de la liberté d'expression est « *un principe à double face* »[942], il est

---

[937] En effet TOCQUEVILLE distinguait quatre types de despotisme : le despotisme législatif de l'assemblée, le césarisme, le Léviathan de l'État bureaucratique et enfin la tyrannie de l'opinion commune. Seuls les deux derniers peuvent être rattachés à notre modernité. Cf. Françoise MÉLONIO, *Tocqueville et le despotisme moderne*, RFHIP, n°6-1997, pp. 339-354 ; Jean-Claude LAMBERTI, *Tocqueville et les deux démocraties*, COMMENTAIRE, n°13, 1982, pp. 476-483.

[938] C'est ce que Benjamin CONSTANT nomme l'usurpation : cette dernière condamne l'individu « *à parler, elle le poursuit dans le sanctuaire intime de sa pensée, et, le forçant à mentir à sa conscience, elle lui ravit la dernière consolation qui reste encore à l'opprimé* », *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leur rapport avec la civilisation européenne*, Paris, Imprimerie nationale, Coll. Les acteurs de l'histoire, 1992, p. 117. Ainsi que le souligne Patrice ROLLAND, « *l'usurpation est le pouvoir politique qui détruit radicalement la liberté individuelle en utilisant les formes de la liberté politique et de la démocratie. Il en résulte qu'elle veut l'apparence de l'esprit public mais non son existence. Le despotisme se contente, si l'on peut dire, d'étouffer la liberté de la presse quand l'usurpation la parodie* », *La liberté des Anciens chez Benjamin Constant*, RFHIP, n°6-1997, p. 160.

[939] Raymond BOUDON, *Le pouvoir social. Variations sur un thème de Tocqueville*, COMMENTAIRE, n°62, 1993, pp. 311-322.

[940] *De la liberté*, op. cit., p. 85. Cf. le chapitre que BOBBIO consacre à cette question dans *Libéralisme et démocratie*, op. cit., pp. 66-73. Selon certains commentateurs, DICEY aurait lui aussi adhéré à cette vision, redoutant « *la crise de la conception libérale de l'opinion publique, le poids du conformisme allié à la désarticulation des intérêts communs, des intérêts économiques organisés sectoriellement, configurant la fin de la foi en la rechercher de la vérité commune à travers la libre confrontation des opinions* », Gianluca SADUN BORDONI, *Diritto e opinione pubblica : Dicey e la crisi del liberalismo inglese*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, Vol. 77, n°4-2000, p. 540.

[941] Tel est par exemple le point de vue du philosophe française Gaston BERGER pour qui « *l'opinion satisfait à un besoin impérieux, qui est peut-être la valeur sociale par excellence : le goût du conformisme. Nous voulons faire comme les autres, chanter avec eux, marcher avec eux, pleurer ou rire quand ils pleurent et quand ils rient. Á travers ces signes extérieurs c'est l'identité de pensée qui nous attire.* […] *Nous retrouvons les traits essentiels de l'opinion : elle est commune aux membres d'un certain ensemble et s'oppose aux prétentions des autres ensembles* », *L'opinion publique, phénomène humain*, IN TROTABAS Louis (Dir.), *L'opinion publique*, op. cit., pp. 22-23.

[942] Jean MORANGE, *La protection constitutionnelle et civile de la liberté d'expression*, RIDC, n°2-1990, p. 774.

primordial, pour reprendre la formule du Conseil constitutionnel que « *le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle* [soit] *à même de disposer aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information* »[943]. Si cette interprétation a pu être à l'époque qualifiée de « *novatrice* » par la doctrine[944], le droit du public à recevoir tout message, en particulier sur toutes les questions d'intérêt public, est aujourd'hui particulièrement garanti dans les systèmes nationaux comme en droit européen[945], la Cour de Strasbourg ayant eu par la suite l'occasion de préciser qui étaient les véritables destinataires de la liberté de communication[946]. Pour que ce droit soit effectif, trois conditions semblent se dégager.

Tout d'abord, il s'agit de permettre aux minorités d'accéder aux médias de masse. La jurisprudence de la cour de Strasbourg est particulièrement éclairante sur ce point. En effet, la Cour affirme qu'il « *existe un net intérêt général* » à permettre à « *des petits groupes militants non officiels* […] *et aux particuliers en dehors du courant dominant à contribuer au débat public par la diffusion d'informations et d'opinions sur des sujets d'intérêts général comme la santé et*

---

[943] Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, LIBERTÉ DE COMMUNICATION, Cons. 11. La formule employée par le juge constitutionnel espagnol est relativement proche : « *Le texte de l'article20.1 d) de la Constitution, distinct de celui qui se réfère à la diffusion de pensées, idées ou opinions, reconnaît deux droits, intimement connectés, qui au nom de l'intérêt de tous à connaître les faits d'actualité qui peuvent avoir une importance publique, se concrétisent dans la libre communication et réception d'informations vraies de telle manière que les sujets de ce droit ne sont pas seulement les titulaires de l'organe ou du moyen de diffusion de l'information ou les professionnels du journalisme ou ceux, qui, même sans l'être, communiquent une information grâce à de tels moyens, mais aussi, de façon primordiale, la collectivité et chacun de ses membres. En incluant ces droits, l'article 20 prend en compte, de manière certaine, la position juridique subjective de ceux qui communiquent l'information, mais il protège aussi, avec la garantie renforcée qu'il accorde aux droits fondamentaux et aux libertés publiques, la faculté de chaque personne et de toute la collectivité d'accéder librement à la connaissance, transmises par les moyens de communication, des faits d'importance qui ont réellement eu lieu* », STC, 198/1986.

[944] Jacques CHEVALLIER, *Constitution et communication*, D., Chron., 37ème Cahier, 1991, p. 252. En effet, selon l'auteur, l'article 11 de la DDHC ne mentionne que la seule liberté d'expression.

[945] « *Á sa fonction qui consiste à diffuser l'information, s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir* », CEDH, 26 avril 1979, SUNDAY TIMES C. ROYAUME-UNI, § 65.

[946] Ainsi, suite à une déprogrammation d'une émission en réaction à des plaintes de quelques téléspectateurs, la Cour considère que « *le fait que quelques téléspectateurs mécontents ou surpris par l'émission ont déposé des plaintes à la suite de la diffusion du reportage ne constitue pas une raison suffisante, en soi, qui pusse justifier la prise de mesures* », CEDH, MONNAT C. SUISSE, 21 septembre 2006, § 63. Comme le souligne la doctrine, « *les « destinataires » de la liberté de communication ne sont pas ces quelques inévitables râleurs, toujours prêts à se mobiliser, mais le public abstrait et général constituant la société démocratique dont la Cour essaye d'assurer la défense* », Emmanuel DREYER, *Observations sur quelques applications récentes de l'article 10 de la Convention européenne (janvier 2006-janvier 2007)*, RTDH, n°71, 2007, p. 618.

l'environnement »[947], assimilant par là même l'expression militante et l'expression politique[948]. La Cour n'avait d'ailleurs pas hésité à étendre le statut favorable que l'on pouvait croire réservé aux journalistes aux associations de protection de l'environnement en leur conférant en démocratie un rôle de « *chien de garde* »[949]. En d'autres termes, depuis que la Cour européenne a unanimement censuré le refus de la télévision suisse de diffuser un spot publicitaire réalisé par une association de protection des animaux dans le but de réagir à une campagne promotionnelle menée par l'industrie de la viande[950], il semble se dégager l'idée qu'il existe un droit d'accès aux médias afin de promouvoir le débat nécessaire à la formation d'une opinion publique éclairée[951]. Le parallèle avec la conception juridique américaine est saisissant en ce que cette dernière, « *relevant d'une vision instrumentale et économique de la liberté d'expression* »[952], a conduit la Cour suprême à valoriser l'abstention des pouvoirs publics et à exclure toute intervention de ceux-ci lorsqu'il s'agit de sanctionner les comportements des acteurs privés au nom de la promotion du pluralisme des courants d'expression socioculturels. Ainsi, le juge constitutionnel américain a constamment rejeté l'opinion faisant valoir qu'elle devait réguler les effets de la puissance économique de certains groupes afin de promouvoir la liberté d'expression des individus ou des groupes les moins défavorisés[953], soulignant même que « *le concept que le gouvernement puisse limiter la parole de quelques éléments de notre société afin d'améliorer le poids relatif à la voix des autres, est complètement étranger au premier Amendement* »[954]. Cette position, à rebours des jurisprudences des Cours constitutionnelles européennes, s'explique essentiellement par la confiance dans les mécanismes du « marché des idées » (*marketplace of ideas*) : en effet, « *abréger la liberté de discussion ne peut être justifié que par l'existence d'un danger clair et de maux substantiels qui surgirait*

---

[947] CEDH, 15 février 2005, STEEL ET MORRIS C. ROYAUME-UNI, § 89.

[948] La Cour avait ainsi pu préciser qu'il convient de « *tolérer un degré d'hyperbole et d'exagération dans un tract militant* ».

[949] CEDH, 27 mai 2004, VIDES AIZSARDZIBAS KLUBS C. LETTONIE.

[950] CEDH, 28 septembre 2001, VGT VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN C. SUISSE. L'association militante revendiquait le droit d'utiliser les espaces publicitaires gérés par la société de publicité, afin de faire entendre sa voix de la même manière – et avec la même portée – que les industriels de la viande.

[951] Pierre-François DOCQUIR, *Participation aux débats d'intérêt général : vers la reconnaissance d'un droit d'accès à la tribune médiatique*, note sous CEDH, Vgt verein gegen Tierfabriken c / Suisse, 28 juin 2001, RTDH, n° 51, 2002, pp. 1045-1053.

[952] Ioannis PAPADOPOULOS, *Pénalisation du négationnisme et Premier Amendement*, 19 juin 2003, en ligne, www.ihej.org, p. 8.

[953] FIRST NATIONAL BANK V. BELLOTI, 435 U.S. 765, 1978.

[954] BUCKLEY V. VALEO, 424 U.S. 1, 1976, pp. 48-49.

dans des circonstances où il n'y aurait aucune opportunité d'examiner les mérites des idées par leur concurrence sur le marché de l'opinion publique »[955]. Ainsi, si la Cour suprême américaine a noté la concentration croissante sur le marché des médias de masse[956], elle s'est toujours refusée à intervenir que ce soit pour reconnaître aux particuliers un droit de réponse[957] ou un droit d'accès aux médias afin de communiquer leurs convictions politiques[958].

Ensuite, il convient de ne pas négliger l'approche économique du droit à l'information. Lord BRYCE avait très tôt perçu le danger : « *les journaux*, écrit-il, *sont, de plus en plus, devenus des entreprises commerciales, dévouées avant tout à leurs intérêts financiers.* […] *Le journal est l'outil à l'aide duquel on peut le mieux faire peser sur la politique la puissance de l'argent* »[959]. Si l'on veut éviter la réification d'une opinion publique en une opinion commune, il s'agit de faire en sorte que les individus puissent être « *à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché* »[960] tout en favorisant l'objectif de préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels[961]. Il s'agit donc de défendre le pluralisme « externe », c'est-à-dire la possibilité

---

[955] THORNHILL V. ALABAMA, 310 U.S. 88, 1940.

[956] Le Congrès américain avait en effet mis en place une réglementation qui reposait sur la doctrine de l'équité qui imposait deux obligations positives : « *fournir le temps nécessaire à la présentation des programmes consacrés à la discussion des questions d'intérêt public et, en conséquence, encourager la présentation d'opinions divergentes sur tous les sujets importants. Ces obligations limitent la liberté du diffuseur : il doit consacrer une partie de sa programmation à des débats d'intérêt public ; il lui est interdit de privilégier une opinion particulière sur un sujet controversé, à l'exclusion des autres.* », Michel ROSENFELD, *Liberté d'expression, égalité et accès des minorités aux médias aux États-Unis*, IN HAARSCHER Guy et LIBOIS Boris (Dir.), *Les médias entre droit et pouvoir. Redéfinir la liberté de la presse*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. de philosophie politique et juridique, 1995, pp. 79-80. En d'autres termes, le Congrès avait tenté, selon les mots de la Federal Communications Commission (FCC), « *d'utiliser les ondes comme moyen vital de communication, capable de contribuer largement au développement d'une opinion publique informée* », *Applicability of the fairness Doctrine in the Handling of Controversal issues of Public Importance*, Fed. Reg. 10425, 1964. Cette doctrine, bien que jugée conforme à la Constitution dans le domaine audiovisuel par la Cour suprême dans la décision RED LION BROADCASTING CO V. FCC, 395 US 367, 1969, a été pourtant abrogée par la FCC sous l'administration Reagan en 1987.

[957] MIAMI HERALD CO. V. TORNILLO, 418 US 241, 1974. Bien que la concentration des différents médias d'information aboutisse inéluctablement à « *placer dans des quelques mains la puissance d'informer les américains et de former l'opinion publique* », la tentative d'étendre la doctrine de l'équité à la presse écrite a été jugée inconstitutionnelle par la Cour suprême.

[958] CBS V. DEMOCRATIC NATIONAL COMMITEE, 412 US 94, 1973, où la Cour refuse d'admettre qu'il existe un droit constitutionnel de diffuser sur les médias une publicité critiquant la participation à la guerre du Viêtnam.

[959] *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 133.

[960] Décision n° 93-333 DC, 21 janvier 1994, LOI MODIFIANT LA LOI N° 86-1067 DU 30 SEPTEMBRE 1986 RELATIVE À LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION,

pour chacun de choisir entre des publications n'appartenant pas aux mêmes propriétaires[962]. La lutte contre la concentration financière en matière de médias qui en découle a ici pour but d'éviter la diffusion d'une pensée unique qui, à terme conduirait, à une relative apathie du public et à un refus d'écouter des opinions nouvelles et non orthodoxes[963]. Cette solution, soutenue là aussi par les juridictions constitutionnelles[964] et européenne[965], lie de manière très nette la formation de l'opinion publique à la nécessité d'une régulation économique du secteur audiovisuel, notamment par la mise en œuvre d'un objectif de transparence financière tel que l'a

---

[961] Décision n°86-217 DC du 27 juillet 1982, précitée, Cons. 5. Ainsi que le souligne Pierre DE MONTALIVET, le juge constitutionnel n'a pas expressément rattaché cet objectif à un texte alors que l'article 11 de la DDHC apparaissait pourtant comme un fondement indiscutable, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 76.

[962] Le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler ainsi que le titre III du livre IV du Code de commerce qui construit un régime efficace de contrôle des concentrations trouve nécessairement à s'appliquer à la presse, s'appuyant au besoin sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, CE, 31 janvier 2007, SOCIÉTÉ FRANCE ANTILLES, AJDA, n°15-2007, pp. 789-793.

[963] De manière paradoxale, mais qui s'explique alors par un souci de préserver l'ordre public, les libéraux ont mis en place avec la loi du 17 mai 1819 un système de cautionnement qui aboutissait à une concentration en matière de presse écrite. La justification donnée par CHATEAUBRIAND est particulièrement intéressante : « *vous seriez par ce moyen débarrassé de la foule des papiers publics. Les journalistes, en petit nombre, qui pourraient fournir ce cautionnement, menacés par une loi formidable, exposés à perdre la somme consignée, apprendraient à mesurer leurs paroles. Le danger réel disparaîtrait : l'opinion des chambres, celle du ministère et celle du public seraient connues dans toute leur vérité* », *De la monarchie selon la Charte*, Chap. XX, *Dangers de la liberté de la presse. Journaux. Lois fiscales*, op. cit. Même si ces justifications s'éloignent de celles du groupe des doctrinaires, elles aboutissent à faire des journaux non un instrument de surveillance du pouvoir, mais un véritable moyen pour le gouvernement de garantir la société. Cf. Lucien JAUME, *Heurs et malheurs de la liberté de la presse*, op. cit., pp. 50-54. TOCQUEVILLE s'était particulièrement opposé à ce système : « *Aux États-Unis, il n'y a pas de patente pour les imprimeurs, de timbre ni d'enregistrement pour les journaux ; enfin la règle des cautionnements est inconnue. Il résulte de là que la création d'un journal est une entreprise simple et facile* », *De la démocratie en Amérique*, op. cit., T. II, op. cit., p. 269. En effet, selon lui, le tribunal de l'opinion n'existe aux États-Unis que parce qu'il existe une liberté et une concurrence entre les journaux.

[964] « *Elle* [l'interdiction de la propagande politique à la télévision] *doit empêcher de puissants groupes financiers d'obtenir un avantage concurrentiel sur le plan politique. Dans l'intérêt du processus démocratique, elle vise à préserver la formation de l'opinion publique de toute influence commerciale indue et à favoriser une certaine égalité des chances parmi les différentes forces sociales. Cette interdiction contribue à l'indépendance des diffuseurs de radio et de télévision quant à leur politique éditoriale, indépendance à laquelle de puissants sponsors en matière de publicité à caractère politique pourraient porter atteinte* », Tribunal fédéral suisse, 20 août 1997.

[965] « […] *de puissants groupes financiers peuvent obtenir des avantages concurrentiels dans le domaine de la publicité commerciale et peuvent par ce moyen exercer des pressions sur les stations de radio et les chaînes de télévision diffusant les publicités et, finalement, compromettre la liberté de celles-ci. De telles situations portent atteinte au rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique telle que garantie par l'article 10 de la Convention, notamment quand elle sert à communiquer des informations et des idées d'intérêt général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre. Pareille entreprise ne saurait réussir si elle ne se fonde sur le pluralisme, dont l'État est l'ultime garant* », CEDH, VGT VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN C. SUISSE, précitée.

reconnu le Conseil constitutionnel : en effet, « *loin de s'opposer à la liberté de la presse ou de la limiter, la mise en œuvre de l'objectif de transparence financière tend à renforcer un exercice effectif de cette liberté ; en effet, en exigeant que soient connus du public les dirigeants réels des entreprises de presse, les conditions du financement des journaux, les transactions financières dont ceux-ci peuvent faire être l'objet, les intérêts de tous ordres qui peuvent s'y trouver engagés, le législateur met les lecteurs à même d'exercer leurs choix de façon vraiment libre et* l'opinion *à même de porter un jugement éclairé sur les moyens d'informations qui lui sont offerts par la presse écrite* »[966].

Enfin, il s'agit de limiter au maximum le risque de sanctions pénales encourues par un journaliste, au risque d'empêcher la presse de jouer son rôle de « *chien de garde* » de la démocratie[967]. L'effet dissuasif serait tel qu'il porterait atteinte à la cohérence et à la profondeur dans le temps de l'expression, conduisant de fait à une limitation du pluralisme des idées : « *la liberté de la presse touche à des questions de principe, et toute condamnation pénale a ce qu'on appelle en anglais un* chilling effect *propre à dissuader les éditeurs de publier des livres qui ne soient pas strictement conformistes, ou « politiquement (ou religieusement) corrects ». Un tel risque d'autocensure est très dangereux pour cette liberté, essentielle en démocratie* […] »[968].

Si l'on veut lutter contre la menace que fait peser sur la liberté d'expression l'opinion commune, il convient donc « *de déplacer l'attention des orateurs vers les auditeurs afin d'exposer ces derniers à des points de vue politiquement pertinents qu'ils préfèreraient d'ordinaire éviter : dans ce cas, les pressions du gouvernement et de la majorité sont moins dommageables que l'hostilité ou l'indifférence du public, qui entraîne une marginalisation des points de vue divergents* »[969]. Toutefois, ainsi que le souligne Jean-Philippe FELDMAN à propos de la pensée de TOCQUEVILLE[970], certains préjugés demeurent

---

[966] Décision n°84-181 DC des 10-11 octobre 1984, ENTREPRISES DE PRESSE, Cons. 16 ; dans le même sens, cf. la décision n°86-210 DC du 19 juillet 1986, RÉGIME DE LA PRESSE, Cons. 16. Nous soulignons. Selon Pierre DE MONTALIVET, si l'objectif de transparence financière n'est pas rattaché explicitement un texte, il n'en demeure pas moins « *une condition d'effectivité de la liberté de communication,* […] *d'une garantie de la liberté des lecteurs de journaux* », *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 79.

[967] Ainsi la Cour a-t-elle jugée par exemple que « *bien que la condamnation au « franc symbolique » soit la plus modérée possible, la Cour estime que cela ne saurait suffire en soi, à justifier l'ingérence dans le droit d'expression du requérant* », CEDH, BRASILIER C. FRANCE, 11 avril 2006, § 43.

[968] Opinion dissidente des juges COSTA, CABRAL BARRETO et JUNGWIERT sous CEDH, I.A. C. TURQUIE, 13 septembre 2005. Cette doctrine de « l'effet refroidissant », particulièrement prégnante dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine, est notamment à mettre au crédit de Jérémy BENTHAM.

[969] Michel ROSENFELD, *Liberté d'expression, égalité et accès des minorités aux médias (…)*, op. cit., p. 77.

[970] L'homme se trouve « *réduit à tenir pour assurés une foule de faits et d'opinions qu'il n'a eu ni le loisir ni le pouvoir d'examiner et de vérifier par lui-même, mais que de plus habiles ont trouvés et que la foule adopte.* […] *Un homme qui entreprendrait d'examiner tout par lui-même ne pourrait accorder que peu de temps et d'attention à*

inévitables : en d'autres termes, « *les idées communes forment la condition de toute action commune et, plus encore, de tout corps social* »[971]. Reste que pour la philosophie libérale, l'acceptation de la pluralité des opinions est donc consubstantielle à une société démocratique, au même titre que la délimitation des sphères publiques et privées et la division des pouvoirs. L'opinion publique qui se forme alors permet un contrôle permanent sur les gouvernants. Néanmoins, parallèlement à ce type de justification s'est développé l'idée que la libre discussion de toutes les idées et points de vue disponibles peut également progressivement mener à la vérité[972].

Paragraphe 2. Véridicité et opinion publique éclairée

La justification de la liberté d'expression par la recherche de la vérité procède sans nul doute de la philosophie libérale. James Bryce avait ainsi pu rappeler que « *le gouvernement démocratique s'appuie sur l'opinion bien informée et raisonnable de la grande masse des citoyens : pareil soutien lui est indispensable. Lorsque les éléments qui forment cette opinion sont présentés sous une forme insidieuse, de nature à empêcher le lecteur de juger sainement le pour et le contre des affaires publiques, on peut dire qu'elle est établie artificiellement, au plus grand dommage de la démocratie* »[973]. L'hypothèse est déjà ancienne puisque, comme le souligne par exemple Lucien Jaume, elle était déjà défendue par le groupe de Coppet, et plus particulièrement par Mme de Staël, pour qui « *même une vérité, lorsqu'elle est reçue de façon passive, perd son statut de vérité, c'est-à-dire d'être le produit, formellement, d'une libre élaboration de l'esprit, toute objective qu'elle soit, par ailleurs, en son contenu* »[974]. Ou, pour reprendre les propos de Mirabeau, « *si tout à coup à nous la vérité se présentait dans son éclat, elle accablerait notre faiblesse, et nos yeux ne pourraient en soutenir le spectacle. L'erreur est le nuage qui s'interpose entre elle et nous, et qui, ne se dissipant que par degrés, nous prépare à recevoir le jour de la*

---

chaque chose ; ce travail tiendrait son esprit dans une agitation perpétuelle qui l'empêcherait de pénétrer profondément dans aucune vérité et de se fixer avec solidité dans aucune certitude », *De la démocratie en Amérique, T. II*, op. cit., pp. 15-16.

[971] Jean-Philippe Feldman, *Raison et préjugés dans les doctrines juridiques et politiques (XVIème - XXème siècles)*, rdidc, n°4-2003, p. 452.

[972] Michel Rosenfeld, *La philosophie de la liberté d'expression en Amérique. La liberté d'expression en théorie et en pratique*, Mélanges Troper, op. cit., pp. 883-895.

[973] *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 133.

[974] Lucien Jaume, *Problèmes du libéralisme. De Mme de Staël à Tocqueville*, droits, n°30, 2000, p. 153. L'auteur s'appuie notamment sur ce passage de *De l'Allemagne* : « *l'étude et l'examen peuvent seuls donner cette libéralité de jugement, sans laquelle il est impossible d'acquérir des lumières nouvelles, ou de conserver même celles qu'on a ; car* [dans le cas contraire] *on se soumet à de certaines idées reçues, non comme à des vérités mais comme au pouvoir ; et c'est ainsi que la raison humaine s'habitue à la servitude* », in *Œuvres*, T. III, Paris, Lefèvre, 1858, pp. 6-9.

vérité »[975]. En d'autres termes, réfuter librement l'erreur est le plus sûr moyen de la détruire. En ce sens, liberté d'expression et opinion publique sont historiquement liés. En effet, l'opinion publique ne peut être célébrée comme vérité que parce que l'opinion populaire est simultanément dénoncée comme erreur. On retrouve finalement là l'argumentaire de CONDORCET selon lequel l'opinion publique naît alors des informations divulguées et forgées par le philosophe à l'aide de sa raison[976]. Mais l'argumentaire est également utilitariste comme chez John Stuart MILL : sur le long terme, la formation de l'opinion publique sera mieux assurée par une discussion sans interdit que par l'imposition d'une vérité par le gouvernement[977]. Il s'agit là sans nul doute de l'une des caractéristiques majeures du gouvernement représentatif[978], et même plus largement de toute démocratie[979].

---

[975] MIRABEAU, *De la liberté de la presse imité de l'anglais de Milton*, 1789, *Discours et opinions*, 1791, repris IN *Œuvres de Mirabeau*, *T. III*, Paris, Lecointe et Pougin, 1834, p. 312. En ligne sur Gallica (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k30830q/f316.table).

[976] « *Quand on parle d'opinion, il faut en distinguer trois espèces : l'opinion des gens éclairés, qui précède l'opinion publique et finit par lui faire la loi ; l'opinion dont l'autorité entraîne l'opinion du peuple ; l'opinion populaire enfin, qui reste celle de la partie du peuple la plus stupide et la plus misérable, et qui n'a d'influence que dans les pays où le peuple n'étant compté pour rien, la populace oblige quelques fois un gouvernement faible de la compter pour quelque chose* », *Réflexions sur le commerce des blés*, Londres, 1776, p. 140, en ligne http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/CadresFenetre?O=NUMM-41715&M=notice ; On peut également citer l'affaire Calas où VOLTAIRE oppose justement l'opinion publique éclairée à la rumeur populaire : « *l'opinion gouverne le monde ; mais ce sont les sages qui à la longue dirigent cette opinion* », *Conformez vous au temps*, 1764, repris IN *Mélanges de Voltaire*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1981, p. 712, cité par Nicolas VEYSMAN, *La mise en scène de l'opinion publique (…)*, op. cit., p. 453.

[977] « *Il existe une différence extrême entre présumer vraie une opinion qui a survécu à toutes les réfutations et présumer sa vérité afin de pas en permettre sa réfutation. La liberté complète de contredire et de réfuter notre opinion est ce qui nous permet de présumer sa vérité en vue d'agir : c'est là la seule façon rationnelle donnée à un être doué de facultés humaines de s'assurer quand il est dans le vrai.*», *De la liberté*, op. cit., p. 89.

[978] « *C'est le caractère du système qui n'admet nulle part la légitimité du pouvoir absolu d'obliger tous les citoyens à chercher sans cesse, et dans chaque occasion, la vérité, la raison, la justice, qui doivent régler le pouvoir de fait. C'est ce que fait le système représentatif : 1°) par la discussion qui oblige les pouvoirs à chercher en commun la vérité ; 2°) par la publicité qui met les pouvoirs occupés de cette recherche sous les yeux des citoyens ; 3°) par la liberté de la presse qui provoque les citoyens eux-mêmes à chercher la vérité et à la dire au pouvoir* », GUIZOT, *Histoire des origines du gouvernement représentatif en Europe*, *T. II*, Paris, Éd. Didier, 1851, p. 14. Pour une illustration de la position de GUIZOT sur le rôle de la Publicité dans un régime représentatif, cf. Olivier IHL, *Conspirations et science du pouvoir chez François Guizot*, RFHIP, n°19-2004, pp. 125-156.

[979] James BRYCE l'affirme sans hésitation : la presse « *démasqua l'oppression des grands, elle mit en accusation un pouvoir exécutif arbitraire, dénonçant sa politique imprudente, égoïste : elle aida les partisans de la liberté à réveiller les masses de leur torpeur. La presse gagna bien vite la confiance et la sympathie du peuple, parce qu'elle incarnait et précisait la puissance de l'opinion publique. Sans elle, la victoire de celle-ci sur la force armée des gouvernants n'aurait pu être assurée* », *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 115.

Proche de la conception du Chief Justice HOLMES qui prévaut aujourd'hui aux États-Unis[980], cette idée n'est pas ignorée des jurisprudences constitutionnelles, y compris européennes[981], puisque le Tribunal suprême constitutionnel espagnol rappelle que « *la limite intrinsèque du droit à l'information* [consiste] *en la véracité* »[982] et que « *le droit de recevoir une information véridique est de cette façon un instrument essentiel de connaissance des sujets qui ont de l'importance dans la vie collective et qui, par là même, conditionne la participation de tous au bon fonctionnement du système de relations démocratiques protégés par la Constitution, ainsi que l'exercice effectif des autres droits et libertés* […]. *Á ce titre, les droits reconnus par l'article 20.1 d) de la Constitution apparaissent amoindris, tant si l'on interdit de communiquer ou de recevoir une information véridique, que si l'on propage, impose ou protège la transmission de nouvelles qui ne correspondent pas à la vérité, chaque fois que cela suppose de réduire le droit à la collectivité de recevoir, sans restrictions ou déformations, celles qui sont véridiques* »[983]. Dès lors, si certaines Constitutions rappellent que « les médias publics et privés sont tenus d'assurer une information correcte de l'opinion publique »[984], doit-on pour autant considérer que l'expression, dont il est établi qu'elle n'est pas conforme à la vérité, est illicite ? Il convient ici de reprendre la distinction entre les faits et les jugements de valeur chère à la Cour de Strasbourg[985] et aux juridictions constitutionnelles[986]. Concernant les opinions, la diffusion de

---

[980] Néanmoins, Michel ROSENFELD met en exergue que le pessimisme de HOLMES quant à la possibilité de connaître la vérité contraste singulièrement avec l'optimisme de MILL, *La philosophie de la liberté d'expression en Amérique*, op. cit., p. 89. Soulignons également que cette conception n'est pas propre à la philosophie anglo-saxonne puisque Benjamin CONSTANT est lui aussi favorable au libre marché des idées en ce qu'il permet à la vérité de l'emporter sur l'erreur : « *la liberté est précieuse, surtout parce qu'elle assure l'examen et l'appréciation des opinions et qu'elle conduit par cette route à la rectification des idées* », *Fragments d'un ouvrage abandonné*, op. cit., p. 205.

[981] Cf. sur ce point l'opinion dissidente du juge BONELLO sous CEDH, 8 juillet 1999, GERGER C. TURQUIE. Pour une discussion critique sur ce point, cf. Antoine MASSON, *De la possible influence de W.O. Holmes sur la conception de la liberté d'expression dans la Convention européenne des droits de l'homme*, RDIDC, n°3-2006, pp. 232-248.

[982] STC, 223/1998.

[983] STC, 168/1986. Ainsi que l'avait souligné Carlos SORIA, « *seule l'information vraie est, du point de vue du droit* [constitutionnel espagnol], *l'objet du droit à communiquer et à recevoir. La vérité est, par conséquent, un élément constitutif, dans ce cas, expressément reconnu comme tel par le texte constitutionnel, de l'objet de la communication des faits et des nouvelles* », *Le droit à l'information dans la Constitution espagnole*, RDP, n°5-1985, p. 1236.

[984] Article 31 § 4 de la Constitution roumaine.

[985] Cf. par exemple, CEDH, 21 juillet 2005, GRINBERG C. RUSSIE.

[986] « *Tandis que les faits par leur matérialité sont susceptibles d'être prouvés, les pensées, idées, opinions ou jugements de valeur ne se prêtent pas, par leur nature abstraite, à une démonstration de leur exactitude* », STC, 107/1988.

fausses nouvelles ou d'informations inexactes est ainsi réprimée par le Code pénal français[987], et il en va de même lorsque cette expression peut porter atteinte aux droits d'autrui, notamment en matière de diffamation[988]. Il s'agit donc pour les médias de vérifier l'information avant de la publier, particulièrement concernant les déclarations factuelles diffamatoires[989], et ce dans le respect des règles déontologiques[990]. En d'autres termes, « *l'information véridique est, à cet égard, avant tout l'information vraie. Néanmoins, l'importance constitutive dans une société démocratique d'un flux informatif libre et sans restrictions impose la protection sous l'égide de la liberté analysée, des informations d'intérêt public qui, bien qu'elles puissent se révéler fausses a posteriori, ont été contrôlées ex ante avec diligence par leur agent. L'identification de la vérité avec l'objectivité ou avec la réalité incontestable contraindrait inévitablement le cours de la communication à n'accueillir que des faits qui ont été démontrés pleinement et de façon exacte* »[991]. Se pose néanmoins la question de la véracité des propos en matière historique et scientifique[992]. De ce point de vue, si la liberté d'enseignement

[987] L'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 réprime « la publication, la diffusion ou la reproduction par quelque moyen que ce soit, de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongères attribuées à des tiers lorsque, faite de mauvaise foi, elle aura troublé la paix publique ou aura été susceptible de la troubler ». Pour une illustration, suite à un rapprochement opéré par des journalistes entre l'explosion de l'usine AZF et les attentats du 11 septembre 2001, cf. Claude LIENHARD, *Catastrophe, diffusion de fausses nouvelles et diffamation*, D., n°39-2002, pp. 2972-2976, note sous Trib. Corr. de Toulouse, 3ème Ch., 27 juin 2002. Le tribunal estime en l'espèce que les journalistes ont le droit de douter et d'explorer certaines pistes, tant qu'ils le font avec discernement.

[988] En effet, au terme de l'article 35 de la loi de 1881, le prévenu peut espérer échapper à la condamnation pour diffamation en prouvant la vérité des imputations diffamatoires. Cf. Jean-Marie AUBY, *Rapport général*, IN *La vérité et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. 38, Paris, Économica, 1987, pp. 208-222.

[989] « *Il doit exister des motifs particuliers pour pouvoir relever les médias de l'obligation qui leur incombe d'habitude de vérifier des déclarations factuelles diffamatoires pour des particuliers. Á cet égard entrent particulièrement en jeu la nature et le degré de diffamation en cause et la question de savoir à quel point le média peut raisonnablement considérer ses sources comme crédibles pour ce qui est des allégations* », CEDH, Grande Ch., PEDERSEN ET BAADSGAARD C. DANEMARK, 17 décembre 2004, § 78.

[990] « *Il convient de rappeler que l'exercice de la liberté d'expression comporte des devoirs et des responsabilités et que la garantie de l'article 10 offre aux journalistes est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique* », CEDH, RADIO FRANCE C. FRANCE, 30 mars 2004, § 102. Cf. Patrick DE FONTBRESSIN, *Les arrêts du 17 décembre 2004 de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre). Vers un principe de dignité de l'information ?*, RTDH, n°62, 2005, pp. 385-400.

[991] STC, 143/1991.

[992] Á titre d'exemple, la Cour européenne a récemment sanctionné la France pour la condamnation de Noël Mamère pour diffamation publique. Concernant l'*exceptio veritatis*, les autorités françaises s'appuyaient sur l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 qui exclut qu'une personne poursuivie pour diffamation puisse s'exonérer de sa responsabilité en démontrant la véracité de propos qui se réfèrent à des faits remontant à plus de dix années. L'application de cette règle se justifie en effet par la difficulté croissante à établir la véracité d'allégations portant sur des circonstances anciennes. La Cour réfute cet

des professeurs du supérieur, principe fondamental reconnu par les lois de la République[993], est indéniablement liée à la liberté d'expression de ces derniers et contribue à la formation d'une opinion publique éclairée[994], le juge européen rappelle toutefois que la liberté d'expression n'est garantie, lorsqu'il s'agit d'un débat historique, que « *dans des domaines où la certitude est improbable* »[995] et qui continuent à faire l'objet de débats entre historiens[996], n'hésitant pas à utiliser l'article 17 de la Convention à l'encontre de Roger Garaudy qui reprenait dans son ouvrage *Les mythes fondateurs de la politique israélienne* un certain nombre de thèse négationnistes contestant la réalité de la Shoah[997] et rappelant par là même que « *la responsabilité n'est donc pas*

---

argument au motif que « *les propos tenus par le requérant relevaient de sujets d'intérêt général : la protection de l'environnement et de la santé publique et la manière dont les autorités françaises ont géré ces questions dans le contexte de la catastrophe de Tchernobyl* » et que « *lorsqu'il s'agit d'événements qui s'inscrivent dans l'Histoire ou relèvent de la science, il peut au contraire sembler qu'au fil du temps, le débat se nourrit de nouvelles données susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la réalité des choses. Il en va en tous cas clairement ainsi s'agissant des effets de l'accident de Tchernobyl sur l'environnement et la santé publique et de la manière dont les autorités en général et le SCPRI en particulier ont géré la crise* », MAMÈRE C. FRANCE, 7 novembre 2006, § 26 et 24. Or, ainsi que le souligne Jean-Pierre MARGUÉNAUD, le juge européen manie en la matière le paradoxe puisque dans une décision LUGINBÜHL C. SUISSE du 17 janvier 2006, « *la Cour a cru devoir déclarer irrecevable la requête d'une personne particulièrement sensible au phénomène de l'électrosmog, provoqué par les antennes de téléphonie mobile, au motif que ce type de litige, hautement technique, se prête mieux à une procédure écrite qu'à la tenue de débats public* […]. *Autrement dit, la Cour de Strasbourg admet que la science doit permettre de mieux comprendre les circonstances, même anciennes, affectant l'environnement, mais à la condition que ses éclaircissements soient le fruit de discussions menées à l'abri des oreilles profanes et indiscrètes par des hommes et des femmes instruits* », *Le droit à la liberté d'expression des militants écologistes*, D., n°24-2007, p. 1706.

[993] Décision n° 83-165 DC, 20 janvier 1984. Repris par le CE, 29 mais 1992, ASSOCIATION AMICALE DES PROFESSEURS TITULAIRES DU MUSÉUM NATIONAL D'HISTOIRE NATURELLE. Cf. Emmanuel CARTIER, *Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ?*, RFDC, n°67, 2006, pp. 509-534.

[994] Contra HEGEL pour qui « *les sciences, puisque, si elles sont vraiment des sciences, elles ne se trouvent pas en somme sur le terrain de l'opinion et des avis subjectifs,* […] *ne tombent pas sous la catégorie de l'opinion publique* », *Philosophie du droit*, § 319, op. cit., p. 374.

[995] CEDH, HERTEL C. SUISSE, 25 août 1998, § 50. Par exemple, à propos d'un article qui tendait à élaborer une thèse établissant un lien entre le dogme défendu par Jean-Paul II et les origines de l'Holocauste, la Cour rappelle que cette thèse est « *par définition discutable* » et qu'elle s'inscrivait dans un « *très vaste débat d'idées déjà engagé* », étant entendu qu'il est « *primordial dans une société démocratique que le débat engagé, relatif à l'origine de faits d'une particulière gravité constituant des crimes contre l'humanité puisse se dérouler librement* », CEDH, GINIEWSKI C. FRANCE, 31 janvier 2006, § 51.

[996] Pour autant, le juge de Strasbourg ne manque pas de rappeler que « *la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression* » et qu'il n'appartient pas au juge de se substituer aux historiens sur ce point, CEDH, LEHIDEUX ET ISORNI C. FRANCE, 21 septembre 1998, § 47 : « *La Cour se refuse à arbitrer une question qui relève d'un débat toujours en cours entre historiens sur le déroulement et l'interprétation des évènements dont il s'agit* ». Cf. Patrice ROLLAND, *Liberté d'expression et délit d'opinion. La démocratie peut-elle se protéger en défendant une histoire officielle*, D., 1999, 16ème Cahier, Jur., pp. 226-229.

[997] Dans une décision du 24 juin 1996 PIERRE MARAIS C. FRANCE, la Commission européenne des droits de l'homme avait déjà considéré que l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 était « *nécessaire dans une société* démocratique » et que les écrits du requérant étaient contraire « *aux valeurs fondamentales de la Convention*

une limite externe au principe [de la liberté d'expression] : *elle en fait partie* »[998]. En d'autres termes, il n'est pas possible d'utiliser les droits et libertés garantis par la Convention pour remettre en cause une « *vérité historique notoire* »[999], même si la Cour insiste également sur les obligations de « *respecter les règles essentielles de la méthode historique* »[1000], et ce d'autant plus si la question « *divise profondément l'opinion publique* »[1001].

---

telles que l'exprime son Préambule, à savoir la justice et la paix ». Toutefois, la Commission motiva l'irrecevabilité de la requête sur le fondement de l'article 10 § 2, cantonnant l'article 17 de la Convention à la fonction « *d'adjuvant interprétatif* », Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ?*, RTDH, n°46, 2001, p. 555.

[998] Michel TROPER, *La loi Gayssot et la Constitution*, Annales, n°6-1999, p. 1241. Comme l'écrit Pascal MBONGO « *c'est un rapport de consubstantialité qu'entretiennent la liberté et ses limites puisque tout droit ou toute liberté n'est qu'une prérogative ou une faculté reconnue et organisée par l'ordre juridique qui, seul, définit sa substance* », *Le traitement juridictionnel des offenses aux convictions religieuses*, Mélanges Lachaume, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, p. 694.

[999] La Cour européenne distingue en effet entre l'existence de « *réalités historiques notoires* » (qualification retenue à propos du caractère anti-démocratique des partis communistes des États de l'ex-Union Soviétique, ZDANOKA C. LETTONIE, § 91) dont la contestation peut s'appuyer sur l'article 10 de la Convention, et « *les vérités historiques notoires* » dont la négation se voit soustraite à la protection qu'offre l'article 10 de la Convention. Cf. Jean-François FLAUSS, *L'Histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, n°65, 2006, pp. 17-22 plus particulièrement.

[1000] CEDH, CHAUVY C. FRANCE, 29 juin 2004, § 77. Le juge français parle pour sa part d'« *obligations de prudence, de circonspection objective et de neutralité intellectuelle qui s'imposent au chercheur* », TGI de Paris, 8 juillet 1981, LIGUE INTERNATIONALE CONTRE LE RACISME ET L'ANTISÉMITISME ET AUTRES C. FAURISSON, note de Bernard EDELMAN, D. 1982, Jur., pp. 60-63. Cette solution jurisprudentielle, dégagée avant l'entrée en vigueur de la loi Gayssot, a été néanmoins confirmée par les juridictions judiciaires : ainsi la Cour d'appel de Paris a-t-elle rappelé dans une décision du 16 décembre 1998 qu'« *en réalité, dans l'ouvrage poursuivi, il n'est pas conduit un travail d'histoire mais de polémique politique comme on l'a vu à travers les procédés intellectuels mis en œuvre pour défaire toute position contraire aux thèses du prévenu. L'aboutissement n'en est pas, comme il le prétend, une dénonciation du sionisme mais, si l'on suivait M. Garaudy, celle d'une gigantesque escroquerie intellectuelle que serait l'extermination des juifs par les nazis.* […] *Ce travail de « déconstruction » de l'histoire* […] *est en réalité un travail de déconstruction des valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et notamment contre l'antisémitisme* », citée par Patrick WACHSMANN, *Liberté d'expression et négationnisme*, RTDH, 2001, n°spécial, pp. 598-599. Il en va ainsi tant de la liberté d'expression de l'historien que de celle de l'enseignant-chercheur : ainsi, si cette dernière est particulièrement étendue, elle n'est toutefois pas absolue en ce qu'elle ne peut manquer aux obligations de « *tolérance* » et « *d'objectivité* » que la loi lui impose de respecter dans l'exercice de ses fonctions. C'est pourquoi le Conseil d'État a confirmé la sanction disciplinaire infligée à un maître de conférences pour avoir signé en sa qualité de fonctionnaire un article dans une revue où il développait des arguments non scientifiques et contribuait une campagne négationniste, CE, 28 septembre 1998, NOTIN. Cette solution fut étendue à un enseignant du secondaire qui avait tenu des propos négationnistes dans le cadre de son cours en vertu de l'obligation de neutralité (art. 6-1 de la loi du 13 juillet 1983) qui pèse sur tout agent public dans l'exercice de ses fonctions, CE, 22 novembre 2004, MINISTRE DE LA JEUNESSE, DE L'ÉDUCATION NATIONALE ET DE LA RECHERCHE C. M. A. Cf. les notes d'Olivier DORD, AJDA, n°13-2005, pp. 734-737 et de Didier JEAN-PIERRE, note, JCPA, n°4-2005, pp. 288-290. Pour une réflexion plus générale sur la liberté

En d'autres termes, les informations fausses sont préjudiciables à la formation de l'opinion publique, voire même à la « *coexistence en liberté* »[1002]. Néanmoins, certains auteurs tel que Karl POPPER ont mis en garde contre ce que l'on peut appeler « *le mythe de l'opinion publique* ». Or, contre ce « *mythe rationaliste et optimiste* », le philosophe autrichien rappelle que la vérité n'est jamais manifeste et que toute science, y compris la science historique, repose sur « *une élimination indéfinie de l'erreur par le truchement de conjectures et de réfutations* »[1003], au moyen de la combinaison de notre imagination et de notre esprit critique[1004]. Le critère de l'épistémologie poppérienne est donc la falsification, qui fait de la découverte scientifique un processus de discussion publique dont l'objet est la réfutation des propositions existantes. Dès lors ne doit-on pas négliger le fait, ainsi que le rappelait le Doyen HAURIOU, que « *l'opinion publique est maîtresse d'erreur autant que de vérité* »[1005].

Sous-section 2. Transparence et démocratie d'opinion

---

d'expression des enseignants-chercheurs, cf. Olivier GOHIN, *La liberté d'expression dans l'enseignement supérieur : le cas des universitaires*, POLITEIA, n°10, 2006, pp. 125-137.

[1001] CEDH, MONNAT C. SUISSE, 21 septembre 2006, § 59, à propos d'un reportage télévisé mettant en cause le rôle de la Suisse pendant la seconde guerre mondiale.

[1002] « *De la même façon que de manière catégorique, ce Tribunal a affirmé que le droit à la libre information doit être constitutionnellement protégé, dans la mesure où l'exercice de ce droit contribue à la formation de l'opinion publique, élément indispensable du pluralisme politique dans un État démocratique, et que par là même il transcende le sens commun et propre des autres droits fondamentaux, il nous faut maintenant dire que les informations déformées peuvent porter préjudice à la coexistence en liberté* », STC, 295/1997.

[1003] Jean-Philippe FELDMAN, *Il faut abroger la loi Gayssot*, Le Monde, 28 octobre 2006. L'idée est également présente chez HAYEK. Cf. du même auteur, *Scholies sur l'interprétation du droit selon Hayek*, DROITS, n°33, 2001, pp. 181-190.

[1004] Et POPPER de préciser : « *la tradition rationaliste occidentale, qui nous vient des Grecs, est celle de la discussion critique : elle consiste à examiner et à tester les propositions ou les théories en essayant d'en produire la réfutation. Il ne faut pas voir dans ce processus une méthode de démonstration qui permettrait, en dernière analyse, d'établir la vérité : et il ne s'agit pas non plus d'une démarche aboutissant nécessairement à la formation d'un consensus. Son intérêt vient plutôt de ce que la discussion permet aux divers interlocuteurs de modifier, peu ou prou, leur sentiment et, au terme de cet échange, d'être devenus plus avisés* », *Conjectures et réfutations (…)*, op. cit., pp. 513-514.

[1005] « *Dans l'hypothèse du gouvernement démocratique, le régime de la liberté d'opinion et de discussion s'impose pratiquement, et cela parce que l'autorité gouvernementale de l'État n'a pas qualité pour décréter la vérité. Sans doute, l'opinion publique libre est maîtresse d'erreur autant que de vérité, mais que dire d'une opinion qui serait régentée par le gouvernement politique ?* […] *Au moins, sous le régime de la liberté, la vérité a le droit et les moyens de se défendre, non seulement contre les opinions des partis, mais même contre l'opinion gouvernementale* », *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 163.

La promotion de la publicité a pour corollaire nécessaire la reconnaissance d'un droit du public à la transparence. Comme le souligne HABERMAS, « *autrefois, la Publicité avait dû se frayer une voie en s'opposant à la politique du secret pratiqué par l'absolutisme : elle s'efforçait de soumettre personnalités et problèmes à la discussion publique, et faisait en sorte que les décisions politiques fussent révisables devant le tribunal de l'opinion publique* »[1006]. Cette exigence de transparence se trouve d'ailleurs au fondement de la démocratie en ce que celle-ci repose sur un lien de confiance entre gouvernants et gouvernés[1007]. Dans la Cité démocratique, ce droit du public à la transparence concerne principalement la conception et l'aménagement de l'information (**PARAGRAPHE** 1). En outre, ainsi que le souligne Otto PFERSMANN, dans la tradition libérale, un État qui agit dans le sens de la raison ne peut pas recourir au secret[1008]. L'État de droit libéral repose alors sur l'obligation d'élaborer publiquement et de publier officiellement les normes générales applicables. La transparence exige alors que la loi soit accessible et intelligible pour tous (**PARAGRAPHE 2**).

Paragraphe 1. Le droit d'accès à l'information, élément constitutif du principe de transparence

Corollaire du droit à la libre expression, la liberté de rechercher et d'accéder librement à l'information est souvent comprise comme un élément indispensable de la formation de l'opinion publique. On reste alors dans une logique politique de la construction de l'espace public (**Sous-Paragraphe 1**). En effet, la doctrine a longtemps considéré que la sacralisation de la démocratie politique excluait toute démocratie administrative[1009]. Pourtant, on ne peut que s'accorder avec Jean-Bernard AUBY lorsque celui-ci souligne qu'il y « *beaucoup de naïveté dans le schéma représentatif qui fait du droit administratif un matériau démocratique simplement parce que ceux qui le produisent et le mettent en œuvre sont inscrits dans des chaînes de contrôle qui convergent vers la représentation nationale, et sont l'instrument de la loi que celle-ci produit* »[1010]. C'est donc par l'amélioration des procédures de transparence, et notamment par un accès facilité aux

---

[1006] Jürgen HABERMAS, *L'espace public*, op. cit., p. 209.

[1007] Cf. Carine DOGANIS, *Démocratie et transparence : les sycophantes et la délation dans la Cité d'Athènes à l'époque classique*, Thèse, dactyl., IEP Paris, 2004.

[1008] *Norme de secret, normes secrètes et État moderne*, CITÉS, n°26, 2006, p. 116. L'auteur s'appuie notamment sur cette citation d'Emmanuel KANT selon laquelle « *Une disposition secrète dans les négociations du droit public est objectivement, c'est-à-dire considérée dans son contenu, une contradiction* », *Zum Ewigen Frieden*, B 67.

[1009] Achille MESTRE, *La démocratie administrative*, Mélanges Couzinet, PUSST, 1974, pp. 561-577.

[1010] *Droit administratif et démocratie*, DA, n°2-2006, p. 7.

documents administratifs, que la démocratie d'opinion se conçoit alors également comme une démocratie administrative (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Le droit d'accès à l'information comme corollaire de la liberté d'expression

En rattachant expressément l'objectif de transparence financière des entreprises de presse à l'article 11 de la DDHC, le Conseil constitutionnel a montré que cet objectif est « *une condition d'effectivité de la liberté de communication* »[1011]. Ce fut également l'occasion pour lui de se référer explicitement à l'opinion publique puisqu'il considère que « *l'objectif de transparence financière* […] *met les lecteurs à même d'exercer leurs choix de façon vraiment libre et l'opinion à même de porter un jugement éclairé sur les moyens d'information qui lui sont offerts par la presse écrite* »[1012]. En ce que la transparence financière peut être vue comme la condition du pluralisme, elle apparaît également comme un préalable indispensable pour la formation de l'opinion publique. Reste à savoir ce que recouvre précisément cet objectif de transparence financière. Le Conseil constitutionnel retient qu'il s'agit pour le public de connaître « *les dirigeants réels des entreprises de presse, les conditions de financement des journaux, les transactions financières dont ceux-ci peuvent être l'objet, les intérêts de tous ordres qui peuvent s'y trouver engagés* »[1013]. Mais il ne va pas jusqu'à considérer que le public puisse dans tous les cas « *connaître de façon immédiate l'identité de toutes les personnes susceptibles d'exercer un contrôle sur une publication de presse déterminée* », simplement de « *fournir des renseignements essentiels sans dissimuler le fait que les personnes morales détenant des actions ou des parts de l'entreprise éditrice y exerçant une influence peuvent elles-mêmes dépendre de personnes physiques ou de groupements extérieurs à l'entreprise éditrice* »[1014]. Reste alors à savoir si la transparence financière s'étend à d'autres domaines que les entreprises de presse et s'il existe dès lors un principe général de transparence tel que le reconnaît par exemple le droit communautaire[1015]. Soit l'on considère que le principe de transparence s'étend à d'autres

[1011] Pierre DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 79.

[1012] Décision n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, ENTREPRISES DE PRESSE, Cons. 16. Cette solution sera reprise dans la décision n°86-210 DC du 29 juillet 1986, RÉGIME DE LA PRESSE, Cons. 16.

[1013] Décision n°84-181 DC des 10-11 octobre 1984, Cons. 16.

[1014] Décision n°86-210 DC du 29 juillet 1986, précitée, Cons. 18.

[1015] L'Union européenne en a ainsi fait un objectif politique. Ainsi la Déclaration relative à l'avenir de l'Union accompagnant le traité de Nice confirmait-elle « la nécessité d'améliorer et d'assurer en permanence la légitimité démocratique et la transparence de l'Union et de ses institutions, afin de les rapprocher des citoyens des États membres », Les Traités de Rome, Maastricht, Amsterdam et Nice, Textes comparés, Paris, La Documentation française, 2002, p. 290. Mais, au regard du droit communautaire, il est également un principe normatif que le juge communautaire doit prendre en

domaines, tout en restant limité à la matière financière[1016], soit l'on adopte l'idée qu'il existerait une sorte de principe général qui, d'une manière similaire au pluralisme, serait le fondement de la démocratie. Telle est par exemple la position adoptée par le Tribunal de Première Instance qui n'hésite pas à proclamer que « *le principe de transparence vise à assurer une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel, ainsi qu'à garantir une plus grande légitimité, efficacité, responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens dans un système démocratique. Il contribue à renforcer le principe de la démocratie et le respect des droits fondamentaux* »[1017]. Sans aller jusqu'à adopter cette interprétation audacieuse, le Conseil constitutionnel semble néanmoins avoir fait un pas dans cette direction : ainsi a-t-il considéré à propos des dispositions de loi relatives au mode de désignation des présidents de chaînes publiques, que « *la motivation des décisions de nomination* […] *participe d'un souci de transparence qui répond à la nécessité de donner leur plein effet aux exigences constitutionnelles* »[1018]. L'effectivité de la garantie dépend donc *in fine* de l'exigence de transparence, qui doit « *être perçue comme un moyen général de donner toute leur portée aux règles constitutionnelles* »[1019].

Mais il est également possible de proposer une interprétation constructive du principe de transparence qui insisterait sur la capacité des récepteurs de l'information « *d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché* »[1020]. En effet, comment recevoir et communiquer des informations si les pouvoirs publics peuvent faire obstacle, directement ou indirectement à leur recherche ? Ainsi que le souligne la Cour constitutionnelle allemande, les deux sont indubitablement liés puisque « *l'article 5 alinéa 1 de la Loi fondamentale ne protège pas seulement un comportement actif en vue de se procurer l'information, mais dans une égale mesure, la réception pure et simple de cette même information.* […] *La liberté d'accès à l'information n'est garantie par le droit*

---

compte, cf. Jean-Michel COMMUNIER, *Le principe de transparence : réflexions sur sa qualification et sa portée*, Mélanges Raux, *Le droit de l'Union Européenne en principe*, Éd. Apogée, 2006, pp. 261-284. Le principe de transparence concerne néanmoins principalement les contrats publics, ce qui n'est pas sans poser problème au regard du droit interne. Cf. Pierre BRUNET, *L'empire du principe de transparence ou le côté obscur de la force*, RDC, avril 2006, pp. 487-495.

[1016] Pour une illustration de cette position, cf. Jean-Pierre DUPRAT, *Transparence et démocratie*, RFFP, n°71, 2000, pp. 31-46.

[1017] TPI, 7 février 2002, KUIJER C. CONSEIL.

[1018] Décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000, Cons. 13.

[1019] Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 555.

[1020] Décision n°86-210 DC du 29 juillet 1986, précitée, Cons. 38.

constitutionnel que si la source d'information est généralement accessible. Les journaux et autres moyens de communication de masse sont par nature des sources d'information généralement accessibles »[1021]. Cette position est également celle défendue par la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que « *la liberté de recevoir des informations interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir* »[1022]. La transparence permet alors de considérer le droit d'accès à l'information comme un instrument indispensable à la constitution d'un Tribunal de l'opinion publique. Ce que résume parfaitement la Cour de Karlsruhe lorsqu'elle considère que « *la liberté d'accès à l'information est précisément le droit de s'informer sur soi-même.* […] *Ce droit à l'exercice d'une liberté est la condition préalable à la formation de l'opinion, formation qui constitue elle-même le préalable à l'expression des opinions.* […] *Un État démocratique ne peut exister sans une opinion publique libre et informée aussi bien que possible* »[1023].

La récente constitutionnalisation de ce droit à l'accès à l'information via l'article 7 de la Charte de l'environnement[1024] apparaît alors comme correspondant aux besoins de notre modernité juridique. Si sa portée demeure imprécise en l'absence de jurisprudence du Conseil constitutionnel[1025], on peut néanmoins ici se référer aux solutions dégagées par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans son rapport du 29 juin 1996 GUERRA ET AUTRES C. ITALIE, la Commission européenne des droits de l'homme avait en effet consacré un droit général à l'information en matière d'environnement, en l'occurrence un droit pour des individus d'obtenir

---

[1021] BVerfG, 797/78, 3 juin 1980. La Cour constitutionnelle ajoute que « *la liberté d'accès à l'information est placée dans l'ordre dont se réclame la Loi fondamentale sur le même plan que la liberté d'opinion et la liberté de la presse. Elle n'est pas un simple élément constitutif du droit à la libre expression et à la libre diffusion des opinions. Ce droit a, sans doute, également pour contenu la protection de la réception d'une opinion par des tiers, mais la protection est garantie aux seules personnes exprimant l'opinion en question, dans l'intérêt de leur liberté d'expression. La personne qui reçoit l'opinion considérée ne joue, par conséquent, dans ce processus, qu'un rôle passif* ».

[1022] CEDH, LEANDER C. SUÈDE, 26 novembre 1987 et GASKIN C. ROYAUME-UNI, 7 juillet 1989, § 37.

[1023] BVerfG, 797/78, 3 juin 1980.

[1024] « Toute personne a le droit, dans les conditions et limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

[1025] Suite à la décision du Conseil constitutionnel qui concernait l'article 6 relatif au développement durable (n°2005-514 DC du 28 avril 2005), il semblerait qu'il y ait « *assimilation de ces principes à des objectifs de valeur constitutionnelle car ils figurent dans un texte de cette valeur, mais ils ne coïncident pas avec la catégorie prétorienne très particulière des objectifs de valeur constitutionnelle* », Amandine CAPITANI, *Le droit à l'information et le droit à la participation en matière environnementale, une avancée constitutionnelle ?*, communication au congrès de l'AFDC, 2005, en ligne, p. 9.

des informations sur les risques liés aux installations polluantes dangereuses. En s'appuyant sur « *une opinion générale* » qui se développe en Europe et qui considère « *l'accès du public à une information claire et exhaustive* […] *comme l'un des droits fondamentaux de la personne humaine* », la Commission avait donné son plein effet à la théorie des obligations positives dans le cadre de l'article 10 §1. Elle concluait ainsi : « *l'article 10 de la Convention impose donc aux États* […] *des obligations positives de collecte, d'élaboration et de diffusion des informations qui par leur nature même, ne sont pas directement accessibles et qu ne pourraient être autrement portées à la connaissance du public par le biais de l'action des pouvoirs publics. De la sorte, le contenu de l'obligation de l'État est concrètement établi : il doit mettre à la disposition des individus concernés toutes les informations utiles sur les risques, la prévention, les mesures à prendre en cas d'accident de l'usine en cause* […] *éventuellement se les procurer et, en toute hypothèse, s'assurer de leur diffusion effective (l'obligation de transparence devient ici « active »)* ». Néanmoins, la position du juge européen fut beaucoup moins audacieuse en ce que celui-ci, tout en reconnaissant sur le fondement de l'article 8 que des atteintes graves à l'environnement pouvaient nuire à une vie privée et familiale normale, a refusé de considérer le droit à l'information de manière autonome. Pour la Cour, le droit à l'information est donc composé du droit d'accès à l'information, de l'obligation positive de communiquer les informations, tout en refusant d'imposer à un État une obligation positive de collecte et de diffusion des informations[1026]. Du reste, la Cour semble encore aujourd'hui hésiter quant à la reconnaissance du caractère procédural du phénomène démocratique, comme garantie d'une prise en compte adéquate des droits en cause[1027]. Dès lors, si pour une partie de la doctrine cette démarche témoigne d'un refus de la Cour de consacrer en matière environnementale les droits procéduraux en tant que tels[1028], on peut penser que de récentes

[1026] CEDH, Guerra et autres c. Italie, 19 février 1998, § 53. Comme le souligne Bertrand Mathieu, la Cour constitutionnelle slovaque a dans le même sens considéré que les citoyens avaient le droit d'obtenir des informations complètes en matière d'environnement, ce droit impliquant la mise en place par l'État de procédures adaptées (Décision du 22 novembre 2001, BJC 2001, p. 563), *Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°15, 2003, p. 152.

[1027] Ainsi, dans un arrêt de la Grande Chambre du 8 juillet 2003 Hatton et autres c. Royaume-Uni, qui concernait l'atteinte potentielle pour les riverains de l'aéroport d'Heathrow à l'article 8 susceptible de résulter des vols de nuit, la Cour souligne qu'elle « *peut se pencher sur le processus décisionnel, afin de vérifier si les intérêts de l'individu ont dûment été pris en compte* ». Néanmoins, malgré cette incise, la Cour avait considéré que la prise en considération des aspects procéduraux du processus décisionnel en matière environnementale ne signifiait pas « *pour autant que des décisions ne peuvent être prises qu'en présence de données exhaustives et vérifiables sur tous les aspects de la question à trancher* ». Cf. Patrick Wachsmann, *De la qualité de la loi à la qualité du système juridique*, Mélanges Cohen-Jonathan, op. cit., pp. 1687-1705.

[1028] Philippe Frümer, *Protection de l'environnement et droits procéduraux de l'homme : des relations tumultueuses ?*, rtdh, 1998, pp. 813-833.

décisions pourraient remettre en cause ce jugement. Ainsi dans une décision TASKIN C. TURQUIE du 10 novembre 2004, le juge de Strasbourg n'hésite pas à mentionner la Convention d'Aarhus pour estimer que les autorités turques avaient privé de tout effet utile les garanties procédurales dont les requérant disposaient[1029]. Confirmée par une décision GIACOMELLI C. ITALIE du 2 novembre 2006, la Cour confirme que « *la méconnaissance par l'État d'aspects procéduraux aussi essentiels que l'obligation d'effectuer une étude d'impact et la possibilité pour tout citoyen concerné de participer à la procédure d'autorisation et de saisir les autorités judiciaires pour faire valoir ses propres observations est de nature à réduire à sa marge d'appréciation en matière d'environnement* »[1030]. Appréhendé dans une perspective procédurale, le droit à l'information « *conçu comme un droit direct de l'homme – et non pas seulement comme un droit par ricochet, un droit par médias interposés - fera probablement l'objet d'une reconnaissance plus ample* »[1031]. Pour autant, en droit interne, la doctrine reste très mesurée tant en ce qui concerne la portée de l'article 7 de la Charte de l'environnement[1032] que sur la possibilité pour ce droit d'être autre chose qu'un droit programmatoire[1033].

Sous-Paragraphe 2. L'accès aux documents administratifs ou la novation de la démocratie d'opinion en une démocratie administrative

Le secret fut pendant longtemps associé à l'action administrative, contribuant à ce qu'à « *l'égard de la décision administrative, l'administré* [soit] *en situation, non de citoyen, mais de sujet* »[1034]. Puis l'émergence d'une obligation de publicité a progressivement permis au citoyen d'intervenir auprès de l'administration après la prise de décision[1035]. Tel fut notamment l'objet de la loi n°78-

---

[1029] Dans cette affaire qui concernait l'exploitation de mines d'or par la technique de la cyanuration, les autorités nationales n'avaient en effet tenu aucun compte des décisions de justice qui avaient annulé l'autorisation d'exploiter les mines d'or parce qu'elle n'était pas fondée sur les résultats d'une étude d'impact.

[1030] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Tranquillité du domicile et droit de l'homme à l'environnement*, note sous CEDH, 3ème Section, 2 novembre 2006, GIACOMELLI C. ITALIE, D., n°19-2007, p. 1327. Toutefois, l'auteur regrette que la Cour ne fasse, cette fois-ci, aucune allusion à la Convention d'Aarhus.

[1031] Gérard COHEN-JONATHAN, *Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 255.

[1032] Ainsi Bertrand MATHIEU considère-t-il que le droit à l'information reconnu par la Charte demeure très limité : « *d'une part, l'on ne peut directement fonder sur ce texte l'exercice d'un droit subjectif à l'information en matière d'environnement, d'autre part, le législateur est expressément invité tant à reconnaître ce droit qu'à lui fixer des limites* », *Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement*, op. cit., p. 152.

[1033] Nathalie MALLET-POUJOL, *Le double langage du droit à l'information*, D., n°31-2002, p. 2427.

[1034] Jean RIVERO, *Á propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration*, Mélanges Savatier, Paris, Dalloz, 1965, p. 821.

[1035] Jacques VIGUIER, *Vers la démocratie administrative ?*, IN CABANEL Patrick et FÉVRIER Jean-Marc (Dir.), *Questions de démocratie*, op. cit., pp. 391-393 spécialement.

753 du 17 juillet 1978 qui reconnut un droit d'accès aux documents administratifs. La loi prévoyait ainsi en son article 2 que « les documents administratifs sont de plein droit communicables aux personnes qui en font la demande » alors que l'article 3 disposait que « toute personne a le droit de connaître les informations contenues dans un document administratif dont les conclusions lui sont opposées ». Devant les recommandations du Conseil d'État[1036] ou de la CADA, le dispositif initial a connu une première évolution avec la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. En consacrant un véritable droit d'accès[1037], désormais reconnu par le juge comme l'une des garanties fondamentales pour l'exercice des libertés fondamentales au sens de l'article 34[1038], le législateur a ainsi mis en place selon certains commentateurs les instruments pour la construction d'une démocratie dialogique[1039]. Le législateur tend ainsi à rééquilibrer une situation d'information profondément asymétrique entre le citoyen-usager et l'administration tout en consacrant l'émergence d'une véritable démocratie administrative[1040]. L'émergence d'une citoyenneté administrative s'inscrit ainsi dans un processus plus large visant à transformer le citoyen assujetti en citoyen actif ; elle signifie que « *les administrés sont détenteurs de droits vis-à-vis de l'Administration ; elle montre aussi que la relation administrative comporte une dimension proprement « civique », en allant au-delà de la simple imposition de règles ou de la fourniture de prestations ; elle postule enfin que l'administré est impliqué dans le fonctionnement administratif, qu'il*

[1036] Rapport d'étude du Conseil d'État adopté en mai et juillet 1997, *Pour une meilleure transparence de l'administration. Étude sur l'harmonisation des droits du citoyen en matière d'accès aux données publiques*, Paris, La Documentation française, 1998.

[1037] Sophie BOISSARD, *Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000*, AJDA, n°25-2003, pp. 1309-1315.

[1038] CE, sect., 29 avril 2002, ULLMANN. Saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus du Premier ministre de modifier la loi du 17 juillet 1978 par voie règlementaire, après avoir demandé en vertu de la procédure de l'article 37 al. 2 de la Constitution la « délégalisation » de ce texte, le juge administratif rejette sa requête en se fondant sur l'incompétence du premier ministre : il a en effet estimé que les dispositions en cause « *relatives à l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'elles portent ainsi sur des matières réservées à la loi par l'article 34 de la Constitution* ». Bénédicte DELAUNAY considère pour sa part qu'il faut avoir une interprétation plus large de cet arrêt et considérer que le droit d'accès aux documents administratifs est une liberté publique, *Le droit d'accès aux documents administratifs : une nouvelle liberté publique*, TDP, n°2-2003, p. 164.

[1039] Elisenda MALARET, *Droit, administrations publiques et NTIC : vers la restructuration de l'espace public. Les instruments pour la construction d'une démocratie dialogique*, Mélanges Timsit, op. cit., pp. 413-431.

[1040] Jacques CHEVALLIER, *L'obligation en droit public*, APD, T. 44, 2000, pp. 179-194 et plus particulièrement p. 192 et s.

est tenu d'intérioriser un certain nombre de valeurs collectives »[1041]. Ainsi que l'a souligné la doctrine, la transparence de l'action administrative repose juridiquement sur l'article 15 de la DDHC qui énonce que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Il s'agit donc de permettre la constitution d'un Tribunal de l'opinion publique par la connaissance de l'action administrative : l'administration ne saurait en effet demeurer le « *dernier retranchement du despotisme éclairé, la citadelle du brouillard où s'élaborent des politiques hors de la vue de leurs destinataires* »[1042]. La loi du 12 avril 2000 prescrit ainsi aux autorités administratives d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent car la mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public[1043]. Le législateur a donc déterminé plus clairement les documents communicables en intégrant une définition organique des documents administratifs (documents émanant des administrations de l'État, des collectivités locales, des établissements publics ou des organismes gérant un service public) et en donnant une définition plus précise des documents informatisés communicables. Dans un objectif de simplification du droit, le gouvernement est ensuite intervenu par voie d'ordonnance le 7 juin 2005 en visant tout document « quel que soit le support utilisé pour la saisie, le stockage ou la transmission des informations qui en composent le contenu ». Est alors considéré comme document administratif tout document détenu par l'administration, quoique n'émanant pas forcément d'elle[1044]. L'ordonnance introduit en outre un net distinguo entre les documents qui renferment une interprétation du droit positif et/ou contiennent une description des procédures administratives (tels par exemple les directives, les instructions, les circulaires, les notes et les réponses ministérielles) qui doivent faire l'objet d'une publication et les autres

---

[1041] Jacques CHEVALLIER, *La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? (à propos de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations)*, D., n°38-2000, p. 578.

[1042] Herbert MAISL, Céline WIENER, Jean-Marie WOEHRLING, *L'administration et ses usagers. Un décret ne fait pas le printemps*, AJDA, n°3-1984, p. 138.

[1043] S'inspirant en cela de CE, 17 décembre 1997, ORDRE DES AVOCATS À LA COUR DE PARIS.

[1044] CE, Ass., 27 mai 2005, COMMUNE D'YVETOT et DÉPARTEMENT DE L'ESSONNE. Cf. les conclusions du commissaire du gouvernement MITJAVILE, JCPA, n°25-2005, pp. 993-1004. Cf. également CE, 3 juillet 2006, MINISTRE DE L'INTÉRIEUR C. FÉDÉRATION CHRÉTIENNE DES TÉMOINS DE JÉHOVAH DE FRANCE, où le Conseil d'État a estimé que la simple transmission de rapports des renseignements généraux à une commission d'enquête parlementaire ne leur conféraient pas le caractère d'actes parlementaires. De même, des rapports qui ont été « *préparés aux fins de réactualisation des dossiers détenus par l'administration,* [mais qui] *n'ont pas été recueillis exclusivement pour les travaux de la commission parlementaire* » sont susceptibles d'être communiqués. A contrario, on peut donc en conclure que seuls les documents servant exclusivement à l'élaboration d'un rapport parlementaire échappent à l'obligation de communication, Cf. Bénédicte DELAUNAY, *L'accès des mouvements sectaires aux documents administratifs les concernant*, AJDA, n°29-2007, pp. 1603-1607.

documents[1045]. Au-delà du champ matériel de la loi du 12 avril 2000, les apports concernant les modalités de mise en œuvre du droit d'accès sont également importants. Ainsi, l'article 2 de la loi du 12 avril 2000 précise que les administrations sont tenues de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent effectivement. Si cette insertion a pu être critiquée[1046], elle témoigne sans nul doute du passage de la logique de l'accès individuel aux documents à une logique de diffusion de l'information[1047]. Cette logique est renforcée par l'adaptation de la loi aux nouvelles technologies : quiconque pourra désormais recevoir par courrier électronique et sans frais le document lorsque celui-ci est disponible sous cette forme.

Toutefois, l'accès entièrement libre aux documents administratifs se heurte à une limite inhérente à l'organisation de l'administration publique, à savoir la nécessaire place du secret dans le processus administratif[1048] : ainsi, la loi permet aux autorités compétentes de refuser la communication de documents administratifs lorsque celle-ci porterait atteinte à des secrets énumérés par la loi, tels que le secret des délibérations du gouvernement ou des autorités responsables du pouvoir exécutif, le secret de la défense nationale, la conduite de la politique extérieure de la France, la sûreté de l'État ou la sécurité des personnes, le déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou encore le secret de la vie privée. Si ces restrictions semblent également inscrites pour une large part dans les législations des États membres de l'Union Européenne[1049], et ce malgré les pressions de la société civile[1050], le risque

---

[1045] Cf. Dominique PICHOUSTRE, *La simplification de l'accès aux documents administratifs par l'ordonnance du 6 juin 2005*, LPA, n°225/226-2005, pp. 3-12 ; Bénédicte DELAUNAY, *Liberté d'accès aux documents administratifs et réutilisation des informations publiques*, AJDA, n°25-2006, pp. 1377-1385.

[1046] Ainsi le rapport du sénateur AMOUDRY regrettait qu'une telle disposition, dépourvue de toute normativité, trouve sa place dans la loi car c'était alors « *tromper les administrés que de leur faire miroiter une sorte de « droit-créance » sur l'administration* », Jacques CHEVALLIER, *La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ?*, op. cit., p. 580.

[1047] Elisenda MALARET, *Droit, administrations publiques et NTIC (…)*, op. cit., p. 427.

[1048] Cf. par exemple Marc GUILLAUME, *Secrets régaliens : le cas du secret défense*, IN *Transparence et secret (Colloque pour le vingt-cinquième anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs)*, Paris, La Documentation Française, 2004, pp. 205-213.

[1049] Pour un panorama, cf. Rapport de la Commission Européenne du 1er juillet 2003, *Analyse comparative des législations des États membres et des pays candidats en matière d'accès aux documents*, en ligne, ec.europa.eu/transparency/access_documents/docs/compa.pdf ; l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit toutefois un droit d'accès aux documents : « tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission ».

[1050] On pense notamment à l'appel lancé en avril 2004 par des journalistes, éditeurs, juristes qui regrettaient un recours abusif au classement « confidentiel défense » en France. Ils demandaient

d'un abus par l'administration n'en demeure pas moins toujours possible. Ceci est particulièrement vrai en matière d'environnement, malgré les prescriptions du Code de l'environnement qui comporte un chapitre entier relatif au droit d'accès à l'information en matière d'environnement et en dépit, surtout, de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Ainsi, par exemple, suite à une demande d'une association d'informations concernant la demande d'autorisation relative à un maïs OGM, les autorités françaises ont rappelé que tant l'article L. 535-3 du Code de l'environnement que la directive 2001/18 du CE portant dissémination des OGM dans l'environnement[1051] prévoient un régime de confidentialité qui interdit la divulgation d'informations qui pourraient porter préjudice aux intérêts du pétitionnaire ou qui touchent à des secrets d'ordre industriel ou commercial. La CADA a alors rendu un avis le 8 avril 2005 en estimant que « *seules peuvent être regardées comme protégées par l'obligation de confidentialité prévue à l'article 25 de la directive 2001/18/CE, les informations relatives au procédé d'obtention de l'OGM ou à sa commercialisation et dont la divulgation serait susceptible de nuire à la position concurrentielle de l'entreprise* ». Elle considère ainsi que les études de toxicité établies dans le cadre de l'évaluation des risques sanitaires doivent être communiquées après avoir occulté le cas échéant les mentions qui pourraient porter atteinte aux secrets mentionnés. Néanmoins, dans une note du 22 août 2005 adressée à la Commission européenne, les autorités françaises s'opposent à une telle solution arguant du fait que « *de telles communications, fondées sur des données brutes et études isolées utilisées dans le cadre de l'évaluation des risques, sont susceptibles d'entacher la confiance de* l'opinion publique *dans le processus de gestion de risque* »[1052]. Un tel exemple suscite deux types d'interrogations : d'une part, la portée du principe contenu dans la Charte de l'environnement est très incertaine et ne semble pas pouvoir modifier pour le moment ces pratiques puisque les principes contenus dans la Charte ne semblent pas directement invocables par le citoyen, alors même que le droit à l'information et le droit à la participation énoncés à l'article 7 ont sans doute vocation à avoir un effet horizontal ; d'autre part, on retrouve là la mise en garde de penseurs libéraux comme MILL ou TOCQUEVILLE qui

---

notamment l'alignement du régime juridique français sur les dispositions en vigueur en Suède ou aux États-Unis. Consultable sur www.liberte-dinformer.info L'invocation du régime juridique aux États-Unis doit toutefois ici être nuancée. Cf. Guy SCOFFONI, *États-Unis : la garantie de l'autorité judiciaire*, Problèmes économiques et sociaux, n°679, 1992, pp. 15-21.

[1051] Cette directive n'a été que transposée que récemment par le décret n°2007-358 du 19 mars 2007.

[1052] Nous soulignons.

parfois condamnent la publicité au nom même du principe[1053]. Il s'agirait donc de se méfier de la transformation de l'utopie de la transparence en une idéologie qui se chargerait d'apporter l'égalité entre les citoyens[1054]. Pour reprendre le bon mot de Guy CARCASSONNE, la transparence deviendrait dans cette hypothèse « *névrotique* »[1055]. Si la référence à l'opinion publique semble ici fallacieuse[1056], on ne peut que néanmoins prendre au sérieux cette mise en garde, en rappelant les propos de Jacques CHEVALLIER selon lequel « *l'image d'une administration dialoguant avec les administrés sur un pied d'égalité, travaillant sous le regard du public et en phase avec la société est une image idéalisée, idyllique, une image d'Épinal… L'idée d'une transparence administrative complète n'est qu'un rêve, un mirage dont la matérialisation est irrémédiablement vouée à l'échec* »[1057].

Paragraphe 2. L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, parangons de la transparence

Quoique non consacré explicitement par la Constitution, l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi[1058] fait l'objet d'un relatif consensus doctrinal quant à sa fonction[1059]. Reposant sur de multiples fondements textuels[1060], cet objectif se présenterait ainsi comme une des conditions de la garantie des droits des destinataires de la loi, confirmant la

---

[1053] Cf. Jürgen HABERMAS, *L'espace public*, op. cit., p. 141.

[1054] Lucien SFEZ, *Du monde de la communication à l'utopie du corps*, Mélanges Avril, op. cit., pp. 119-128.

[1055] Guy CARCASSONNE, *Le trouble de la transparence*, POUVOIRS, n°97, 2001, p. 18.

[1056] La Commission Brundtland avait ainsi eu l'occasion de rappeler que « *pour faire face à la pollution industrielle et à la dégradation des ressources, il est essentiel que l'industrie, les gouvernements et l'opinion publique disposent de critères bien définis* », Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, 1988, p. 261.

[1057] Jacques CHEVALLIER, *Le mythe de la transparence administrative*, IN *Information et transparence administrative*, Paris, PUF, 1998, p. 239 et s., cité par Renaud DENOIX DE SAINT MARC, *La transparence : vertus et limites*, IN *Transparence et secret*, op. cit., pp. 11-17.

[1058] Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999, CODIFICATION PAR ORDONNANCES, Cons. 13. Il faut attendre la décision n°435 DC du 7 décembre 2000 LOI D'ORIENTATION POUR L'OUTRE-MER pour le Conseil constitutionnel censure une disposition sur le fondement de cet objectif.

[1059] Cf. Marie-Anne FRISON-ROCHE et William BARANÈS, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, D., n°23-2000, pp. 361-368 ; Jean-Manuel LARRALDE, *Intelligibilité de la loi et accès au droit*, LPA, n°231-2002, pp. 11-21 ; Elise BESSON, *Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*, IN PONTIER Jean-Marie (Dir.), *La simplification du droit*, PUAM, 2006, pp. 64-83.

[1060] En l'occurrence les articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC. Comme le souligne Pierre DE MONTALIVET, « *la multiplicité des références présente plus d'avantages que d'inconvénients, en ce qu'elle assure la légitimité de la norme* », *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 86.

dimension libérale de cet objectif[1061]. Il serait dès lors, au même titre que le pluralisme, un des fondements de la démocratie[1062]. Combinées dans la jurisprudence du juge de la Rue Montpensier, l'accessibilité et l'intelligibilité doivent ici néanmoins être distinguées. La première doit se comprendre dans un sens matériel comme la possibilité technique de consulter, d'accéder « physiquement » à la norme, et ce dans le but de favoriser la réalisation de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi »[1063]. L'accessibilité suppose donc, conformément aux préceptes des révolutionnaires français, une publication et une libre diffusion de la règle de droit[1064], seule à même d'assurer tant l'égalité entre les citoyens que la formation d'un Tribunal de l'opinion publique. Consacrée également par la jurisprudence européenne[1065] et commune à l'ensemble

---

[1061] Par exemple, pour Jérémy BENTHAM, la garantie des droits passe par une connaissance du droit en vigueur, et en premier lieu des textes de loi. Dès lors, pour le penseur utilitariste, « *la transparence, qui exige que les lois soient clairement formulées et correctement promulguées, constitue une stratégie d'efficacité. Tout citoyen qui non seulement connaît ses droits, mais en outre a conscience des limites de ce qu'il lui est permis de faire, est donc en mesure de concilier sa liberté personnelle avec la paix publique* », Marie-Laure LEROY, *Liberté, droits et démocratie dans l'utilitarisme de Bentham*, op. cit., p. 247.

[1062] Ibid., p. 87.

[1063] Cf. Catherine PUIGELIER, *La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi »*, IN PUIGELIER Catherine (Dir.), *La loi. Bilan et perspectives*, Paris, Économica, Coll. Etudes Juridiques, 2005, p. 309 ; Pascale DEUMIER, *La publication de la loi et le mythe de sa connaissance*, LPA, n°46-2000, pp. 6-11. Jean CARBONNIER a parfaitement résumé le sens de cette maxime en ce qu'elle démontre que « *la communication prolonge le droit de la manière la plus simple lorsqu'elle se limite à en transmettre le contenu, en l'expliquant à ceux qui l'ignoraient ou ne pouvaient le comprendre. Malgré la présomption de science infuse qu'il a été obligé de poser, le droit est conscient d'avoir en lui un certain ésotérisme et sait que son idiome technique peut appeler souvent une traduction en français courant* », *Droit et passion du droit sous la V*ème *République*, Paris, Flammarion, Coll. Forum, 1996, p. 95.

[1064] Les nouvelles technologies jouent bien évidemment un rôle nécessaire à la mise en œuvre de cet idéal, cf. Emmanuel CARTIER, *Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques*, AJDA, n°20-2005, pp. 1092-1101 ; pour un analyse plus globale de cette problématique, voir du même auteur, *Publication et libre diffusion de la règle de droit : enjeux et problématiques comparés en France et au Royaume-Uni*, POLITEIA, n°7, 2005, pp. 89-114.

[1065] Selon la Cour européenne, « *le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les fondements juridiques applicables à un cas donné* », CEDH, 26 avril 1979, SUNDAY TIMES, précité, § 49. Rappelons que le mot loi doit être entendu largement puisque celui-ci englobe l'interprétation jurisprudentielle qui a pu être faite de cette loi, CEDH, KRUSLIN C. FRANCE, 24 avril 1990. Dès lors, lorsqu'une jurisprudence vient préciser les termes de la loi, l'interprétation proposée par le juge doit fournir un certain nombre d'indications sur l'ensemble des garanties susceptibles d'encadrer une ingérence. En ce sens, CEDH, 20 décembre 2005, WISSE C. FRANCE à propos de l'enregistrement de conversations de détenus durant les temps de parloir, non prévu par le code de procédure pénale mais autorisé par la Cour de Cassation. La France est condamnée sur le fondement de l'article 8 au motif que cette ingérence n'était pas suffisamment prévisible. Ainsi que le souligne Gérard COHEN-JONATHAN, la loi est donc « *le vecteur principal de la transparence et c'est pourquoi la Cour européenne* […] *retient une conception matérielle de la loi qui met l'accent sur la « qualité » qu'elle doit présenter* », *Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux (…)*, op. cit., p. 258.

des pays de droit écrit[1066], l'accessibilité de la loi ne pose pas de véritable problème. Il en va tout autrement de la notion d'intelligibilité.

Popularisée par MONTESQUIEU, l'intelligibilité d'un énoncé n'existe que « *si son sens peut être perçu par l'activité humaine* »[1067]. En d'autres termes, la loi se doit d'être suffisamment compréhensible pour le destinataire « *d'intelligence moyenne* » selon la formule des Cours suprêmes nord-américaines[1068]. Cette définition subjective de l'intelligibilité n'est d'ailleurs pas écartée par le Conseil constitutionnel puisque celui-ci a récemment consacré l'exigence de non-complexité excessive de la loi fiscale[1069] qui peut être comprise comme l'un des aspects de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi[1070]. En l'espèce, les destinataires du dispositif concerné ne sont pas seulement l'administration fiscale mais également les contribuables. *A contrario*, on doit donc également comprendre que seul le caractère excessif de la complexité de la loi peut entraîner la censure du juge constitutionnel. Dès lors, ainsi que l'a souligné de manière récurrente le Conseil constitutionnel, « *pour réelle qu'elle soit,* [la complexité d'un dispositif législatif] *n'est pas à elle seule de nature à rendre* [la loi] *contraire à la Constitution* »[1071]. Ainsi, « *la loi peut être claire et précise mais instituer un système complexe ; dans ce cas, elle ne sera pas nécessairement censurée. Au contraire, lorsque la loi instaure un système complexe de*

[1066] Christian BEHRENDT note avec justesse que « *la règle semble avoir une portée absolue* […] *les Cours veillant strictement à l'application de ce principe* », *La notion de « parliamentary sovereignty » en droit constitutionnel anglais : fondements, paradoxes et problèmes contemporains*, RDIDC, n°3-2002, p. 228. La seule exception notable concerne le droit constitutionnel anglais. Comme le remarque l'auteur, « *il serait incompatible avec la « parlliamentary sovereignty » de soumettre l'entrée en vigueur d'une loi à sa publication* […]. *Le caractère fondamental de l'exigence d'une publication officielle de toute loi avant son entrée en vigueur n'est pas perçu comme tel en droit constitutionnel anglais, et la meilleure illustration en est qu'il n'existe au Royaume-Uni aucun Journal Officiel* », p. 227.

[1067] Marie-Anne FRISON-ROCHE et William BARANÈS, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, op. cit., p. 363.

[1068] La Cour suprême du Canada souligne par exemple qu'une « *loi qui interdit ou impose un acte dans des termes tellement imprécis que des personnes d'intelligence moyenne ne peuvent que deviner son sens et différer quant à son application, viole l'élément fondamental de l'application régulière de la loi* », Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1 (1)c) du code criminel (Man.), 30 mai 1990, 1 R.C.S. 1123. La Cour canadienne ne fait ici que reprendre la formule employée par le juge SUTHERLAND dans son opinion sous CONNALLY V. GENERAL CONSTRUCTION CO., 269 U.S. 385 (1926), p. 391. Cf. Patrice GARANT, *Le contrôle juridictionnel de l'imprécision des textes législatifs et règlementaires au Canada*, Mélanges Braibant, *L'État de droit*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 275-291.

[1069] Décision n°2005-230 DC du 29 décembre 2005, LOI DE FINANCES POUR 2006. Cons. 77. Le Conseil avait déjà rappelé que l'objectif d'intelligibilité interdisait la complexité « *inutile* » de la loi, décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, Cons. 5.

[1070] En ce sens, Bertrand MATHIEU, *Les lois de finances au crible de la sécurité juridique (Á propos des décisions 2005-230 DC et 2005-231 DC du 29 décembre 2005 du Conseil constitutionnel)*, LPA, n°10-2006, pp. 4-7.

[1071] Décision n°2001-447 DC du 18 juillet 2001, ALLOCATION PARTIELLE D'AUTONOMIE, Cons. 29.

la disposition législative elle-même, elle viole la Constitution »[1072]. Conformément à la perspective libérale, il s'agit donc tout à la fois de protéger le public de l'arbitraire des pouvoirs publics et en premier lieu du législateur[1073], tout en entretenant la figure du Tribunal de l'opinion publique. En consacrant la nécessaire qualité de la loi[1074], elle-même composante du principe de sécurité juridique[1075], le Conseil constitutionnel renouerait pour une partie de la doctrine avec les préceptes de la légistique, la science de la législation[1076].

[1072] Anne-Laure VALEMBOIS, *La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005)*, LPA, n°117-2006, p. 14.

[1073] Selon le Conseil, le législateur « *doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire* [et] *adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* », Décision n°2001-455 DC du 12 janvier 2002, LOI DE MODERNISATION SOCIALE, Cons. 9. Cf. Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, *L'expérience du Conseil constitutionnel français*, LPA, n°254-2006, pp. 10-13.

[1074] Cf. Damien CHAMUSSY, *Le Conseil constitutionnel et la qualité de la législation*, RDP, n°6-2004, pp. 1739-1760 ; Laure MILANO, *Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi*, RDP, n°3-2006, pp. 637-671.

[1075] La sécurité juridique comprend deux exigences générales : la prévisibilité et la qualité de la loi. Cette dernière regroupe des exigences de clarté, d'intelligibilité, d'accessibilité, d'efficacité et d'effectivité. Comme le souligne Pierre DE MONTALIVET, l'intelligibilité de la loi « *ne correspond qu'à une partie de l'exigence de qualité de la loi, qui n'est elle-même qu'une composante de la sécurité juridique* », *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 291. Cf. Anne-Laure VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, T. 122, 2005, pp. 287-288 notamment. Reconnu de longue date comme un principe général du droit communautaire (cf. Rostane MEHDI, *Variations sur le principe de sécurité juridique*, Mélanges Raux, op. cit., pp. 177-198) le principe de sécurité juridique a une place dans l'ordre normatif interne plus incertaine. Ainsi, en introduisant expressément dans l'ordre juridique national le principe de sécurité juridique dans une décision du 24 mars 2006, SOCIÉTÉ KPMG, le Conseil d'État a donné raison à la doctrine qui militait pour la reconnaissance du principe comme norme de référence du contrôle de légalité Cf. Jean-Pierre CAMBY, *La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle*, RDP, n°5-2006, pp. 1169-1176 ; Paul CASSIA, *La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes*, D., n°18-2006, pp. 1190-1195 ; Pierre BRUNET, *La consécration du principe de sécurité juridique*, RDC, n°3-2006, pp. 850-854. Sur le plan du droit constitutionnel, la situation est plus floue, ce qui fait dire à Bertrand MATHIEU que la sécurité juridique est « *un principe constitutionnel clandestin mais efficient* », Mélanges Gélard, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 301-305. Certaines critiques se sont néanmoins fait entendre sur le plan doctrinal, notamment au regard de la grande incertitude entourant le principe de sécurité juridique. Sur le plan contentieux, Dominique CHAGNOLLAUD considère ainsi que « *faute de trouver directement un fondement constitutionnel, on en est donc réduit – par un raisonnement tout à la fois déductif et inductif – à trouver au principe d'autres implications sous formes d'exigences constitutionnelles à la portée normative fort inégale* », *Au Panthéon des concepts « fourre-tout » : le syndrome de l'artichaut*, DROITS, n°44, 2007, p. 97. D'un point de vue plus théorique, ainsi que le souligne Pierre BRUNET, « *on peut ensuite y voir un sophisme. Si de ce qui est, on ne peut inférer ce qui doit être, de ce qu'il y a du désordre, on ne peut inférer l'unique norme selon laquelle il faut de la sécurité juridique : car du même constat – le désordre – on pourrait tout autant inférer qu'il faut le maintenir. Autrement dit, ce n'est pas l'existence factuelle du désordre qui justifie la sécurité juridique mais bel et bien la volonté d'y remédier, donc un jugement de valeur selon lequel un ordre juridique – un ordre « véritablement » juridique – doit être clair, ordonné, cohérent, en un mot, prévisible ! Sauf à se bercer de l'illusion rationaliste qu'il existe des vérités ultimes susceptibles de fonder objectivement des normes, une telle volonté ne peut faire l'objet d'aucune justification*

La difficulté provient de ce qu'il existerait également une intelligibilité objective, linguistique, qui se manifesterait au travers du principe de clarté. Ainsi que le remarque Jean-Michel BLANQUER, « *dans leur pratique courante, les juridictions, par souci d'efficacité, distinguent le plus souvent entre ce qui est clair et ce qui ne l'est pas, la seconde catégorie ayant l'apanage du travail d'interprétation* »[1077]. Dans cette hypothèse, un texte lisible est un texte compréhensible, « *dénué d'archaïsmes ou de formules trop spécialisées, et* […] *concis* »[1078]. Si dans un premier temps on a pu penser que ce principe trouvait sa source dans l'article 8 de la DDHC[1079], le Conseil constitutionnel a finalement choisi de rattacher le principe de clarté à l'article 34 de la Constitution[1080]. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, clarté et intelligibilité étaient jusqu'à présent deux règles distinctes, « *dont la nature et les fondements sont différents* »[1081], puisque le principe de clarté concernerait directement la compétence du législateur là où l'intelligibilité – subjective donc – s'adresse directement aux citoyens. Mais, outre que cette distinction doit fortement être relativisée, elle s'appuyait, selon nous, sur une épistémologie incertaine. En effet, tout énoncé linguistique est en lui-même polysémique, ce qui limite mécaniquement la prévisibilité de la norme en général, de la loi en particulier. La théorie dite de « l'acte clair » présuppose pourtant que l'interprétation cesse lorsque la lettre est claire. Il existerait donc des dispositions législatives précises et non équivoques, identifiables par tous qui dispenseraient l'autorité chargée

---

rationnelle. On mesure ainsi ce que l'argument a en définitive de tautologique : la sécurité juridique est nécessaire parce qu'elle est nécessaire », *La sécurité juridique, nouvel opium des juges ?*, Mélanges Lochak, *Frontière du droit, critique des droits*, Paris, LGDJ, Maison des Sciences de l'Homme, Coll. Recherches et travaux, n°14, 2007, p. 248. Dans le même sens, Xavier LAGARDE affirme qu'il « *revient aux juristes, non de céder à l'ambition démagogique d'une hypothétique simplification du droit, mais bien plutôt d'œuvrer à rendre accessible au plus grand nombre sa nécessaire complexité* », *Pourquoi le droit est-il complexe ?*, LE DÉBAT, n°125, 2003, p. 157.

[1076] Charles-Albert MORAND, *Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation*, Droit et société, n°10, 1998, pp. 407-423.

[1077] *Les méthodes du juge constitutionnel*, Thèse, dactyl., Paris II, 1993, p. 231.

[1078] Alexandre FLÜCKIGER, *Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°21, 2006, p. 76.

[1079] Selon l'article 8 de la DDHC, le législateur se doit « *de définir des infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* ».

[1080] Le Conseil rappelle ainsi dans sa décision n°98-401 DC du 10 juin 1998 « *qu'il était loisible au législateur, sans méconnaître aucun principe, ni aucune règle constitutionnelle, de donner à cette mesure, qui, en l'état, est défini de façon suffisamment claire et précise pour satisfaire aux exigences découlant de l'article 34 de la Constitution, un effet différé* ».

[1081] Pierre DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., p. 290. Contra François LUCHAIRE pour qui « *l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi n'est pas véritablement un objectif mais une autre expression de la clarté de la loi* », *Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle*, RFDC, n°64, 2005, p. 680.

d'appliquer la loi de toute opération d'interprétation[1082]. Pourtant, à suivre Pierre AVRIL, une simple analyse de la jurisprudence nous amène nécessairement à considérer que « *l'acte prétendu « clair » n'est tel en droit positif que parce qu'un lecteur autorisé (une juridiction par exemple) le qualifie ainsi. La meilleure preuve en est fournie par le fait qu'une disposition objectivement ambiguë soit réputée claire, alors qu'une autre, qui ne paraît souffrir aucune équivoque, fasse l'objet d'une application inattendue* »[1083]. Il apparaît en effet évident que cette hypothèse d'une interprétation comme acte de connaissance est aujourd'hui largement réfutée sur le plan théorique. Les théories réalistes de l'interprétation[1084], mais également les tenants d'une conception ontologique de la loi[1085], voire ceux qui soutiennent l'idée que tout énoncé a une texture ouverte[1086], ont chacun à leur façon démontré que l'interprétation était essentielle dans le processus de production normative. Le Conseil constitutionnel lui-même semble avaliser ces théories puisqu'il estime que le principe de clarté de la loi et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi imposent au législateur « *d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée qu'à la loi ; que, pour autant, ces autorités conservent le pouvoir d'appréciation et, en cas de besoin, d'interprétation inhérent à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières* »[1087]. Ainsi que l'ont souligné

[1082] Pour une présentation, cf. Mark VAN HOECKE, *Définitions légales et interprétation de la loi*, Droit et société, n°8, 1988, pp. 101-113.

[1083] *Les conventions de la Constitution*, op. cit., p. 59.

[1084] Cf. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative*, Mélanges Lochak, op. cit., pp. 251-254.

[1085] Notamment à partir des travaux de Paul AMSELEK. Ainsi, Petr MUZNY estime-t-il que « *conçue en tant qu'« instrument de direction ou guidage des conduites humaines », la loi n'offre pas un itinéraire unique. Elle indique seulement – et c'est déjà beaucoup – la direction à suivre, à charge pour l'interprète de concrétiser sa signification en l'inscrivant dans la réalité factuelle* », *La prévisibilité normative : une notion absolument relative*, RRJ, n°1-2006, p. 33.

[1086] Ce sont les travaux de HART qui ici font figure de référence. Telle est la position d'Alexandre FLÜCKIGER qui estime que « *le droit ne se résume pas au texte de loi : le texte de norme n'est pas la norme, mais constitue un élément parmi d'autres – certes important – qui sert au juge de matériau pour produire la norme chaque fois qu'il doit concrétiser le texte dans un cas spécifique* », *Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal*, op. cit., p. 78. Dans le même sens, cf. par exemple, Pierre MOOR, *Norme et texte : logique textuelle et État de droit*, Mélanges Morand, *Aux confins du droit*, Bâle/Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2001, pp. 377-399.

[1087] Décision n°2004-509 DC du 13 janvier 2005, LOI DE PROGRAMMATION POUR LA COHÉSION SOCIALE, Cons. 25. Cette position est également soutenue par la Cour européenne puisque celle-ci considère qu'« *aussi clairement que soit rédigée une disposition juridique, il y a toujours inévitablement une part d'interprétation des tribunaux. Il demeurera toujours nécessaire d'élucider des points obscurs et d'adapter le libellé en fonction de*

les commentateurs avisés de la jurisprudence constitutionnelle, « *en admettant une telle possibilité, le Conseil constitutionnel s'écarte des conceptions classiques de l'interprétation-connaissance qu'on aurait pu croire siennes. Il reconnaît l'existence d'un pouvoir d'appréciation et d'interprétation inhérent au processus d'application des lois, même lorsque la loi est claire* »[1088]. L'avantage pour le Conseil constitutionnel se situait finalement ailleurs en ce qu'il a lui permis d'affirmer sa position de gardien de la production législative dans une reformulation de la théorie de la séparation des pouvoirs et de la lutte contre l'arbitraire du législateur[1089]. Néanmoins, écoutant, d'une part, les critiques doctrinales et souhaitant, d'autre part, clarifier sa ligne jurisprudentielle, le conseil semble avoir récemment abandonné toute référence au principe de clarté dans ses dernières décisions[1090], confirmant ainsi que l'intelligibilité d'un texte était l'unique norme de référence en matière de contrôle de la qualité de la législation, et que celle-ci ne se mesure que dans sa réception par le public, considéré comme un être abstrait et collectif. En retenant une conception subjective de l'intelligibilité, le juge constitutionnel semble ainsi confirmer la nécessité des

---

l'évolution des circonstances », E.K. c. Turquie, 7 février 2002, § 52.

[1088] Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Les clairs-obscurs de la décision du 13 janvier 2005*, AJDA, n°16-2005, p. 908. Cette ambiguïté se retrouve également dans la jurisprudence européenne. Après avoir rappelé les principes d'accessibilité et d'intelligibilité, la Cour de Strasbourg rappelle qu'il « *peut être difficile, dans le domaine considéré, de rédiger des lois d'une totale précision et une certaine souplesse peut même se révéler souhaitable pour permettre aux juridictions internes de faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires dans l'intérêt de la justice* », CEDH, 9 février 2007, LEEMPOEL & SA ED CINÉ REVUE C.. BELGIQUE, § 57.

[1089] Telle est la position des réalistes français qui mettent tout particulièrement l'accent sut le caractère stratégique de ces jurisprudences. Ainsi, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS considère-t-elle que « *se dessine ainsi une délimitation fine de nouvelles frontières dont se rend maître le juge constitutionnel entre l'obscurité dangereuse car facteur d'arbitraire et d'atteinte à la répartition des compétences, et l'indétermination acceptable, canalisant l'appréciation discrétionnaire des autorités d'application et entrant ainsi dans le jeu régulier de la séparation des pouvoirs* », *Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative*, Mélanges Troper, op. cit., p. 276.

[1090] 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. Ainsi que le souligne le secrétaire général du Conseil, le juge a consacré implicitement « *l'objectif d'intelligibilité comme la norme de référence en matière de contrôle de la qualité de la législation* », Jean-Éric SCHOETTL, note sous cette décision, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°21, 2006. Ce revirement jurisprudentiel a été confirmé ultérieurement par la décision n°2006-541 DC du 28 septembre 2006, ACCORD DE LONDRES RELATIF AU BREVET EUROPÉEN. Dans la décision n°2007-548 DC du 22 février 2007, LOI RELATIVE AUX RÈGLES D'URBANISME APPLICABLES DANS LE PÉRIMÈTRE DE L'OPÉRATION D'INTÉRÊT NATIONAL DE LA DÉFENSE ET PORTANT CRÉATION D'UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC DE GESTION DU QUARTIER D'AFFAIRES DE LA DÉFENSE, le Conseil n'a statué que sur l'intelligibilité du texte alors que les requérants invoquaient tant la clarté que l'intelligibilité, Cons. 3 et 4.

objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité dans la construction d'un Tribunal de l'opinion publique[1091].

Section 2. L'opinion publique comme ordre démocratique[1092]

L'idée même d'une censure[1093] semble en contradiction avec le statut conféré à la liberté d'expression dans nos ordres juridiques. Bien sûr, ainsi que l'avait déjà montré VOLTAIRE dans un libelle publié en 1765 *De l'horrible danger de la lecture*, la censure produit l'ignorance des peuples et apparaît comme l'instrument de prédilection des despotes ; mais l'on peut également considérer avec CHATEAUBRIAND que, même dans cette hypothèse, la censure s'avère finalement contre-productive tant un gouvernement qui opprimerait l'opinion publique ne ferait que retarder la mise en avant inéluctable de cette force sociale[1094]. Néanmoins, la libre expression collective des opinions pose problème, et plus particulièrement la manifestation physique de ces opinions. Or, si l'opinion publique est bien le résultat de l'exercice de la liberté de pensée et d'expression, la manifestation publique relève moins, dans la tradition libérale française, de l'opinion que de l'action. Comme le relève Mme DE STAËL, « *toute action immédiate et continue est du ressort de l'ordre public* »[1095], justifiant par là même une limitation préalable par le pouvoir de police. C'est pourquoi la protection juridique de la liberté de manifestation fut longtemps incertaine, mettant en évidence la dialectique ordre-liberté dans la formation de l'opinion

---

[1091] Ainsi, nous accordons à penser avec Patrick WACHSMANN que « *la théorie de l'acte clair expose sa destination utilitaire, tandis que l'idéal de clarté de la loi sert de caution idéologique à l'exercice d'un pouvoir des juges ainsi réassuré du masque de la loi* […]. *L'essentiel est, à ce stade, que la discussion publique puisse contribuer à faire connaître les enjeux et les résultats de la discussion en cours au-delà des cercles des juristes et donc des spécialistes* », *Sur la clarté de la loi*, Mélanges Amselek, op. cit., p. 826.

[1092] Dominique REYNIÉ, *L'opinion publique comme ordre public démocratique*, IN BRÉCHON Pierre (Dir.), *la gouvernance de l'opinion publique*, Paris, Éd. L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2003, pp. 35-48.

[1093] Nous retiendrons ici une définition large de la censure, entendue comme toutes les formes d'un contrôle préalable (autorisations, interdictions, saisies, restrictions, suppressions, coupures, retraits, suspensions…) des différents modes d'expression et de leur contenu, mais également comme certaines modalités d'un contrôle judiciaire *a posteriori*. Une définition plus restrictive nous conduirait à comprendre ces dernières comme « *la nécessaire sanction (répression et au moins réparation) des abus de la liberté d'expression* », Emmanuel DERIEUX, *La « censure » en droit français*, IN *La Censure*, Paris, Éd. Larcier, 2003, p. 155.

[1094] « *Or, comme l'oppression de l'opinion, comme l'établissement de la censure ne sauverait pas le ministère et exposerait la monarchie en attaquant le principe de nos institutions, il est évident que c'est le ministère qui doit céder la place à l'opinion : c'est ce qui arrivera un jour plus tôt, un jour plus tard* », CHATEAUBRIAND, *De l'isolement du ministère de toutes les opinions*, 17 octobre 1825, *Polémique*, 1827 repris IN *Œuvres complètes*, Paris, Éd. Garnier, 1861.

[1095] *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*, en ligne sur Gallica (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k566990.table).

publique. (**Sous-section 1**). La forte tension qui peut exister entre l'émancipation de l'individu, qui est un corollaire à la formation d'une opinion publique libre dans la pensée libérale, et l'autorité de l'État se manifeste dans l'opposition entre le groupe des doctrinaires et le groupe de Coppet[1096]. Alors que ce dernier conçoit la presse comme un moyen de contrôle exercé sur le pouvoir, les doctrinaires considèrent tout au contraire les moyens de communication comme un élément d'ordre[1097], cette idée se trouvant parfaitement résumée dans la célèbre formule de Roederer : « *l'ordre, l'ordre ; voilà l'objet de toute constitution, la tâche de tout gouvernement, le principe de toute prospérité publique* »[1098]. Dès lors voit-on poindre un paradoxe qui est profondément ancré dans notre culture juridico-politique : c'est l'opinion publique elle-même qui va s'avérer un critère de limitation de l'expression (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. La liberté de manifestation comme symbole de la dialectique ordre-liberté

De manière très générale, la limitation de la liberté d'expression par le législateur est subordonnée à la défense de certains intérêts protégés : il appartient donc au législateur de concilier des droits de valeur constitutionnelle, tels que la liberté d'expression, avec l'objectif de

---

[1096] Cf. sur ce point l'analyse éclairante de Maria Cruz Mina, *Les doctrinaires et l'opinion publique « inopinable »*, in Chaussin Joëlle et Sébastian Javier Fernandez (Dir.), *L'avènement de l'opinion publique (…)*, op. cit., pp. 293-316.

[1097] Ainsi par exemple Royer-Collard, à la suite de Guizot, déclare-t-il le 3 mai 1819 à l'occasion du projet de loi sur le cautionnement des journaux : « *il y a des entrepreneurs de presse. Tout journal doit donner des « garanties » à la société. Cette entreprise, est-ce une opinion ? Non c'est une profession.* […] *Établir un journal et publier une opinion* […], *ce n'est pas la même chose. L'établissement d'un journal diffère de la simple publication en ce qu'il implique nécessairement une spéculation à la fois politique et commerciale* », cité par Lucien Jaume, *Entre droit de l'État et droits de la société : le choix de Tocqueville*, in Carius Manuel, Coutel Charles et Le Marc'hadour Tanguy (Dir.), *La pensée juridique d'Alexis de Tocqueville*, Presses de l'Université d'Artois, 2005, p. 37.

[1098] Introduction du Premier tome du *Journal d'économie publique*, 10 fructidor an V, p. 3. Mme de Staël n'hésita pas en novembre 1796, dans une lettre adressée à Roederer à affirmer que le *Journal de Paris*, dont il est co-propriétaire, exerce une véritable « *dictature sur l'opinion publique* », Lettre à Pierre-Louis Roederer du 22 novembre 1796, in *Correspondance générale*, T. III (1794-1795), Paris, Pauvert, p. 272. Il s'agit là d'un reproche récurrent adressé à Roederer qui considère le journal comme « *un support d'homogénéisation de l'élite sociale autour de principes communs dont l'ordre est le principal* », Jean-Luc Chappey, Pierre-*Louis Roederer et la presse sous le Directoire et le Consulat : l'opinion publique et les enjeux d'une politique éditoriale*, ahrf, n°4-2003, p. 9.

valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public[1099]. La liberté de manifestation est sans nul doute l'une des libertés publiques où cette tension entre l'ordre public et la protection constitutionnelle d'une liberté est la plus nette. En effet, alors que la loi du 30 juin 1881 remplace pour la liberté de réunion le système de l'autorisation préalable par un simple régime de déclaration, il faut attendre le décret-loi du 23 octobre 1935 pour qu'une simple déclaration soit là aussi imposée aux organisateurs pour « tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes, et, d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique ». Loin de voir dans la manifestation une action symbolique construisant une opinion publique[1100], les textes juridiques traduisent alors majoritairement la peur d'une foule agissante (**Paragraphe 1**). En insistant sur le caractère collectif du comportement, dont la contagion serait l'un des attributs essentiels, la doctrine juridique a longtemps négligé les avancées de la science politique en la matière. Ce que l'on a appelé la sociologie de la mobilisation a en effet démontré que les nouveaux mouvements sociaux n'avaient plus tant pour cible les institutions publiques que l'opinion publique elle-même[1101]. Elles témoignent de ce que la manifestation a changé de nature et il n'est donc pas étonnant que son statut juridique se soit progressivement rapproché du régime juridique libéral de la liberté d'expression (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Foule et opinion publique

Les penseurs libéraux du début du XIXème siècle voyaient dans l'Angleterre la quintessence du gouvernement de l'opinion, notamment en ce que l'ordre juridique britannique garantissait très largement la liberté de réunion et la liberté de manifestation ; ainsi Benjamin Constant pouvait-il par exemple dresser l'éloge des meetings politiques anglais où apparaissent pourtant « *des formes populaires, orageuses et bruyantes* ». Reste que « *le lendemain d'une élection, il ne restait plus la moindre trace de l'agitation de la veille. Le peuple avait repris ses travaux ; mais il s'était convaincu de*

[1099] Décision 141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle, Cons. 5. Ainsi, par exemple, « *en instituant un délit* [d'outrage au drapeau et à l'hymne national], *le législateur a effectué la conciliation qu'il lui appartenait d'assurer entre les exigences constitutionnellement protégées* », et notamment la sauvegarde de l'ordre public, Décision n°2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, Cons. 103.

[1100] Patrick Champagne, *La manifestation comme action symbolique*, in Favre Pierre (Dir.), *La manifestation*, Paris, Presses de la fnsp, 1990, pp. 329-356.

[1101] Pour une présentation de ces différentes théories, cf. Olivier Filleule et Cécile Péchu, *Lutter ensemble. Les théories de l'action collective*, Paris, L'Harmattan, 1993. Il n'est pas dans notre propos de présenter ici une typologie de ce que certains auteurs ont appelé de façon large « la manifestation de rue », cette typologie étant sans influence sur le régime juridique de la liberté de manifestation. Cf. Jacques Robert, *La manifestation de rue*, rdp, n°4-2006, pp. 829-846.

son importance politique et l'esprit public avait reçu l'ébranlement nécessaire pour le ranimer »[1102]. Toutefois, cette position libérale a fortement été ébranlée, d'une part par son versant doctrinaire, d'autre part par les développements de la psychosociologie. Malgré les dénégations de STOETZEL qui ne voyait là que des méthodes spéculatives[1103], les mécanismes juridiques restent relativement marqués par la conception psycho-sociologique de l'opinion publique[1104]. Ainsi, au début du XXème siècle, le mot d'ordre demeure encore relativement simple : « *la foule est impulsive, mobile, irritable. Elle est conduite presque exclusivement par l'inconscient* »[1105]. Dès lors, l'enjeu est de parvenir à permettre au peuple, en tant qu'entité abstraite, de participer effectivement à l'exercice du pouvoir, afin d'éviter qu'il ne se réunisse en masse sur la place publique. C'est pourquoi TARDE pouvait affirmer que « *la forme du nombre dans la politique moderne n'est pas la foule mais le public ; son lieu n'est pas la rue mais l'espace privé ; son expression n'est pas la manifestation mais l'opinion publique* »[1106].

Cette peur de la foule agissante est prégnante dans le discours des juristes du début du siècle. Ainsi Maurice MENANTEAU considère-t-il dans sa thèse de doctorat que « *les êtres isolés sentent se former au-dessus d'eux, sinon une volonté distincte de la leur, du moins une force d'ensemble* »[1107], alors que Jean FOURNIER-PONCELET rappelait que TARDE avait pu « *établir que, placés au milieu d'une foule, certains individus de caractère faible ou facilement suggestionnable, ont pu commettre sous l'influence de l'excitation ambiante, des délits auxquels ils seraient restés étrangers, dans l'état d'isolement* »[1108]. D'évidence, la situation historique antérieure au décret-loi du 23 octobre 1935 fait davantage

---

[1102] *Principes de politique, T. II*, op. cit., p. 346.

[1103] « *Les auteurs de la psychologie des foules s'appuient sur une psychologie désuète… ils n'ont pas eu d'accès direct aux faits qu'ils se proposaient de décrire et d'expliquer… L'ensemble de leurs doctrines est largement dépassé. L'observation directe des comportements est rendue possible par des enquêtes représentatives sur le terrain* », *La psychologie sociale*, Paris, Flammarion, 1963, p. 229.

[1104] Pour une illustration, cf. Marie-Hélène FRAYSSINET, *Les lois de l'imitation chez Tarde, ou un processus normatif atypique*, RRJ, n°4-2003, pp. 2311-2333.

[1105] Sigmund FREUND, *Psychologie des foules et analyse du moi*, 1921, en ligne, http://classiques.uqac.ca/classiques/freud_sigmund/essais_de_psychanalyse/Essai_2_psy_collective/psycho_collective.html , p. 13. Le psychanalyste viennois s'inspire essentiellement des travaux de Gustave LE BON.

[1106] Dominique REYNIÉ, *Théories du nombre*, HERMÈS, n°2, 1988, p. 101.

[1107] Maurice MENANTEAU, *Les nouveaux aspects de la liberté de réunion. Essai sur les caractères juridiques et politiques de la liberté de réunion en France*, Paris, Librairie technique et économique, 1937, p. 17.

[1108] *La liberté de réunion au XXème siècle. Étude de droit public comparé*, Marseille, imprimerie de Barlatier, 1910, p. 31, cité par Paula COSSART, *Lorsque la réunion des citoyens fait peur (…)*, op. cit., p. 526.

ressortir l'idée d'une « *tolérance administrative* » [1109], les rares textes s'intéressant aux manifestations étant extrêmement restrictifs[1110]. Le texte de 1935 ne s'intéresse d'ailleurs qu'aux seuls organisateurs de la manifestation, en leur imposant une déclaration préalable à l'autorité compétente[1111], tout en ne négligeant pas l'opinion publique locale puisque les manifestations conformes aux « usages locaux » en sont dispensées[1112]. Si le Conseil d'État a pu considérer en 1993 que « *les manifestations sur la voie publique peuvent être organisées librement à condition d'avoir été préalablement déclarée à l'autorité investie des pouvoirs de police* »[1113], dans les faits, le maire peut interdire préventivement toute manifestation en cas de menace pour l'ordre public exceptionnellement grave, à condition toutefois qu'il ne dispose pas des forces de police nécessaires pour permettre à la réunion de se tenir. La brèche ouverte par l'arrêt BENJAMIN qu'avait en son temps décelée Achille MESTRE[1114], et qui fut renforcée par la circulaire Paganon du 27 octobre 1935[1115], donna lieu ainsi à une interprétation de l'administration fort contestable selon laquelle la déclaration préalable équivalait bien souvent à un régime d'autorisation

---

[1109] En ce sens, cf. Marcel-René TERCINET, *La liberté de manifestation en France*, RDP, n°4-1979, pp. 1009-1038 et Hubert HUBRECHT, *Le droit français de la manifestation*, IN FAVRE Pierre (Dir.), *La manifestation*, op. cit., pp. 181-206. Les deux auteurs s'appuient sur les propos de CLÉMENCEAU à la Chambre des députés en 1907 lorsqu'il déclara que les manifestations, à défaut d'être l'objet d'un droit, pouvaient donner lieu à une tolérance à condition « *qu'il y ait de la discipline et une organisation sérieuse de la manifestation* », JO, Débats parlementaires, Chambre des députés, 21 janvier 1907, p. 140.

[1110] Tout au plus peut-on mentionner la loi du 26 juillet 1791 qui définit « l'attroupement séditieux, et puni comme tel, tout rassemblement de plus de quinze personnes s'opposant à l'exécution d'une loi, d'une contrainte ou d'un jugement » ou encore la loi du 10 avril 1838 qui précisa que « toutes personnes qui formeront des attroupements sur la place ou la voie publique seront tenues de se disperser à la première sommation des préfets, sous-préfets, maires, adjoints, magistrats et officiers civils chargés de police judiciaire ».

[1111] Par application de la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences, cette déclaration doit être adressées au maire, au préfet ou au préfet de police dans les localités où a été instituée une police d'État, CE, 28 avril 1989, COMMUNE DE MONTGERON.

[1112] CE, 21 janvier 1966, LEGASTELOIS.

[1113] CE, 23 juillet 1993, SALDOU.

[1114] « *Le législateur de 1881 et de 1907 n'a-t-il pas entendu placer la liberté de réunion au-dessus de toutes les entreprises de l'autorité ?* [Avec cet arrêt] *risque de s'insinuer dans notre droit une sorte de* Notrecht *auquel il n'était pas peut-être indispensable de se référer dans la présente affaire, en présence d'une violation caractérisée de la loi de 1881.Tout en sanctionnant la violation d'une liberté, l'arrêt Benjamin peut donc être versé au dossier de la crise du libéralisme* », note sous CE, 19 mai 1933, Benjamin, D., n°3-1934, p. 1. Maurice MENANTEAU pour sa part y voyait une « *fissure suffisante pour faire s'écrouler les digues les plus orgueilleuses* », *Les nouveaux aspects de la liberté de réunion (…)*, op. cit., p. 176. Récemment Jean-Pierre THÉRON a pu estimer que le juge administratif avait pu « *créé de toutes pièces une limitation d'une liberté reconnue par la loi* […]. *L'importance du contrôle exercé à cette occasion ne change rien au constat. Le juge est l'auteur de la limitation en ce qu'il valide juridiquement la possibilité d'interdiction qui n'était absolument pas prévue par la loi* », *Á propos des limitations jurisprudentielles à l'exercice des libertés*, Mélanges Lachaume, op. cit., pp. 1013-1014.

préalable, amenant la doctrine d'alors à fustiger ces « *pratiques administratives qui* […] *tendent à* […] *faire oublier les principes démocratiques et l'atmosphère libérale voulue par le législateur de 1881* »[1116]. Ainsi que le souligne Dominique Reynié, la multitude est donc pensée comme tyrannie : « *le corps des gouvernés ne saurait s'installer au centre, ni la place publique redevenir l'espace public, ni l'action reprendre le pas sur l'opinion. C'est pourquoi les rassemblements resteront soumis à un strict contrôle* »[1117].

Aujourd'hui encore la distinction qu'opère le droit positif entre la l'attroupement et la manifestation semble reprendre la distinction de Tarde. Ainsi, Pierre Brisse notait-il dans sa thèse sur *Les attroupements et l'ordre public* que « *chez une foule, tout sentiment, tout acte est contagieux, et contagieux à ce point que l'individu sacrifie très facilement son intérêt personnel à l'intérêt collectif* »[1118]. Reste qu'au regard du droit interne, le distinguo semble particulièrement délicat. Ainsi, l'article 431-3 du Code Pénal confère à l'attroupement une connotation inquiétante en le définissant comme « tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public », sans pour autant le définir. C'est donc le juge administratif qui va tenter de cerner au mieux la notion, notamment dans le cadre du contentieux de la responsabilité de l'État du fait des attroupements et des rassemblements. En effet, selon les termes de l'article L. 2216-3 du CGCT, « l'État est civilement responsable des dégâts et dommages résultant de crimes et délits commis, à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit contre des personnes, soit contre les biens ». Issu de l'article 92 de la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, le texte confirme le principe de responsabilité sans faute de l'État mais ne définit pas lui non plus cette notion d'attroupement.

[1115] La circulaire définit des instructions nouvelles qui « permettront aux maires et aux préfets d'interdire toute manifestation, quelle qu'elle soit, susceptible de provoquer une effervescence de nature à compromettre l'ordre public ». Et elle ajoute : « des arrêts d'interdiction visant ces réunions pourront être pris quand, par la période choisie, le lieu où elles doivent se tenir, la façon dont elles doivent se dérouler, celles-ci seront de nature à faire prévaloir des incidents et à faire redouter des troubles tels que les services de police seraient dans l'obligation d'intervenir sur la voie publique ».

[1116] Maurice Menanteau, *Les nouveaux aspects de la liberté de réunion (…)*, op. cit., p. 217. Et l'auteur d'ajouter de manière sarcastique : « *les susceptibilités de l'ordre public sont capricieuses. Les menaces de troubles peuvent varier* » selon le bon vouloir de l'autorité administrative, op. cit., p. 220.

[1117] *Le triomphe de l'opinion publique (…)*, op. cit., p. 333.

[1118] Pierre Brisse, *Les attroupements et l'ordre public*, Paris, F. Levithon, 1937, pp. 32-33, cité par Paula Cossart, *Lorsque la réunion des citoyens fait peur. (…)*, p. 527.

L'enjeu n'est pas ici de décrire méthodiquement ce régime de responsabilité[1119] mais de nous interroger sur la manière dont le juge va dégager les critères lui permettant de distinguer les notions d'attroupements et de manifestations. Or, parmi ceux-ci, ce sont bien les critères de l'intentionnalité et de la préméditation qui semblent majeurs pour le Conseil d'État. Ainsi que le souligne le Commissaire du Gouvernement Terry OLSON, pour qu'il y ait attroupement, « *le groupe doit avoir agi* » collectivement, publiquement et « *les violences doivent éclater* […] *dans des conditions peu organisées et relativement spontanées* »[1120], excluant par là même des actions de groupes organisés, telles des actions terroristes[1121] ou de commando[1122]. S'il n'existe pas de critère numérique de l'attroupement, il importe néanmoins que l'origine du dommage trouve sa source dans l'action collective de différents individus et non dans l'action de plusieurs groupes isolés[1123]. Le groupe doit donc *mutatis mutandis* être animé par une forme de volonté collective, la doctrine administrativiste évoquant dans une formule qui semble empruntée à LE BON « *des personnes animées d'un même esprit, groupées ou en nombre tel qu'il est de nature à faire disparaître la personnalité de chacun des individus faisant partie du groupe derrière la personnalité de celui-ci* »[1124]. En outre, cette action s'inscrit nécessairement dans l'espace public, excluant *de facto* les opérations clandestines de toutes sortes[1125]. Se pose alors la question de l'objet de ce rassemblement. Ainsi que l'ont souligné certains auteurs, la notion de préméditation peut sembler parfois pour le juge une affaire de degré, le conduisant alors à « *utiliser un critère finaliste dans la qualification de l'attroupement* »[1126]. Cette thèse selon laquelle l'attroupement avait nécessairement un but revendicatif ou de protestation contre l'ordre établi avait parfois été avancée tant par la doctrine[1127] que par certaines juridictions qui voyaient là la contrepartie « *du droit de manifester*

[1119] Cf. par exemple Ludovic GARRIDO, *Actualité de la responsabilité de l'État du fait des attroupements et des rassemblements*, JCPA, n°1/2-2006, pp. 35-43.

[1120] Concl. sous CE, 13 décembre 2002, CIE D'ASSURANCES LES LLOYD'S DE LONDRES, AJDA, n°8-2003, p. 398.

[1121] CE, 3 mars 2003, GIE LA RÉUNION AÉRIENNE.

[1122] CE, 12 novembre 1997, AGF.

[1123] CE, 3 mars 2003, CIE GENERALI FRANCE ASSURANCES.

[1124] François VINCENT, *Régimes législatifs spéciaux de responsabilité*, Juris Classeur Adm. Fasc. 960, n°15.

[1125] TC, 4 novembre 1985, EDF C. ÉTAT.

[1126] Clotilde DEFFIGIER, *La préméditation des actes peut exclure la qualification d'attroupement ou de rassemblement*, note sous CE, 26 mars 2004, Société BV Exportslachterij Appeldoorn Esa, AJDA, n°42-2004, p. 2352.

[1127] Pierre Serrand estime ainsi que le groupe doit « avoir agi de concert pour exprimer publiquement et collectivement des revendications », Les notions juridiques d'attentat, d'attroupement et de rassemblement, en droit administratif de la responsabilité, Paris, lgdj, Coll. Travaux et Recherches Panthéon-Assas, 1998, p. 42.

publiquement pour revendiquer un droit ou exprimer une contestation »[1128]. Or, cette solution, qui tendait à nier la distinction introduite par la psychosociologie du début du siècle, n'a pas prospéré[1129]. Tout au contraire, comme le résume Terry OLSON, « *le régime de responsabilité du fait des rassemblements n'a pas pour objet d'assurer la réparation des crimes et délits prémédités et réalisés par des bandes constituées à cet effet, mais de couvrir le risque social lié à la dérive violente d'un rassemblement* ». Il est donc réservé à l'hypothèse où « *un groupe de personnes réuni dans un lieu public ou privé, est pris soudainement par une passion collective et bascule dans la violence* »[1130], ce qui permet *in fine* d'écarter du régime de responsabilité des actions militantes qui auraient, selon leurs auteurs, pour but d'alerter l'opinion publique à l'instar de la destruction de champs d' OGM par exemple.

Paragraphe 2 : La manifestation comme prolongement de la liberté d'expression

Parallèlement au développement de cette analyse psycho-sociologique de la manifestation, deux courants diamétralement opposés vont néanmoins défendre une protection juridique de la manifestation, en ce que celle-ci serait un corollaire nécessaire à l'apparition d'une opinion publique authentique. C'est tout d'abord la critique schmittienne des démocraties parlementaires et libérales qui va assimiler le peuple manifestant à l'opinion publique. En effet, s'appuyant sur une critique du scrutin secret caractéristique des démocraties libérales, le juriste allemand considère qu'une véritable opinion publique n'existe qu'à la condition que le peuple soit physiquement rassemblé sur le forum puisque « *seul le peuple présent, effectivement rassemblé, crée l'espace public* […], *le peuple produit l'espace public par sa présence* »[1131]. L'opinion publique s'identifie ainsi avec la forme dans laquelle le peuple se manifeste comme unité immédiate, en dehors de toute organisation institutionnelle telle que le Parlement. L'opinion s'exprime alors « *dans les manifestations de rue, dans les fêtes publiques, dans les théâtres, les stades et les champs de course* »[1132]. Néanmoins, ainsi que l'a souligné Bernard MANIN, une telle conception semble

---

[1128] Telle était par exemple la thèse du Commissaire du gouvernement Gildas DACRE-WRIGHT, Concl. sous CAA Paris, 17 décembre 1991, SOCIÉTÉ DROUOT ASSURANCES C. MINISTRE DE L'INTÉRIEUR, LPA, 29 janvier 1992, p. 10.

[1129] Pour un commentaire en ce sens, cf. Nathalie ALBERT, *La responsabilité de l'État du fait des émeutes en question*, AJDA, n°14-2006, pp. 739-745.

[1130] Concl. sous CE Sect., 29 décembre 2000, AGF.

[1131] *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 382.

confondre la distinction capitale entre le public et la foule[1133] qu'avait introduite Gabriel TARDE dans ses différents écrits, pour ne concevoir finalement qu'un peuple homogène où le leader joue un rôle primordial[1134].

Le second courant est lui profondément libéral et repose sur une extension importante de la protection juridique accordée à la liberté d'expression. Le point de départ est assez simple : si le droit à la liberté d'expression englobe naturellement autant l'écrit que l'oral, on peut également considérer que ce droit n'est pas une simple prérogative individuelle mais qu'il tend à s'affirmer aussi d'une manière collective. Cette position est très clairement celle retenue par la Cour suprême américaine. Celle-ci n'hésite pas dans un premier temps à rappeler que « *cette protection* [celle du 1er Amendement] *ne se limite pas à ce qui est dit ou écrit* »[1135] et que si l'auteur a « *une intention de faire passer un message particulier* [alors] *il y a de fortes chances pour que le message soit compris par ceux qui le voyaient* »[1136]. Dès lors considère-t-elle qu'une conduite peut être protégée par le 1er Amendement si elle possède des composantes expressives ou communicatives[1137]. Sa réglementation sera alors soumise à l'existence d'un intérêt public qui ne soit pas relatif à la

---

[1132] Ibid., p. 382. La position de SCHMITT trouva un prolongement étonnant dans la sociologie critique de Pierre BOURDIEU puisque le sociologue français considère que « *dans cette logique, qui est celle du vote mais aussi du marché, l'opinion « collective » est le produit non d'une véritable action collective, d'un travail d'élaboration en commun mais d'une pure agrégation statistique d'opinions individuellement produites et exprimées* », *Le mystère du ministère. Des volontés particulières à la « volonté générale »*, ARSS, n°140, 2001, p. 8.

[1133] Bernard MANIN, *Le concept d'opinion publique*, op. cit., pp. 293-294. Telle était aussi la position d'Eugène DUPRÉEL. Pour ce penseur belge du début du XXème siècle, TARDE a bien mis en évidence que « *l'opinion et la foule sont devenues grâce à la technique, deux choses moins étroitement liées que par le passé. L'opinion publique, cette espèce de société naissante, formée d'un commun assentiment sur une croyance, une estimation ou un désir, et qui se superpose aux groupes sociaux bien établis, a de moins en moins besoin, pour se produire ou se renouveler, que des rassemblements dans l'espace viennent abolir, pour un temps, l'ordre de vie régulier des individus.* […] *L'opinion publique se forme et se reforme sans être conditionnée nécessairement par le rapprochement des corps, c'est la différence la plus formelle, par rapport à la foule* », *Y a–t-il une foule diffuse ? L'opinion publique*, HERMÈS, n°2, 1988, pp. 219 et 222.

[1134] Si leurs positions divergent sur l'opinion publique, la philosophie schmittienne est sur ce point étonnamment proche de la position de Gustave LE BON. Cf. en ce sens Laurent GERBIER, *L'âme des peuples et le corps des foules : le populisme paradoxal de Gustave Le Bon*, IN CHÊNE Jeannine, IHL Olivier, VIAL Éric et WATERLOT Ghislain (Dir.), *La tentation populiste au cœur de l'Europe*, Paris, Éd. La Découverte, Coll. recherches, 2003, pp. 267-282.

[1135] Cour suprême des États-Unis, TEXAS V. JOHNSON, 491 US 391, 1989.

[1136] Cour suprême des États-Unis, SPENCE V. WASHINGTON, 418 US 405, 1974, p. 410.

[1137] La Cour suprême emploie différentes expressions telles que « *expressive conduct* », « *nonspeech element* » ou encore « *communicative impact* ». Cf. Laurence GROSCLAUDE, *La liberté d'expression dans la jurisprudence constitutionnelle des États-Unis*, Thèse, dactyl., Paris II, 2003.

liberté d'expression[1138]. C'est donc à partir d'une interprétation large de la liberté d'expression que la Cour suprême va explicitement rattacher, en l'absence de disposition expresse en la matière, la liberté de manifester à la protection constitutionnelle du 1er Amendement[1139]. Si ce rattachement de la liberté de manifestation ne semble pas unanimement admis, que cela soit en droit constitutionnel allemand[1140], italien[1141] ou anglais[1142], la position de la Cour de Strasbourg semble plus nuancée. Si le juge européen semble admettre assez rarement la protection d'une manifestation sur le fondement de l'article 10 de la Convention[1143], il n'hésite pas en revanche à utiliser l'article 11 de ce même texte, rattachant implicitement la manifestation à la réunion. Ainsi, dans l'affaire PLATTFORM « ÄRZTE FÜR DAS LEBEN »[1144], la Cour européenne affirme que l'article 11 a bien un effet horizontal qui contraint l'État à protéger les manifestants de contre-manifestants éventuels par la prise de « *mesures raisonnables et appropriées* »[1145], même si la Cour

[1138] Par exemple, une manifestation d'une association protestant contre le sort des sans-logis peut être limitée par une interdiction de camper la nuit dans un parc national, puisque l'intérêt en cause est ici la protection de la propriété du parc et son affectation au public, CLARK V. COMMUNITY FOR CREATIVE NON-VIOLENCE, 468 US 288, 1984, p. 297.

[1139] Cour suprême des États-Unis, COX V. NEW-HAMPSHIRE, 312 US 569, 1941.

[1140] L'article 8 de la Loi Fondamentale prévoit que : « Tous les allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes, sans déclaration, ni autorisation préalable. En ce qui concerne les réunions en plein air, ce droit peut être restreint par un loi ou en vertu d'une loi ».

[1141] L'article 17 de la Constitution italienne dispose que « les citoyens ont le droit de se réunir pacifiquement et sans armes. Pour les réunions, même en un lieu ouvert au public, il n'est pas exigé de préavis. Pour les réunions en un lieu public, il doit être donné préavis aux autorités qui ne peuvent les interdire que pour des motifs établis de sécurité ou de salubrité publique ».

[1142] En Grande-Bretagne, on considère qu'il ne s'agit que d'une simple modalité de la liberté d'aller et venir ainsi qu'en attestent ces propos de DICEY : « *Du moment qu'une personne peut se rendre où elle veut, pourvu qu'en se faisant, elle ne commette aucun délit, le même droit appartient évidemment à deux mille ou à dix mille personnes jouissant de ces mêmes droits. Elles peuvent se retrouver dans un endroit où chacune d'elles a individuellement le droit d'aller* », *Introduction to the law of the Constitution*, 1902, cité par Alain BOYER, *La liberté de manifestation en droit constitutionnel français*, RFDC, n°44, 2000, p. 684.

[1143] Cf. CEDH, HASHMANN ET HARRUP C. ROYAUME-UNI, 25 novembre 1999, § 28. La Cour considère que l'organisation de simulacres de chasse avait pour objet la dénonciation de la chasse à courre et que l'ingérence des autorités publiques s'analyse comme une violation de l'article 10 de la Convention.

[1144] CEDH, 21 juin 1988, PLATTFORM « ÄRZTE FÜR DAS LEBEN ».

[1145] § 34. En l'espèce, le gouvernement autrichien avait interdit la contre-manifestation et mis en place un cordon de sécurité autour des premiers manifestants. Cette position est exactement celle retenue par La CJCE dans une décision du 12 juin 2003 EUGEN SCHMIDBERGER, INTERNATIONALE TRANSPORTE UND PLANZÜGE ET REPUBLIK ÖSTERREICH où le juge de Luxembourg a rappelé que « *le respect des droits fondamentaux* [en l'espèce la liberté de manifestation] *constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le Traité* [en l'espèce la libre circulation des marchandises] », pt 74. Cf. Théodore GEORGOPOULOS, *Libertés fondamentales communautaires et droits fondamentaux européens : le conflit n'aura pas lieu*, LPA, n°6-2004, pp. 8-14.

se refuse néanmoins à voir là une obligation de résultats qui pèserait sur l'État en vertu du sacro-saint principe de subsidiarité. En d'autres termes, « *dans une démocratie, le droit de contre-manifester ne saurait aller jusqu'à paralyser l'exercice du droit de manifester* » (§ 32)[1146]. Néanmoins, elle n'hésite pas à reprendre la formule de la jurisprudence HANDYSIDE pour rappeler que le gouvernement doit s'abstenir de toute ingérence dans le droit à la liberté de réunion pacifique, qui s'étend aussi aux manifestations susceptibles de heurter ou mécontenter des éléments hostiles aux idées ou revendications qu'elles veulent promouvoir[1147]. D'ailleurs, dans une décision récente, la Cour est venue repréciser les liens étroits qui existent entre réunion, manifestation et expression. Ainsi, dans l'affaire ÖLLINGER C. AUTRICHE, elle rappelle que « *malgré son rôle autonome et la spécificité de sa sphère d'application, l'article 11 doit s'envisager aussi à la lumière de l'article 10. La protection des opinions et de la liberté de les exprimer constitue l'un des objectifs de la liberté de réunion et d'association consacrée par l'article 11* »[1148]. En l'espèce, l'interdiction d'une contre-manifestation organisée par un député vert le jour de la Toussaint dans un cimetière et dont le but était d'éclairer « *l'opinion publique* »[1149] constitue une violation de l'article 11 car « *l'interdiction inconditionnelle d'une contre-manifestation est une mesure extrême qui appelle une justification particulière, d'autant que le requérant en l'espèce, qui est député, souhaitait essentiellement protester contre le rassemblement de Camaraderie IV et ainsi exprimer une opinion sur*

[1146] Cette décisions semble dans une certaine mesure trouver un prolongement en droit interne puisque le Conseil d'État a annulé un jugement qui se fondait en partie sur l'annonce d'une contre-manifestation pour retirer l'autorisation de disposer d'une salle municipale, CE, 29 décembre 1997, MAUGENDRE.

[1147] CEDH, 2 janvier 2002, Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden, § 86. Pour une illustration récente qui concerne l'interdiction par la mairie de Varsovie d'une manifestation de militants homosexuels dont l'objet était d'informer « l'opinion publique » des discriminations envers cette minorité, CEDH, 3 mai 2007, Baczkowski et autres c. Pologne. La motivation de la Cour est pourtant extrêmement contestable en ce qu'elle s'appuie sur une théorie des apparences dont on ne comprend pas bien ce qu'elle vient faire ici. En effet, en retenant des propos du maire estimant que « faire de la propagande au sujet de l'homosexualité ne revenait pas à exercer le droit à la liberté de réunion », elle considère « qu'il est raisonnable de penser que l'opinion du maire a eu une influence sur le processus décisionnel et a en conséquence porté atteinte au droit des requérants à la liberté de réunion d'une manière discriminatoire », § 109. Cf. Frédéric Sudre, jcp, n°36-2007, p. 32.

[1148] CEDH, 29 juin 2006, ÖLLINGER C. AUTRICHE, § 38.

[1149] « *La réunion prévue par l'intéressé se voulait clairement une contre-manifestation destinée à protester contre le rassemblement de Camaraderie IV, association dont il est établi qu'elle est composée pour l'essentiel d'anciens S.S. Le requérant souligne que le principal but de la réunion était de rappeler à l'opinion publique les crimes commis par les S.S. et de rendre hommage aux Juifs de Salzbourg assassinés par ces derniers. Le fait que la réunion coïncidait, quant à l'heure et au lieu, avec l'autre rassemblement constituait une partie essentielle du message que l'intéressé voulait faire passer* », § 43.

une question d'intérêt public »[1150]. Finalement se voit confirmée ici la position du Comité des droits de l'homme qui avait depuis longtemps considéré que ne pouvait être qualifiés de manifestation que les seuls rassemblements réunis dans un but commun[1151].

En droit interne, si l'on excepte quelques tentatives de constitutionnalisation[1152], il faut attendre 1995 pour que le Conseil constitutionnel consacre un droit d'expression collective des idées et des opinions[1153], se rattachant ainsi à cette filiation libérale pourtant longtemps déniée en France en ce qui concerne la liberté de manifestation ; ainsi qu'il l'a été souligné par la suite, « *la liberté d'opinion doit être comprise au sens le plus large du terme car les hommes vivant en société ne se bornent pas à leur for intérieur pour exercer leur liberté de conscience ; ils manifestent individuellement ou collectivement leurs idées et leurs opinions soit comme expression naturelle de leurs conceptions personnelles, soit en vue de convaincre les autres de la validité de leur croyance.* […] *La manifestation collective de la liberté d'opinion recouvre, quant à elle, des domaines aussi divers que la liberté d'association, de réunion ou de manifestation* »[1154]. Cette jurisprudence ne surprend pas puisqu'il avait été déjà jugé que la liberté de manifestation est si primordiale qu'elle s'étend également aux fonctionnaires astreints pourtant à un devoir de réserve[1155]. Reste que son fondement

---

[1150] § 44. La Cour se réfère ici explicitement à la jurisprudence JÉRUSALEM C. AUTRICHE précitée. On peut également mentionner cette décision du 6 juin 2007 CILOGLU ET AUTRES C. TURQUIE où la Cour estime que « *l'essence de la liberté de manifestation est la possibilité pour tout citoyen d'exprimer son opinion et son opposition, voire de contester toute décision venant de tout pouvoir quel qu'il soit. Cependant, elle n'est nullement liée à l'obtention d'un résultat donné. Dans la présente affaire, elle observe que la manifestation se tenait depuis mai 1995 tous les samedis, sans ingérence de la part des autorités. Elle estime que les requérants avaient ainsi atteint leur objectif, celui d'attirer l'attention de l'opinion publique sur un problème d'actualité* », § 51.

[1151] Décision du 30 novembre 1992, WG C. AUTRICHE.

[1152] On peut mentionner ici l'article 7 de la déclaration de 1793, l'article 8 de la Constitution de 1848 qui mentionne le droit de s'associer, de s'assembler paisiblement et sans armes, de pétitionner, de manifester leurs pensées par la voie de presse ou autrement » et enfin l'article 16 du premier projet de Constitution du 19 avril 1946 garantissait à tous « le droit de défiler librement sur la voie publique ».

[1153] « *Considérant que les mesures ainsi édictées par la loi touchent aux conditions dans lesquelles s'exercent la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir et le droit d'expression collective des idées et des opinions* », décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, LOI D'ORIENTATION ET DE PROGRAMMATION RELATIVE À LA SÉCURITÉ, Cons. 16.

[1154] *Jurisprudence du Conseil constitutionnel et libertés de la pensée*, Rapport à la Xème Conférence des Cours constitutionnelles européennes, RFDA, n°4-1996, p. 639.

[1155] Par exemple, le magistrat bénéficie lui aussi de la liberté de manifester alors que l'article 10 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 lui interdit « toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions ». Ainsi, selon le CSM, « *ne constitue pas un manquement à l'obligation de réserve le fait pour un magistrat d'avoir pris part à une manifestation sur la voie publique, dès lors qu'il n'est pas établi qu'il ait contribué au blocage de la voie publique réalisé à cette occasion* », décision du CSM du 15 mai 1987. La Cour de Strasbourg se situe pour sa part dans la continuité de cette décision puisque, concernant les avocats, elle a affirmé que « *la liberté de participer à une réunion pacifique – en l'occurrence une manifestation non prohibée – revêt une telle importance qu'elle ne peut subir une quelconque limitation, même pour*

constitutionnel est incertain et que la compatibilité entre le régime actuel de la liberté de manifestation et le statut de liberté constitutionnelle est douteux, tant la déclaration préalable s'assimile de fait à une autorisation préalable[1156], le juge administratif réaffirmant, y compris dans le cadre du contentieux du référé-liberté, que « *le respect de la liberté de manifestation ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police interdise une activité si une telle mesure est seule de nature à prévenir un trouble à l'ordre public* »[1157]. Néanmoins, on peut relever que le Conseil d'État, à la suite du juge constitutionnel, a lui aussi affirmé son attachement au « *droit d'expression collective des idées* », que celui-ci trouve sa place dans une enceinte privée ou publique[1158].

Dès lors, il convient de saisir le profond bouleversement qui s'est opéré sur le plan juridique et politique en matière de liberté de manifestation. Alors que la vision conservatrice d'une démocratie limitée était largement dominante au début du siècle, notamment sous l'influence des théories psycho-sociologiques, il est notable que c'est de façon « non institutionnelle » que la manifestation a progressivement acquis une légitimité, qui certes s'opposa dans un premier

---

un avocat, dans la mesure où l'intéressé ne commet par lui-même à cette occasion aucun acte répréhensible », CEDH, EZELIN C. FRANCE, 26 avril 1991, § 53.

[1156] Cf. en ce sens les observations d'Alain BOYER, *La liberté de manifestation en droit constitutionnel français*, op. cit.

[1157] CE, Ord. réf., 5 janvier 2007, MINISTRE D'ÉTAT, MINISTRE DE L'INTÉRIEUR ET DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE C. ASSOCIATION SOLIDARITÉ DES FRANÇAIS. Cf. la note de Bertrand PAUVERT, *Á propos de l'interdiction de distribution d'une soupe populaire contenant du porc*, AJDA, n°11-2007, pp. 601-606.

[1158] CE, 12 novembre 1997, MINISTRE DE L'INTÉRIEUR C. ASSOCIATION COMMUNAUTÉ TIBÉTAINE EN FRANCE ET SES AMIS. Néanmoins, espace public et ordre public continuent d'être intimement liés dans certains contentieux, tel celui concernant les hommages publics. Comme le souligne le commissaire du gouvernement DIEU, « *il existe en quelque sorte deux terrains sur lesquels la légalité d'une décision d'hommage public doit être examinée. Le premier terrain* […] *: c'est celui de l'ordre public. Le juge doit alors vérifier que la décision consistant à rendre un hommage public à telle ou telle personne n'est pas de nature à porter atteinte à la tranquillité et à la moralité publiques et à provoquer des troubles à l'ordre public. Le deuxième terrain* [est] *celui de l'appréciation portée par l'auteur de la décision sur le bénéficiaire de l'hommage public.* […] *La frontière entre ces deux terrains est cependant ténue puisqu'ils peuvent à l'occasion se rejoindre. Il nous semble que commettrait une erreur manifeste d'appréciation le conseil municipal qui déciderait d'un hommage public à une personnalité tellement controversée qu'un tel hommage risquerait de provoquer des troubles à l'ordre public* », *Nice ne peut pas rendre un hommage public à Jacques Médecin*, Concl. sous TA Nice, 24 mars 2006, PRÉFET DES ALPES-MARITIMES, AJDA, n°19-2006, p. 1039. En d'autres termes, c'est la crainte des réactions de l'opinion publique qui ici joue un rôle déterminant.

temps à la légalité organisée du mandat représentatif[1159], mais qui très vite démontra que l'opinion et le suffrage étaient « *des formes complémentaires et non concurrentes* »[1160].

Sous-section 2. L'affirmation d'un paradoxe : l'opinion publique comme critère limitatif de la liberté d'expression

En tant que telle, c'est-à-dire dans son effet purement intellectuel, l'expression de l'opinion est libre ; cependant, si un intérêt juridique d'un tiers est lésé par l'expression d'une opinion, du fait que cette lésion soit commise par un tel moyen, il ne s'ensuit pas pour autant qu'elle soit permise[1161]. C'est notamment le cas lorsque l'atteinte aux intérêts des tiers s'effectue dans l'espace public (**Paragraphe 1**). En outre, espace public et ordre public sont intimement liés. Classiquement celui-ci est compris selon la célèbre formule du Doyen HAURIOU comme « *un ordre matériel et extérieur* […] *un ordre dans la rue* [et non] *un ordre dans les idées* »[1162]. Or, si la doctrine a

---

[1159] On pense naturellement à l'un des éditoriaux intitulé « Les chambres et la rue » dans *Le Cri du Peuple* de Jules GUESDE, alors chef du jeune parti ouvrier français en 1884. Ainsi que le souligne Pierre ROSANVALLON, la question de la rue et des usages constitue alors depuis 1789 « *une véritable métaphore de la question politique dans son ensemble* », *La démocratie inachevée (…)*, op. cit., p. 335. Cf. également Samuel HAYAT, *La République et l'urne*, POUVOIRS, n°116, 2006, pp. 31-44.

[1160] Ibid., p. 353.

[1161] C'est ce que MILL a appelé le « *principe de préjudice* ». Le philosophe anglais tente de poser un principe très simple, fondé à régler absolument les rapports de la société et de l'individu dans tout ce qui est contrainte ou contrôle, que les moyens utilisés soient la force physique par le biais de sanctions pénales ou la contrainte morale exercée par l'opinion publique. Ce principe veut que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque que pour assurer leur propre protection. La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres. Toutefois certains auteurs n'ont pas manqué de signaler que ce dernier défendait alors certains principes philosophiques généraux et qu'il n'interprétait pas un texte constitutionnel : par exemple, ainsi que le souligne HART, « *La formulation du point de vue libéral par Mill pourrait bien être trop simple. Les raisons d'empiéter sur la liberté des gens sont beaucoup plus variées que ce que suggère le critère du « préjudice à autrui » : la notion de préjudice à autrui ne s'applique pas facilement, comme l'a constaté Mill lui-même, à la cruauté envers les animaux ou à l'organisation de la prostitution à des fins lucratives. À l'inverse, même lorsqu'un préjudice est causé à autrui au sens le plus littéral de ce terme, d'autres principes peuvent fort bien restreindre la mesure dans laquelle une activité préjudiciable doit être réprimée par la loi. En conséquence, de multiples critères, et non un seul, permettent de déterminer s'il est permis de restreindre la liberté des gens* », *Immorality and Treason*, The Listener, 30 July 1959, reproduit IN *Morality and Law*, Belmont, Éd. Richard A. Wasserstrom. 1971, p. 51.

[1162] « *L'ordre public, au sens de la police, est l'ordre* […] *extérieur, considéré comme un état de fait opposé au désordre, l'état de paix opposé à l'état de trouble. Pour la police, mérite d'être interdit tout ce qui provoque du désordre, mérite d'être protégé tout ce qui n'en provoque point* », Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12ème Éd., 1933, p. 549.

pu parfois hésiter sur ce point, il ne fait pas de doute aujourd'hui que la moralité publique est bien une des composantes de l'ordre public[1163]. Et en la matière, il est difficilement contestable que moralité publique et opinion publique sont des notions extrêmement proches, ainsi que l'ont relevé le Conseil d'État[1164] ou la Cour suprême canadienne[1165]. Néanmoins, la frontière qui sépare la moralité publique, justifiée par l'opinion publique, de l'ordre moral, imposée d'en haut, semble se rétrécir chaque jour (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La publicité de l'opinion, condition de son interdiction

Ainsi que le souligne François RIGAUX, « *tout droit individuel, toute liberté reconnue au sujet le revêt d'une prérogative qui lui est propre mais qu'il n'obtient qu'en vertu d'une conception déterminée de l'intérêt général* »[1166]. Dès lors, le conflit qui peut exister entre la liberté d'expression et le respect des droits d'autrui ne doit pas uniquement se percevoir sous l'angle de la protection des droits individuels, mais bien davantage comme la conciliation d'intérêts privés antagonistes au regard de l'intérêt général[1167]. Et force est de constater qu'en la matière l'inscription de ce conflit dans l'espace public s'avère déterminante. D'un point de vue étymologique, ceci s'avère on ne peut

---

[1163] L'ordre public comprend la moralité publique « *qui se situe hors de l'ordre purement matériel de ses trois comparses, et fait ainsi figure de quatrième mousquetaire de l'ordre public* », Gilles LEBRETON, *Le juge administratif face à l'ordre moral*, Mélanges Peiser, op. cit., p. 371. En effet, depuis la loi communale de 1884 et sa retranscription dans l'article L. 2212-2 du CGCT, en matière de police administrative générale, l'ordre public se comprend comme le respect de la tranquillité publique, de la sécurité publique et de la salubrité publique.

[1164] Ainsi le commissaire du gouvernement GULDNER définissait-il la moralité publique comme le minimum « *d'idées morales communément admises à un moment donné par la moyenne des citoyens* », Concl. sous CE, SOCIÉTÉ NATIONALE D'ÉDITIONS CINÉMATOGRAPHIQUES, D., 1958, p. 73. Cette définition semble empruntée à Pierre-Henri TEITGEN qui expliquait que « *la police de la moralité publique* [devait empêcher] *les scandales publics,* [c'est-à-dire] *les atteintes publiques au minimum d'idées morales naturellement admises, à une époque donnée, par la moyenne des individus* », *La police municipale : Étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Paris, Sirey, 1934, p. 34.

[1165] « *Dans cette situation de changements, surtout quand il s'agit d'une question aussi liée à l'*opinion publique *que l'est l'obscénité, il incombe aux tribunaux de porter une attention toute particulière à ce qu'en dit le législateur, même quand il ne se prononce pas directement sur la question en litige* », GERMAIN C. REINE, [1985] 2 R.C.S. 241, § 41.

[1166] *Logique et droits de l'homme*, Mélanges Ryssdal, op. cit., p. 1203.

[1167] C'est ce que précise François RIGAUX : « *en invoquant le principe de la liberté de la presse pour éviter une condamnation du chef de diffamation ou d'atteinte à la vie privée d'autrui (invasion of privacy), le journaliste fait d'abord valoir un intérêt personnel mais sa défense est aussi l'un des maillons de la chaîne unissant tous ceux qui exercent et font valoir la liberté d'expression, non seulement à leur profit mais aussi dans l'intérêt du libre débat d'opinions dans une société démocratique. Parallèlement, le demandeur qui agit contre le journaliste est au premier chef préoccupé du dommage qu'il allègue mais, ce faisant, il est aussi le serviteur inconscient d'un intérêt qui le dépasse, l'intangibilité de la dignité humaine* », ibid., p. 1203. L'emprunt à la métaphore de « la main invisible » propre à la philosophie libérale est ici très net.

plus logique. Comme le remarquait le philosophe Jean LACROIX, « *ce qui rend public, c'est le regard. Le privé est une protection contre la vue d'autrui. Le public au contraire est ce qui ne se défend pas contre les regards de tous, ce qui même les capte ou les appelle. Le propre de la publicité est d'attirer la vue, de la provoquer. Le privé, c'est ce qui se cache ; le public ce qui s'expose. La notion de public est comme liée à celle de spectacle* »[1168]. La vie privée est sans nul doute une liberté civile dans le sens où chacun peut interdire à autrui de pénétrer dans son intimité : elle est donc une notion « *défensive* »[1169]. Mais, il convient de préciser que la séparation entre la vie publique et la vie privée est particulièrement délicate, et qu'elle ne peut en aucun cas être uniquement spatiale[1170]. Dès lors, la porosité des sphères publiques et privées oblige à reconsidérer les régimes juridiques de sa protection.

Dans le contexte du droit français, on retrouve dans la loi du 29 juillet 1881 trois séries d'infractions concernant l'injure[1171], la diffamation[1172] et l'offense[1173], qui sont toutes caractérisées par la publicité qui leur est donnée. Si ces infractions sont bien des limitations de la liberté

[1168] Cité par Alain BARRÈRE, *L'opinion publique dans la société contemporaine*, Semaines Sociales de France, , 53ème session, 1966, p. 18.

[1169] Bernard BEIGNER, *Vie privée et vie publique*, APD, T. 41, 1997, p. 163. Ainsi que le souligne l'auteur, sous l'influence du droit anglo-saxon notamment, la notion tend à s'étendre à celle de « *plein épanouissement personnel* ». Sur ce point, cf. Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *Vie privée, vie familiale et droits de l'homme*, RIDC, n°4-1992, pp. 767-794.

[1170] Ce qui n'exclut pas que l'on puisse intégrer le domicile par exemple dans la protection de la vie privée. Cf. Emmanuel DERIEUX, *Limites de la liberté d'expression (protection de la vie privée et de la présomption d'innocence)*, note sous Cass. civ., 2ème Ch., 5 juin 2003, STÉ DU FIGARO C. ANOUILH, LPA, n°257/258-2003, pp. 8-11.

[1171] L'injure s'entend de « toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait », article 33 de la loi du 29 juillet 1881. Récemment la Cour de cassation est venue préciser que « *les expressions outrageantes, termes de mépris ou invectives, sont réputées de droit prononcées avec une intention coupable* [et] *que seule l'excuse de provocation est de nature à leur ôter leur caractère punissable* », à propos d'une injure « dangereux salaud » proféré à l'encontre de Raël sur un plateau de télévision, Cass. crim., 10 mai 2006, note Emmanuel DREYER, *La Cour de cassation s'oppose au pugilat verbal*, d., n°32-2006, pp. 2220-2223.

[1172] La diffamation consiste en « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé », article 29 de la loi du 29 juillet 1881. Rappelons que pour être diffamatoire, une allégation ou une imputation doit se présenter sous la forme d'une articulation précise de faits de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire, Cass. crim., 3 décembre 1953, Bull. crim. n°345. En d'autres termes, les discours de portée générale, simple manifestation d'une opinion, sont préservés de toute condamnation sur ce fondement. Pour une illustration récente, on peut se reporter à la décision de la Cour de cassation concernant une tribune dans Le Monde d'Edgar Morin intitulée « Israël – Palestine : le cancer », Cass. civ. 1ère Ch., 2 juillet 2006, D., 2006, IR 2126.

[1173] Cf. supra.

d'expression, elles se justifient néanmoins dans une société démocratique par l'existence d'un « droit à l'honneur » dont les titulaires ne sont pas simplement des particuliers mais également des institutions : en d'autres termes, « *ces infractions débordent le cadre de la protection d'un droit individuel pour participer de la protection d'un ordre social* »[1174]. C'est notamment ce qui explique que les juridictions considèrent que les limites de la critique admissibles sont plus larges à l'égard des hommes politiques que des simples particuliers[1175]. Si ces infractions sont communes à l'ensemble des démocraties pluralistes libérales, certains ordres juridiques distinguent toutefois l'honneur de l'intimité de la personne : ainsi que le souligne par exemple le juge constitutionnel espagnol, « *la condition de véracité doit être considérée différemment selon qu'il s'agit du droit à l'honneur ou du droit à l'intimité ; ainsi, alors que la véracité fonctionne en principe, comme cause de légitimation des atteintes à l'honneur, concernant le droit à l'intimité, elle agit, en principe, en sens inverse. Le critère pour déterminer la légitimité ou l'illégitimité des atteintes à l'intimité des personnes n'est pas la véracité, mais exclusivement celui de l'importance publique du fait divulgué, c'est-à-dire, que sa communication à l'opinion publique, même si elle est vraie, se révèle nécessaire en fonction de l'intérêt public du sujet sur lequel on informe* »[1176]. Dans cette hypothèse se pose alors la question de savoir si la protection de la vie privée est la même pour tous, notamment au regard des personnes dites « publiques »[1177]. De ce point de vue, on peut noter une convergence entre les jurisprudences de droit interne et européennes.

En droit interne, les juridictions sont elles aussi confrontées au conflit qui existe entre le droit du public à être informé et le droit de chacun à ce que sa vie privée soit respectée[1178]. De valeur

---

[1174] Pascal Mbongo, *Injure, diffamation, offense*, in Alland Denis et Rials Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 831.

[1175] La Cour de cassation rejette par exemple l'extension de cette jurisprudence aux animateurs télévisés. Ainsi, alors que les juges du fond avaient considéré qu'un article qui impute à un animateur de télévision des faits de harcèlement moral à l'encontre de son collaborateur ne va pas au-delà d'une polémique concernant les animateurs de télévision, eux-mêmes soumis du fait de leur fonction, à une critique particulièrement acerbe, la Cour de cassation estime que ces écrits constituent bien une diffamation au sens de la loi du 29 juillet 1881, Cass. civ., 2ème Ch., 22 janvier 2004, D-B c. P.

[1176] STC, 172/1990. Pour des développements sur cette question, cf. Hubert Alcaraz, *Le droit à l'intimité devant les juges constitutionnels français et espagnols*, Thèse, dactyl., Aix-Marseille, 2003.

[1177] Ainsi que le souligne la Cour suprême canadienne, « *la pondération des droits en cause dépend de la nature de l'information, mais aussi de la situation des intéressés. C'est une question qui est dépendante du contexte. Ainsi, il est généralement reconnu que certains éléments de la vie privée d'une personne exerçant une activité publique ou ayant acquis une certaine notoriété peuvent devenir matière d'intérêt public. C'est le cas, notamment, des artistes et des personnalités politiques, mais aussi, plus globalement, de tous ceux dont la réussite professionnelle dépend de l'*opinion publique », Aubry c. Éditions Vice-versa, [1998] 1 R.C.S. 591, § 58.

constitutionnelle[1179], le droit au respect de la vie privée est entendu assez largement par les tribunaux, en ce qu'ils l'assimilent notamment largement au droit à l'image[1180], et qu'ils ne tiennent pas compte du caractère public du lieu[1181]. La licéité d'atteintes au droit à l'image ou à la vie privée est ainsi parfois admise sous couvert du droit à la critique[1182]. *In fine*, ce qui importe avant tout, c'est donc le regard du public : « *le dénominateur commun de toutes les attaques ou ingérences dans le champ de protection de ce droit est la dévalorisation dans la considération d'autrui comme conséquence d'expressions proférées dans le discrédit ou le mépris de quelqu'un, ou qui seraient tenues dans l'opinion publique pour outrageantes* »[1183].

[1178] Pour un panorama des jurisprudences de la Cour de cassation relatives à cette question, cf. Guillaume LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Étude de droit privé*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, pp. 386-398.

[1179] Décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999.

[1180] On pense ici bien évidemment aux publications montrant le cadavre du préfet Erignac, même si le fondement retenu est également celui de l'atteinte à la dignité humaine. Cf. Jean-Pierre GRIDEL, *Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité*, D., n°11-2001, pp. 872-877. Néanmoins, le juge européen a eu l'occasion, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, de rappeler « *que certains événements de la vie d'une famille doivent faire l'objet d'une protection particulièrement attentive. Le décès d'un proche et le deuil qu'il entraîne, cause de douleur intense, doivent parfois conduire les autorités à prendre les mesures nécessaires au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées* », CEDH, 12 novembre 2002, Płoski c. Pologne, § 35-39. Dans l'affaire Erignac, la Cour estime que « *la souffrance ressentie par les proches de la victime devait conduire les journalistes à faire preuve de prudence et de précaution dès lors que le décès était survenu dans des circonstances violentes et traumatisantes pour la famille de la victime. Elle attache en outre une importance particulière au fait que cette dernière s'était expressément opposée à la publication de la photographie* ». Dès lors, la décision de justice imposant l'insertion d'un communiqué où la famille de la victime estime que telles publications portent atteinte à l'intimité de sa vie privée n'apparaît pas comme disproportionnée et poursuit un but légitime, CEDH, 14 juin 2007, HACHETTE Filipacchi associés c. France, § 48-49.

[1181] Ainsi la Cour de cassation souligne-t-elle que « *les photographies des intéressés prises dans un tournoi de tennis, à leur insu avec un cadrage les isolant du public environnant, ont été publiées et divulguées sans leur autorisation, sans que la société puisse se prévaloir du caractère public du lieu pour invoquer une renonciation quelconque du demandeur à ses droits* », Cass. civ., 2ème Ch., 10 mars 2004, H C. B.

[1182] Ainsi par exemple, le TGI de Paris légitime la publication d'un cliché par un organe de presse permettant de relever l'incohérence des déclarations publiques d'une actrice au regard de son passé, « *au nom de son droit de critique et d'information du public* », 7 juillet 2003, LPA, n°207-2003.

[1183] STC, 76/1995. L'article 20.4 de la Constitution espagnole dispose que la liberté d'expression a « pour limite le respect des droits reconnus » dans le Titre 1 de la Constitution 1978, ainsi que « les prescriptions des lois qui le mettent en œuvre et, spécialement, le droit à l'honneur, à l'intimité, à l'image et à la protection de la jeunesse et de l'enfance ». Ainsi que le souligne Lauriane JOSENDE, il existe une controverse doctrinale quant à la portée de l'adverbe « spécialement ». L'énumération du constituant est-elle exhaustive ou simplement indicative ?, Cf. *Liberté d'expression et démocratie. Réflexion sur un paradoxe*, Thèse, dactyl., Toulouse 1, 2005, p. 314.

La Cour de Strasbourg semble elle aussi soucieuse d'assurer une protection efficace de la vie privée des personnes dites « publiques »[1184]. C'est particulièrement le cas des hommes politiques puisque la Cour a par exemple dénié le droit à un journaliste de se prévaloir de l'article 10 de la Convention dans le cadre de propos qualifiant l'épouse d'un responsable politique de « mère négligente qui délaisse son enfant » par référence à une période de la vie de ladite épouse où elle n'était que l'assistante (et maîtresse) de l'homme politique avec lequel elle s'est par la suite mariée. La Cour considère en effet que les propos tenus ne se justifiaient pas par des considérations d'intérêt public et ne portaient pas sur des questions d'intérêt général, notamment au regard de l'intérêt de l'opinion publique pour cette question[1185]. Mais l'infléchissement de la Cour, au regard d'une jurisprudence jusque là très libérale, s'est étendu aux rapports conflictuels qu'entretiennent certaines personnes connues et la presse que l'on qualifie le plus souvent de « people ». Dans une première décision de 2003, le juge européen a ainsi considéré que la protection des droits d'autrui pouvait justifier la condamnation d'un journal à sensation à verser des provisions aux plaignants et à publier ce jugement en première page, notamment en raison de la nature de la publication : « *l'article édité par la requérante, ayant pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur l'intimité de la vie privée des époux concernés, ne saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, malgré la notoriété de ces personnes* »[1186]. Puis, sanctionnant une jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande qui avait insisté sur le fait que « *la formation de l'opinion et le divertissement ne sont pas antinomiques, les reportages à visée divertissante jouant aussi un rôle dans la formation de l'opinion* »[1187], la Cour européenne est venue préciser dans une décision du 24 juin 2004 relative à la princesse Caroline de Monaco[1188] les critères relatifs à l'identité de la personne dont la vie privée est mise en cause, la nature des lieux où ont été prises les photographies, ainsi que la finalité de la publication. Sur le premier point, la Cour réfute la distinction qui existe en droit allemand entre les particuliers « lambda » et « *les personnalités absolues de l'histoire contemporaine* » qui bénéficieraient d'une protection moindre, au motif que cette distinction n'est

---

[1184] Cf. par exemple, CEDH, 22 février 1994, BURGHARTZ C. SUISSE.

[1185] Le juge européen précise ainsi qu'« *il n'a notamment pas été établi que l'opinion publique se soit préoccupée de sa vie privée en avril 1996* », CEDH, 6 février 2001, TAMMER C. ESTONIE, § 68.

[1186] CEDH, PRISMA PRESSE C. FRANCE, décision d'irrecevabilité, 1er juillet 2003 ; CEDH, 22 décembre 2005, PATUREL C. FRANCE, § 30.

[1187] BVerfG, 15 décembre 1999.

[1188] CEDH, VON HANNOVER C. ALLEMAGNE, 24 juin 2004.

« *pas clairement évidente* » et qu'elle empêcherait l'individu de disposer « *d'indications précises quant au comportement à adopter* »[1189]. La Cour justifie sa décision en s'appuyant sur l'espérance légitime qu'a « *toute personne* » d'être à l'abri des médias, semblant défendre une conception subjective au droit du respect à la vie privée. Concernant le second point, elle refuse d'admettre une définition spatiale de la vie privée qui prévaut en droit allemand et qui a pour conséquence que dès lors que la personne « connue » se trouve dans un lieu public, la publication de l'information obtenue est présumée d'un intérêt légitime pour le public[1190]. Or, selon la Cour, « *le critère de l'isolement spatial, s'il peut paraître clair en théorie, apparaît trop vague et difficile à déterminer à l'avance pour la personne concernée* ». Dans une démarche similaire à celle des juridictions françaises, elle va donc rechercher un lien de pertinence entre l'évènement d'intérêt général et la révélation des faits de nature privée pour considérer finalement que « *le public n'a pas un intérêt légitime de savoir où la requérante se trouve et comment elle se comporte d'une manière générale dans sa vie privée, même si elle apparaît dans des lieux qu'on ne saurait toujours qualifier d'isolés, et ce malgré sa notoriété* »[1191]. Dès lors seul l'intérêt général peut justifier la publication de telles photos et celui-ci ne se confond pas nécessairement avec le droit à l'information du public[1192]. Reste à savoir si la Cour a entendu affirmer ici une conception générale du débat public ou s'il ne s'agit pour l'instant d'un cas d'espèce[1193].

[1189] § 73. En outre, la Cour précise que la qualification de personnalité « absolue » de l'histoire contemporaine peut valoir pour des personnalités de la vie politique occupant des fonctions officielles, mais qu'elle « *ne saurait se justifier pour une personne « privée » pour qui l'intérêt du grand public et de la presse est basé uniquement sur son appartenance à une famille régnante, alors même qu'elle ne remplit pas de fonctions officielles* », § 72.

[1190] Cf. Laurent PECH, *La liberté d'expression et sa limitation*, op. cit., § 367. La Cour avait dès 2001 affirmé qu'il « *existe une zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la « vie privée »* », CEDH, 25 septembre 2001, P.G. ET J.H. C. ROYAUME-UNI, §. 56.

[1191] CEDH, VON HANNOVER C. ALLEMAGNE, précité, § 77.

[1192] Cf. Michel LEVINET, *Le droit au respect de l'image*, IN SUDRE Frédéric (Dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 179-192.

[1193] Au regard de la décision du 14 décembre 2006, VERLAGSGRUPPE NEWS GMBH C. AUTRICHE, il est probable que la Cour n'a pas encore définitivement fixé sa jurisprudence, puisqu'elle considère que la publication de photographies privées d'un magnat des affaires, dans le but d'illustrer une série d'articles relatifs à des poursuites pour suspicion de fraude fiscale diligentées contre lui, participe d'un véritable débat public. Néanmoins, elle a rappelé dans une décision particulièrement attendue que l'audition d'une magistrate par une commission d'enquête parlementaire, en marge de l'affaire Dutroux, ne pouvait être l'occasion pour la presse de divulguer des éléments relevant de sa vie privée car « *lorsque les informations fournies relèvent du plan personnel, les restrictions à la liberté d'expression appellent une interprétation plus large* », CEDH, 9 février 2007, LEEMPOEL & SA ED CINÉ REVUE C. BELGIQUE, § 77.

Paragraphe 2. La tentation de l'ordre moral

Le flou qui entoure la notion de moralité publique semble, de prime abord, relever davantage d'une interrogation sociologique sur l'état des mœurs que d'une véritable question de droit[1194]. Tout au plus peut-on admettre qu'elle est un standard, c'est-à-dire une notion vague qui « *vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité* »[1195]. Toutefois, sa progressive inscription dans la loi va alors laisser une grande latitude au pouvoir exécutif, sous le contrôle du juge, dans la détermination des conduites « acceptables »[1196]. Si le Code pénal de 1810 réprimait les images, chansons, écrits « contraires aux bonnes mœurs », ce n'est qu'avec la loi du 17 mai 1819 qu'apparaît pour la première fois une loi réprimant l'outrage aux bonnes mœurs, compris ici comme un outrage à la morale publique et religieuse[1197], avant que la loi du 29 juillet 1881 en son article 28 ne réduise l'outrage aux bonnes moeurs à un délit d'obscénité[1198]. Le principe avancé par les libéraux est simple : il s'agit de faire en sorte que notre liberté de s'exprimer n'heurte pas les droits d'autrui, ceux-ci pouvant très bien se manifester sous la forme

---

[1194] « *L'immoralité ne réside point dans telle ou telle attitude, dans un comportement déterminé, mais dans le fait que la conduite considérée est à l'opposé de celle du grand nombre, donc antisociale* », Jacques MOURGEON, *De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques*, D., 1974, 37ème Cahier, Chron., p. 52.

[1195] Stéphane RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, T. 85, 1980, p. 273. Cf. également Sébastien GUILLEN, *Dignité de la personne humaine et police administrative. Essai sur l'ambivalence du standard*, Mélanges Bolze, *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris, Économica, 1999, pp. 175-204.

[1196] « *Le législateur utilise des termes « mœurs », « bonnes mœurs », « moralité »… comme si ces notions allaient de soi, alors qu'il s'agit au contraire de notions insaisissables par essence. Fuyantes, car rebelles à toute définition abstraite, elles laissent aux instances chargées d'appliquer la règle de droit un entier pouvoir d'appréciation pour leur donner un contenu et décider au cas par cas de ce qui est conforme ou contraire aux bonnes mœurs* », Danièle LOCHAK, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs*, IN CURAPP, *Les bonnes mœurs*, Paris, PUF, 1994, p. 35.

[1197] L'article 8 de la loi dispose que « *tout outrage à la morale publique et religieuse ou aux bonnes mœurs, par des écrits, des dessins* […] *sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 16 francs à 500 francs* ». La loi du 26 mai 1819 complète cette loi en donnant compétence à la Cour d'assises et non au tribunal correctionnel ; le jury est en effet censé représenter l'opinion réelle ainsi que l'avait rappelé CONSTANT : « *les jurés décident d'après leur conscience, d'après le bon sens naturel à tous les hommes. Ils sont les représentants de l'opinion publique parce qu'ils la connaissent ; ils sont les organes de la raison commune, parce que cette raison les dirige, affranchie qu'elle est des formes qui ne sont imposées qu'aux juges, et qui, ne devant avoir lieu que pour assurer l'application de la loi, ne peuvent embrasser ce qui tient à la conscience, à l'intention, à l'effet moral* », *Questions sur la législation actuelle de la presse en France* (1817 et 1818), IN *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Guillaumin, 2ème Éd., T. 1, 1872, p. 514.

[1198] « *L'outrage aux bonnes mœurs commis* [par des discours ou des écrits] *sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 16 francs à 2000 francs* ». Pour une approche historique de la notion de bonnes mœurs, cf. Alain LAINGUI, *Est-il encore possible d'outrager les bonnes mœurs ? (L'article 227-24 du Code Pénal)*, Mélanges Soyer, Paris, LGDJ, 2000, pp. 235-252. Voir aussi la thèse de Jean GAULTIER, *Un délit d'opinion : l'outrage à la morale publique et religieuse (1819-1881)*, dactyl., Caen, 1923.

d'une « *contrainte morale de l'opinion publique* »[1199]. Reste que le vague de la définition, dont le mérite fut autrefois vanté par les doctrinaires[1200], pose aujourd'hui problème, tant au regard de la sécularisation de nos sociétés modernes que d'une justification par l'opinion publique parfois fallacieuse. Cette indétermination se voit confirmée par l'extension du champ d'application de la moralité publique. En effet, longtemps associée à la liberté d'expression (**Sous-Paragraphe 1**), elle tend aujourd'hui à s'autonomiser et à se transformer en ordre moral (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Moralité publique et liberté d'expression

D'une manière générale, les textes juridiques protégeant la liberté d'expression admettent l'ingérence des pouvoirs publics dans l'exercice de cette liberté pour peu qu'elle soit justifiée par un motif d'intérêt général et nécessaire dans une société démocratique. Ainsi, l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme contient-elle des catégories lâches d'intérêts juridiquement protégés, au premier rang desquelles la protection de la morale, cette dernière permettant par exemple au législateur national de prévoir des lois de responsabilité pour le fait d'avoir outragé les bonnes mœurs sexuelles[1201]. Il en va de même par exemple de la Constitution espagnole[1202] de la Constitution italienne[1203], ou encore de la Constitution irlandaise qui lie

---

[1199] Il existe « *un principe très simple, fondé à régler absolument les rapports de la société et de l'individu dans tout ce qui est contrainte ou contrôle, que les moyens utilisés soient la force physique par le biais de sanctions pénales ou la contrainte morale exercée par l'opinion publique. Ce principe veut que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque que pour assurer leur propre protection* », John Stuart MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 74. Néanmoins, l'ambiguïté est certaine puisque MILL précise immédiatement après qu'« *Un homme ne peut pas être légitimement contraint d'agir ou de s'abstenir sous prétexte que* […] *dans l'opinion des autres, agir ainsi serait sage ou même juste* ».

[1200] Notamment en ce qu'elle laisse, le jury seul maître de l'interprétation. Ainsi, DE BROGLIE s'exclame-t-il lors de son rapport à la chambre des pairs que « *le mot « morale publique » était nouveau, il pouvait être critiqué ; mais il avait au moins l'avantage de ne rien exclure et de ne rien désigner* », AP, XXIV, 261, cité par Lucien JAUME, *Heurs et malheurs de la liberté de la presse*, op. cit., p. 49.

[1201] CEDH, HANDYSIDE, précitée, § 46 ; CEDH, MÜLLER C. SUISSE, 24 mai 1988, § 30.

[1202] « *Le concept de morale peut être utilisé par le législateur comme limite des droits et libertés reconnus dans l'article 20 de la Constitution* », STC, 62/1982.

[1203] Les articles 19 et 21 de la Constitution italienne comprennent la notion de bonnes mœurs comme un moyen de limiter la liberté d'expression, y compris en matière religieuse. La Cour constitutionnelle italienne a pu considérer que le concept était à ranger parmi « *les concepts non susceptibles de définition catégorique* » dans la mesure où il « *varie de manière non négligeable selon les conditions historiques d'environnement et de culture* ». Les bonnes mœurs expriment ainsi « *une valeur se référant à la collectivité générale, dans le sens où il détermine les conditions essentielles qui, en relation aux contenus moraux et aux modalités d'expression des mœurs sexuelles à un moment historique donné, sont indispensables afin d'assurer, sous l'angle considéré, une vie sociale conforme aux principes constitutionnels inviolables de la protection de la dignité humaine et du respect réciproque entre les personnes* », arrêt n°368 de 1992, cité par Jean-Jacques PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 2001, p. 222.

explicitement liberté d'expression, opinion publique et moralité publique[1204]. L'érection du juge comme protecteur de la moralité publique pose toutefois de sérieuses difficultés, ainsi que l'avait déjà magistralement pressenti Jean-Jacques ROUSSEAU qui considérait que « *la censure peut être utile pour conserver les mœurs, jamais pour les rétablir* […]. *Quand la législation s'affaiblit les mœurs dégénèrent, mais alors le jugement public des censeurs ne fera pas ce que la force des lois n'aura pas fait* »[1205].

Au plan européen, la protection de la moralité publique nourrit une jurisprudence abondante depuis la décision HANDYSIDE. Quand elle a dû vérifier la conformité à la Convention de l'exception fondée sur la protection de la moralité publique, la Cour européenne a pratiqué au maximum une politique de *judicial restraint*. Pour ce faire, elle a eu recours à deux motivations convergentes. Ainsi constate-t-elle dans un premier temps qu'il n'existerait pas de notion uniforme du concept de morale au sein des États membres, laissant ainsi à ces derniers une large marge d'appréciation[1206]. Au surplus, elle estime que « *le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garanties des droits de l'homme* » (§ 48), et que dès lors, elle n'entend pas substituer son appréciation à celle du juge national, plus proche de la réalité sociologique de laquelle se laissent déduire les opinions morales d'une société[1207]. En d'autres termes, la moralité publique est une pure opinion, uniquement contextuelle puisque changeant selon le temps et les lieux et dont les exigences peuvent même varier à l'intérieur d'un même pays[1208]. Néanmoins, le contrôle européen en matière de morale n'est pas entièrement abandonné aux autorités nationales puisque la Cour « *ne saurait admettre que l'État possède* [dans ce domaine] *un pouvoir discrétionnaire absolu et insusceptible de contrôle* »[1209]. C'est en ce sens que la Cour de Strasbourg jugea que la saisie puis la

[1204] Ainsi l'article 40 de la Constitution irlandaise dispose-t-il que « l'éducation de l'opinion publique étant d'une extrême importance pour le bien commun, l'État, tout en préservant leur légitime liberté d'expression – y compris celle de critiquer la politique du gouvernement – doit veiller à ce que les institutions exprimant l'opinion publique (la radio, la presse, le cinéma, etc.) ne soient pas utilisées pour nuire à l'ordre public, à la moralité ou à l'autorité de l'État ».

[1205] *Du Contrat social*, Livre IV, Chap. VII, *De la censure*.

[1206] CEDH, HANDYSIDE c. ROYAUME-UNI, précité, § 48 et 49.

[1207] CEDH, MÜLLER c. SUISSE, précité, § 35.

[1208] « *Les États contractants ont fixé leur attitude à la lumière de la situation existant sur leurs territoires respectifs ; ils ont eu égard notamment aux différentes manières dont on y conçoit les exigences de la protection de la morale dans une société démocratique* », § 57. La Cour reprendra cette formulation issue de la jurisprudence HANDYSIDE dans l'arrêt DUDGEON c. ROYAUME-UNI du 23 septembre 1981 pour justifier que la répression pénale n'ait été maintenue qu'en Irlande du Nord.

[1209] CEDH, OPEN DOOR ET DUBLIN WELL WOMAN c. IRLANDE, précitée, § 68.

destruction par les autorités britanniques du « Petit Livre Rouge à l'usage des écoliers », publication contenant toutes sorts d'informations éducatives à destination des écoliers âgés de douze à dix-huit ans, ne constituaient pas une violation de l'article 10 de la Convention. Puis, le raisonnement de la Cour s'est vu confirmée par la jurisprudence MÜLLER qui reste l'illustration modèle de la tension qui peut exister entre la liberté artistique et la moralité publique. Le point de départ de cette affaire consiste en une plainte d'un père de famille qui estimait que son enfant avait subi un traumatisme suite à la vision de toiles représentant « *une débauche d'activités sexuelles contre nature représentées de façon grossière et en grand format* [qui sont dès lors] *de nature à blesser brutalement la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale* » selon la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral suisse. L'invocation de l'opinion publique par le juge de Strasbourg va ici jouer un double rôle. D'une part, à la suite de la Commission[1210], elle admet que « *ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'État, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression* »[1211]. Mais, d'autre part, elle est amenée à s'interroger sur le degré de prévisibilité de la loi, en l'occurrence l'article 204 du Code Pénal suisse qui repose sur la notion d'obscénité. Si, dans l'affaire HANDYSIDE, la Cour avait pu juger qu'un livre est obscène s'il tend à dépraver et à corrompre une importante fraction de la jeunesse[1212] ayant des chances de le lire, en l'espèce cet argument ici ne semble pas tenir. En l'espèce, la Cour choisit de retenir que l'exposition avait reçu une large publicité et était ouverte sans restriction au grand public, sans droit d'entrée, ni limite d'âge et que dès lors le point de vue des autorités suisses n'était pas

---

[1210] La formulation de la Commission sur cette affaire est en effet beaucoup plus explicite : « *s'agissant de la liberté d'expression artistique, la Commission est d'avis que l'exercice de cette liberté est d'une importance fondamentale dans une société démocratique.* […] *De par son activité créatrice, l'artiste exprime non seulement sa vision personnelle du monde, mais aussi l'idée qu'il se fait de la société dans laquelle il vit. C'est dans cette mesure que l'expression artistique contribue non seulement à la formation mais aussi à l'expression de l'opinion publique. Par ailleurs, l'expression artistique peut également amener le public à une confrontation avec les grandes questions de son époque* », rapport de la Commission du 8 octobre 1986. Cf. Paul TAVERNIER, *L'art et la Cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges Cohen-Jonathan, Vol. II, op. cit., pp. 1537-1550.

[1211] MÜLLER C. SUISSE, précité, § 33.

[1212] Notion que la Cour définit d'ailleurs en l'espèce assez mal puisqu'elle ne se réfère qu'à des notions sociologiques imprécises (jeunesse, adolescence, enfants) au lieu de recourir à la notion juridique précise de minorité. La Cour s'appuyait ici sur la législation britannique, et notamment l'*Obscene Publications Act* de 1959.

dépourvu de fondement[1213]. Si la Cour européenne se refuse à définir *stricto sensu* l'obscénité[1214], c'est bien le regard que peut porter le public sur l'œuvre qui entre en ligne de compte dans l'appréciation du juge.

Le parallèle avec la jurisprudence américaine est ici éclairant. En effet, si la diffusion « indécente » bénéficie de la protection du Premier amendement, il n'en est pas de même de la diffusion « obscène »[1215], la Cour suprême rappelant à cette occasion qu'il existe « *certaines catégories bien définies et limitées de l'expression* […] *dont la sanction n'a jamais été comprise comme susceptible de soulever des problèmes constitutionnels* »[1216]. Et c'est avec la jurisprudence MILLER qu'elle va venir définir l'obscénité à partir de trois critères[1217]. D'une part, l'expression doit, en vertu « *des standards contemporains de la communauté* », appeler à la lascivité pour le consommateur moyen. D'autre part, l'expression doit représenter en des termes particulièrement choquants l'activité sexuelle, et enfin l'expression ne doit témoigner d'aucune valeur littéraire, artistique, scientifique ou politique[1218]. Outre ce point de divergence avec la jurisprudence européenne, la Cour suprême s'écarte également des positions du juge de Strasbourg quant à la protection des mineurs face à des publications obscènes. Ainsi sanctionne-t-elle deux dispositions de la loi sur les télécommunications du 8 février 1996 (*Communication Decency Act*) qui condamnaient la diffusion en toute connaissance de cause de messages « indécents » ou obscènes » à toute personne âgée de moins de 18 ans ainsi que la transmission de messages rédigés en des termes « manifestement choquants », susceptibles d'être perçus par

---

[1213] La Commission avait repris ce distinguo dans son rapport sur l'affaire SCHERER C. SUISSE où le requérant avait été condamné par les juridictions nationales pour avoir projeté un film obscène dans un sex-shop. La Commission releva au contraire que la nature du magasin ne pouvait être discernée de la rue, qu'il n'existait aucun risque que des adultes soient confrontés avec le film contre leur volonté, ni même sans l'intention de le voir, et que le film était inaccessible aux mineurs. La Cour raya l'affaire de son rôle suite au décès du requérant et en l'absence de motifs d'ordre public de poursuivre la procédure, CEDH, 25 mars 1994.

[1214] Á raison si l'on en croit Henry MILLER pour qui « *discuter la nature et le sens de l'obscénité est presque aussi difficile que parler de Dieu, ceux qui ont sérieusement essayé de retrouver le sens du mot sont contraints d'avouer qu'ils ne sont arrivés nulle part* », *L'obscénité et la loi de réflexion*, 1971, cité par Frédéric GRAS, *Affichage publicitaire et liberté d'expression : l'affaire Larry Flint*, note sous TGI Paris, Ord. réf., 20 février 1997, LPA, n°24-1997, p. 12.

[1215] Sur ce point, la Cour européenne a elle aussi jugé que « *combattre les publications obscènes* […] *se rattache de beaucoup plus près à la protection de la moral qu'à n'importe laquelle des autres fins admissibles selon l'article 10§ 2* », HANDYSIDE C. ROYAUME-UNI, précité, § 46.

[1216] CHAPLINSKY V. NEW HAMPSHIRE, 315 US 568, 1942.

[1217] MILLER V. CALIFORNIA, 413 US 15, 1973.

[1218] Ce que le juge européen refusa dans l'affaire MÜLLER.

un mineur. Si la Cour a favorablement accueilli l'objectif de la loi, elle rappelle qu'un tel objectif ne saurait justifier que l'on oblige les adultes à se « contenter » d'informations adaptées aux yeux des enfants[1219]. En d'autres termes, « *la protection du mineur ne saurait justifier une immixtion dans la liberté de l'accès de l'adulte à l'information, tout comme une immixtion dans les rapports entre adultes et mineurs* »[1220]. Suite à cette décision, le Congrès adopta une nouvelle loi (*Child On-line Protection Act* [*OCPA*]) qui interdisait aux sites internet commerciaux de faire circuler des informations « préjudiciables aux mineurs », posant comme critère pour déclarer un contenu illicite celui des « normes locales en vigueur ». Si la Cour confirma sa jurisprudence Reno, considérant que la loi OCPA limitait la diffusion d'éléments qu'un public adulte avait un droit constitutionnel de recevoir, elle jugea néanmoins que le critère retenu par le texte ne rendait pas automatiquement son champ d'application trop large[1221].

[1219] Reno v. aclu, 117 S. Ct. 2329, 1997.

[1220] Anne Klebes-Pelissier, *Internet et la liberté d'expression. Á propos de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis Reno v. American Civil Liberties Union (A.C.L.U.) du 26 juin 1997*, rudh, Vol. 10, n°11/12-1998, p. 398.

[1221] Aschcroft v. aclu, 124 S. Ct 2783, 2004. Cf. Guy Scoffoni, rfdc, n°63-2005, pp. 643-644. Pour des développements précis sur ce point, cf. Laurent Pech, *Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la « Société de l'information »*, in Mathien Michel (Dir.), *La « Société de l'information » entre mythes et réalités*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Médias, société et relations internationales, 2005, pp. 97-130. Notons qu'en droit français, la protection des mineurs s'étend aussi au contenu disponible sur Internet. Ainsi que l'a précisé le législateur lors de l'adoption de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, la loi de 1881 a vocation à s'appliquer, même s'il lui a fallu pour cela limiter la responsabilité des intermédiaires techniques puisque le nouvel article L. 32-3-3 du Code des postes et des communications électroniques dispose que « toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de télécommunication ou de fourniture d'accès à un réseau de télécommunication ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ses contenus que dans des cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission ». Néanmoins, ceux-ci gardent une obligation de retirer des informations illicites ou d'en rendre l'accès impossible, même si le Conseil constitutionnel, par une réserve d'interprétation, a rappelé dans sa décision n°2004-496 DC du 10 juin 1004 que « *ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge* » (Cons. 9). Au regard de la jurisprudence américaine, on peut toutefois regretter que le Conseil constitutionnel ne se cantonne dans un vocabulaire « *très technique voire aseptisé* », ne s'interrogeant ni réellement sur la place de l'internet, ni, pour ce qui nous intéresse ici, sur les notions d'obscénité ou de moralité publique. En ce sens, cf. Nathalie Mallet-Poujol, *La liberté d'expression sur l'internet : aspects de droit interne*, d., n°9-2007, p. 599.

Au regard du libéralisme affiché par la Cour suprême américaine[1222], la jurisprudence du juge administratif français semble en la matière davantage proche des positions de la Cour de Strasbourg. Ainsi, après avoir rappelé que la liberté était le principe et la restriction l'exception[1223], le juge administratif n'a pas hésité à accorder, dans les années 1930, aux maires et préfets le pouvoir d'interdire, sous certaines conditions, l'affichage et le colportage des écrits pour éviter le trouble à l'ordre public[1224]. Puis, à partir de sa fameuse jurisprudence Société Les films Lutetia du 18 décembre 1859 il va permettre à l'autorité administrative d'user de ses pouvoirs de police pour autoriser l'interdiction d'un film aux fins de préservation de la moralité publique[1225], sous la double condition cumulative du « *caractère immoral du film et de circonstances locales* ». L'argument souvent invoqué en faveur de cette solution jurisprudentielle est qu'elle permettait au Conseil d'État de ne pas laisser l'arbitraire du maire fixer un certain nombre de standards moraux. Il est vrai que, si dans le cadre du contentieux des mesures de police spéciale le contrôle du juge administratif a parfois paru bien ténu[1226], il n'hésita pas, concernant les

---

[1222] Même si suite au scandale du sein dévoilé par Janet Jackson lors de la finale 2004 du Superbowl, le Congrès a voté une loi le 16 février 2005 qui modifie le Broadcast Decency Enforcement Act (loi sur le respect de la décence des émissions) en portant l'amende maximale de 32 500 à 500 000 $ pour quiconque diffuserait des propos obscènes ou indécents sur les ondes publiques. Le contrôle des expressions utilisées à la télévision revient à la Commission fédérale des communications (FCC).

[1223] Ce sont les fameuses conclusions du commissaire du Gouvernement Corneille sous l'arrêt Baldy du 17 août 1917 qui sont le point de départ du contrôle de proportionnalité effectué par le juge administratif et qui trouvera son aboutissement dans la jurisprudence Benjamin : « *Pour déterminer l'étendue du pouvoir de police dans un cas particulier, il faut tout de suite se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux libertés des particuliers, que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, implicitement ou explicitement, au frontispice des constitutions républicaines et que toute controverse de droit public doit partir de ce point de vue que la liberté est la règle et la restriction l'exception* ».

[1224] CE, 29 janvier 1937, Société Publication Zed : l'interdiction par le maire de Nancy de l'exposition, la vente et l'offre au public sur les places ou voies publiques du journal Détective ne constituent pas une violation de la loi du 29 juillet 1881.

[1225] Suite à l'interdiction de diffusion de films considérés comme « contraires à la décence et aux bonnes mœurs » par la mairie de Nice, le TA de Nice avait reconnu qu' « *une vague d'immoralité* » avait déferlé sur Nice et que le maire avait dès lors de larges pouvoirs pour défendre la moralité publique, TA de Nice, 11 juillet 1955. Il s'agit bien sûr d'une extension de la jurisprudence Commune de Néris-les-bains du 18 avril 1902 qui exige que la restriction des libertés, au niveau local, en raison de troubles éventuels à l'ordre public, soit justifiée par des circonstances locales de temps et de lieu.

[1226] Ainsi le Conseil d'État avait-il admis que « *le motif tiré du caractère contraire aux bonnes mœurs de ces ouvrages sur lequel s'est fondé le ministre… est de ceux qui peuvent légalement justifier une mesure prise en vertu du décret-loi du 6 mai 1939* », CE, 19 février 1958, Société les Éditions la Terre de Feu. De même, le contentieux cinématographique donne souvent l'occasion aux milieux artistiques de critiquer le Conseil d'État, ainsi qu'en attestent les exemples récents à propos des films *Baise moi* ou *Ken Park*. Cf. pour la première affaire Marguerite Canedo, *Le Conseil d'État gardien de la moralité publique ?*, rfda, n°6-2000, pp.

mesures de police générale, à annuler, et ce de manière constante[1227], certaines prohibitions municipales en l'absence de circonstances locales, confirmant pour une partie de la doctrine que « *le souci de la moralité publique traduit une conception profondément démocratique de la vie en société. Il signifie que la paix sociale n'a de sens et d'authenticité que si elle est voulue et imposée par les gouvernés* »[1228]. Toutefois, on peut également considérer que l'invocation d'une opinion publique locale pour justifier une mesure d'interdiction de la liberté d'expression est parfois fallacieuse[1229], et dans certains cas, il ne fait pas de doute que les autorités de police utilisent leurs prérogatives pour imposer à la société leurs propres conceptions morales. Ainsi que le constate Yves MENY, « *le recours aux circonstances locales avait permis de réintroduire dans l'exercice de la police la notion de moralité. Le laxisme même de la notion de circonstances locales montrait qu'elle n'était qu'un alibi commode pour permettre à qui voulait l'utiliser d'imposer une morale plus conservatrice que celle des censeurs nationaux* »[1230].

Sous-Paragraphe 2. De la moralité publique à l'ordre moral ?

Maurice HAURIOU considérait que « *la police ne poursuit pas l'ordre moral dans les idées et dans les sentiments, elle ne pourchasse pas les désordres moraux.* […] *Si elle essayait, elle verserait immédiatement dans l'oppression des consciences ;* [or] *ce n'est pas que la société n'ait pas besoin d'ordre moral* [mais] *cela veut dire que la société est invitée à se protéger par d'autres institutions que celle de la*

1282-1304. Et pour la deuxième affaire, on se réfèrera utilement aux conclusions de la commissaire du gouvernement Isabelle DE SILVA, JCPA, n°1—2004, pp. 559-561. Pour une réflexion sur la liberté d'expression cinématographique, cf. Jacques VIGUIER, *L'expression cinématographique en France : liberté réelle ou/et liberté formelle*, Mélanges Marichy, Toulouse, Presses de l'IEP de Toulouse, 2003, pp. 151-161.

[1227] Cf. par exemple, CE, 23 février 1966, SOCIÉTÉ FRANCO-LONDON FILM et SOCIÉTÉ LES FILMS GIBE. La liberté cinématographique n'est bien évidemment pas la seule concernée. Ainsi, par exemple, le Conseil d'État peut tenir compte du climat de l'opinion pour admettre assez largement l'existence d'une menace pour l'ordre public de nature à justifier légalement l'interdiction d'une manifestation, CE, 19 février 1954, UNION DES SYNDICATS OUVRIERS DE LA RÉGION PARISIENNE.

[1228] Gilles LEBRETON, *Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière*, IN REDOR Marie-Joëlle (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2001, p. 363. Il est vrai que le Commissaire du gouvernement Bruno GENEVOIS avait suggéré de maintenir en 1985 la jurisprudence LUTETIA « *afin de se garder d'une vision trop centralisatrice qui méconnaîtrait les particularismes locaux* », Concl. sous CE, 26 juillet 1985, VILLE D'AIX-EN-PROVENCE, RFDA, n°3-1986, p. 439.

[1229] « *Dans son principe, cette jurisprudence donne à l'administration locale désireuse d'imposer une morale plus conservatrice que celle des censeurs nationaux un pouvoir que certains maires ont exploité à des fins politiques* », Katia WEIDENFELD, *L'affirmation de la liberté d'expression : une œuvre de la jurisprudence administrative*, RFDA, n°6-2003, p. 1076.

[1230] *Décentralisation et liberté d'expression : l'ordre moral à Clochemerle*, Études offertes à Claude-Albert Colliard, op. cit., p. 564.

police »[1231]. D'une manière générale, malgré quelques jurisprudences isolées[1232], le juge administratif sembla résister à la tentation de l'ordre moral, en annulant des arrêtés municipaux qui imposaient des horaires de bain différents pour les hommes et pour les femmes[1233], interdisaient aux baigneurs de circuler sur la voie publique en peignoir[1234] ou s'apparentaient à une mesure d'interdiction générale d'une catégorie de films[1235]. Plus récemment, il sembla même « importer » dans la police des publications dangereuses pour la jeunesse l'idée de circonstances locales via le standard des « *circonstances particulières* »[1236]. C'est donc précisément parce que la notion de moralité publique est relative et contingente qu'un maire agit non pas « *en fonction de ses propres convictions, mais seulement des conditions locales* »[1237].

Toutefois, avec le célèbre arrêt COMMUNE DE MORSANG SUR ORGE[1238], le juge administratif a permis l'interdiction d'un spectacle de lancers de nain, indépendamment de toute circonstance locale, suivant en cela son commissaire du gouvernement pour qui « *le respect de la dignité humaine constituait lui-même l'une des composantes essentielles de la moralité publique* », et la sauvegarde de la dignité humaine une « *exigence morale particulièrement solennelle* »[1239]. Si la doctrine s'est partagée entre les défenseurs d'une vision jusnaturaliste antimoderne qui voit dans la dignité une valeur

---

[1231] Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., pp. 549-550.

[1232] Le Conseil d'État avait par exemple admis la légalité d'un arrêté municipal interdisant les combats de boxe que le maire jugeait « *contraires à l'hygiène morale* », CE, 7 novembre 1924, CLUB INDÉPENDANT SPORTIF CHÂLONNAIS.

[1233] CE, 7 décembre 1938, SOCIÉTÉ CASTILLON-PLAGE.

[1234] CE, 30 mai 1930, BEAUGÉ.

[1235] TA d'Amiens, 10 avril 1973, CHAMBRE SYNDICALE DES PRODUCTEURS DE FILMS FRANÇAIS, concernant l'annulation d'un arrêté du maire de Saint-Quentin interdisant sur le territoire de la ville « toutes projections de films à caractère érotique, pornographique ou licencieux ».

[1236] CE, 27 juin 2005, GENKA C. MINISTRE DE L'INTÉRIEUR. Ainsi que le souligne Pascal MBONGO, deux lectures sont envisageables : soit ces circonstances particulières s'apprécient « *à la lumière des menaces objectives pour la sécurité ou la tranquillité publiques* […] *attachées à la diffusion et à la vente « normales » de la publication litigieuse* », soit elles « *devront s'apprécier au regard du degré de permissivité morale de l'offre éditoriale contemporaine : auquel cas le ministre de l'Intérieur et le Conseil d'État continueraient-ils alors de porter un jugement esthético-moral sur la création littéraire, jugement qui les conduirait nécessairement à distinguer, au sein des publications « littéraires » ou « artistiques » dites « en rupture » ou « de rupture », celles qui sont acceptables au regard de l'article 14 de la loi du 16 juillet 1949 et celles qui ne le sont pas* », *Police des publications dangereuses pour la jeunesse et « mauvais genres » littéraires*, D., n°34-2005, p. 2363. Dans le même sens, cf. Emmanuelle SAULNIER-CASSIA, *La protection de la jeunesse : limite à la liberté d'expression ?*, RDP, n°2-2006, pp. 401-438.

[1237] Concl. du Commissaire du gouvernement GAND sous CE, Section, 9 mars 1962, SOCIÉTÉ NOUVELLE DES ÉTABLISSEMENTS GAUMONT, AJDA, 1962, p. 371. Et le magistrat administratif de préciser que le maire ne peut pas être « *l'appui du bras séculier pour imposer le respect d'un code de morale* […] *qui trouve la source de son particularisme dans des conceptions philosophiques et non dans des circonstances locales* », p. 372.

[1238] CE, Ass., 27 octobre 1995, VILLE D'AIX-EN-PROVENCE ET COMMUNE DE MORSANG SUR ORGE.

absolue, plaçant l'Humanité au centre de l'ordre juridique[1240], et ceux qui rejettent cette conception objective qui aboutit à un « purisme » et à un anti-individualisme régressif[1241], il est également possible de proposer une autre lecture de cette décision jusqu'ici isolée[1242]. En effet, si nous estimons que cette conception absolutiste « *marque une rupture avec la conception individualiste des droits de l'homme* »[1243] et qu'elle est à cet égard un « *instrument privilégié d'une moralisation du droit, d'une entreprise antilibérale d'assignation de l'individu au respect de l'Humanité qui est en lui et le transcende* »[1244], on peut toutefois également considérer que l'un des éléments justificatifs décisifs fut le regard d'autrui sur la personne du nain. Conformément à la jurisprudence européenne qui lie explicitement le traitement dégradant, prohibé à l'article 3 de la Convention, à des situations qui stigmatiseraient l'individu aux yeux d'autrui[1245], le

---

[1239] Concl. de Patrick FRYDMAN, *L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. Á propos des « lancers de nains »*, RFDA, n°6-1995, pp. 1211-1212.

[1240] Cette position est essentiellement celle de Bernard EDELMAN, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, D., 1997, 23ème Cahier, Chron., pp. 185-188 : « *la défense de la dignité n'a plus affaire à l'individu « libre » mais à l'individu qui appartient à l'humanité. Il en résulte que toue considération relative à sa plus ou moins grande liberté n'a plus de raison d'être* », p. 187. Et il concluait : « *ici, plus qu'ailleurs, le positivisme est notre pire ennemi* », p. 188. Dans le même sens, cf. Michel LEVINET, *Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du « lancer de nains » devant le Comité des droits de l'homme des nations Unies* », RTDH, n°55-2003, pp. 1024-1041 ; Thierry PECH, *La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation*, D., HS, 2001, pp. 90-111.

[1241] Cf. les différents écrits de Gilles LEBRETON précités, ainsi que ceux d'Olivier CAYLA. Pour une synthèse récente de ces positions, cf. Xavier BIOY, *La dignité : questions de principes*, IN GABORIAU Simone et PAULIAT Hélène (Dir.), *Justice, éthique et dignité*, PULIM, 2006, pp. 47-86.

[1242] Par exemple, le Conseil d'État a annulé en 1997 l'interdiction d'affiches publicitaires en faveur des « messageries roses » au motif qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier « *que cet affichage ait été susceptible de provoquer dans la commune des troubles matériels sérieux* [et] *qu'en l'absence de circonstances locales particulières* […] *le caractère immoral desdites messageries, à le supposer établi, ne pouvait fonder légalement une interdiction* », CE, 9 décembre 1997, COMMUNE D'ARCUEIL. De même, l'interdiction d'ouverture d'un sex-shop, prononcée par un maire en vertu de ses pouvoirs de police générale, ne constitue pas, eu égard aux circonstances locales une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale, en l'occurrence la liberté du commerce et de l'industrie, CE, Ord. réf., 8 juin 2005, COMMUNE DE HOUILLES.

[1243] Paul MARTENS, *Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte*, Mélanges Lambert, *Les droits de l'homme à l'aube du troisième millénaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 572.

[1244] Olivier CAYLA, *Jeux de nains, jeux de vilains*, IN LEBRETON Gilles (Dir.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, L'Harmattan, 1998, p. 155. Pour une position plus nuancée, cf. Bertrand MATHIEU, *De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique*, D., n°25-2005, p. 1649 : « *Le principe de dignité s'affirme comme limite autonome et externe à l'exercice de la liberté. Pour autant, le principe de dignité n'est pas le vecteur d'un ordre moral qui s'opposerait à la philosophie classique des droits fondamentaux fondée sur les principes de liberté et d'autonomie de l'individu* ».

[1245] Le traitement dégradant est en effet celui qui « *humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience* », voire celui qui « *provoque un abaissement de rang, de la situation ou de la réputation de celui qui en est l'objet aux yeux d'autrui* », CEDH, TYRER C. ROYAUME-UNI, 25 avril 1978, § 29 et

commissaire du gouvernement FRYDMAN insiste lui aussi sur l'atteinte à la dignité des spectateurs qui participaient à ce spectacle : « *aussi étendue que soit la liberté d'expression, une attraction consistant ainsi, en vue de flatter les plus vils instincts* […] *ne nous paraît en effet pas pouvoir trouver sa place dans une société civilisée. Les réactions du corps social* […] *ne font que renforcer cette analyse. Du reste, on pourrait être tenté de se demander si une attraction aussi méprisable que le lancer de nains ne porte pas, à la vérité, tout autant atteinte à la dignité des spectateurs qui participent ou y assistent qu'à celle des nains eux-mêmes* »[1246]. Dès lors, tant la disparition des circonstances locales dans le dispositif de jugement que la novation de la moralité vers la dignité ne signifient pas pour autant que le juge ne prend pas en compte la réaction du public[1247]. De ce point de vue, et uniquement de ce point de vue, cette solution jurisprudentielle ne rompt pas entièrement avec la jurisprudence antérieure[1248]. En d'autres termes, nous nous accordons avec Diane ROMAN quand elle affirme que « *toute dimension morale n'a pas été évacuée du discours juridique,* [et] *que la notion* […] *réapparaît sous une forme nouvelle, par une sorte de retour du refoulé* »[1249], auquel contribue l'invocation de la dignité humaine.

Un rapide détour par les jurisprudences étrangères ou communautaires confirme cette position :

- l'arrêt OMEGA du 14 octobre 2004 rendue par la Cour de Justice des Communautés est ainsi particulièrement significatif. Saisi à titre préjudiciel par la Cour constitutionnelle allemande de l'interdiction faite par la Ville de Bonn à la société Omega d'exploiter un « laserdrome », le juge

32. C'est ce que Hugues MOUTOUH appelle la protection des « *vécus du corps* », *La dignité de l'homme en droit*, RDP, n°1-1999, pp. 159-196.

[1246] Op. cit., p. 1209.

[1247] Cette analyse semble confirmée par l'interdiction de distribuer sur la voie publique une soupe contenant du porc. Ainsi que le rappelle le Conseil d'État, l'arrêté d'interdiction pris par le préfet de police de Paris « *prend en considération les risques de réaction à ce qui est conçu comme une démonstration susceptible de porter atteinte à la dignité des personnes privées du secours proposé* », CE, Ord. réf., 5 janvier 2007, MINISTRE D'ÉTAT, MINISTRE DE L'INTÉRIEUR ET DE L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE C. ASSOCIATION SOLIDARITÉ DES FRANÇAIS . Comme le souligne la doctrine, « *l'atteinte à la dignité de la personne humaine est subjective* […] *et non objective. En d'autres termes encore, cette atteinte existe plus dans les consciences que dans les faits.* […] *Le juge des référés du Conseil d'État ne se prononce pas sur le caractère de la manifestation mais sur la conception que peut s'en faire autrui.* […] *L'administration peut ainsi fonder une interdiction sur la représentation que se fait autrui d'un acte (en l'espèce une manifestation) et non pas sur l'acte lui-même* », Frédéric DIEU, *La « soupe au porc » et le juge des référés du Conseil d'État de France : la validité de l'interdiction d'une manifestation discriminatoire du fait de sa nature même*, RTDH, n°71, 2007, p. 895.

[1248] Dès lors, nous ne pensons pas que « *remplacer la moralité publique par la dignité, c'est en effet abandonner le jugement de l'opinion publique locale pour l'arbitraire du juge* », Emmanuel DREYER, *Les mutations du concept juridique de dignité*, RRJ, n°1-2005, p. 29.

[1249] Diane ROMAN, « *Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ?, La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé*, D., n°23-2005, p. 1016.

de Luxembourg rattache explicitement la sauvegarde de la dignité humaine à la notion d'ordre public. Mais, il ajoute également, suivant en cela la jurisprudence européenne, que cette notion « *peut varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre. Il faut donc à cet égard reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité* ». L'argument n'est pas superfétatoire : il lie, ainsi que l'avait fait la Cour de Karlsruhe dans cette affaire, dignité et opinion publique[1250].

- de même, la jurisprudence de la Cour suprême canadienne témoigne de ce rapprochement entre la dignité et d'autres droits de valeur constitutionnelle, y compris la liberté d'expression[1251]. Par un arrêt BUTLER rendu en 1992[1252], la juridiction suprême considère que la liberté d'expression doit s'étendre aux œuvres pornographiques qui ne comportent pas de violence ou qui ne sont ni dégradantes ni attentatoires à la dignité et qui n'impliquent pas la participation d'enfants. En examinant le sens du mot « obscénité » dans le contexte du § 163 alinéa 8 du Code criminel canadien, le juge SOPINKA a ainsi affirmé, au nom de la majorité, que « *ce genre de matériel échouerait apparemment le test des normes sociales non parce qu'il choque la morale, mais parce que, dans l'opinion publique, ce matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes* »[1253]. En d'autres termes, la Constitution canadienne protège les formes d'expression sexuellement explicites et c'est le seuil de tolérance de la société qui fixe le distinguo entre le licite et l'illicite[1254], alors même que sont pourtant en cause des situations

---

[1250] « *Les autorités compétentes ont estimé que l'activité concernée par l'arrêté d'interdiction menace l'ordre public, en raison du fait que, selon la conception prévalant dans l'opinion publique, l'exploitation commerciale de jeux de divertissement impliquant la situation d'actes d'homicides porte atteinte à une valeur fondamentale consacrée par la constitution nationale, à savoir la dignité humaine* », CJCE, 14 octobre 2004, OMEGA SPIELHALLEN UND AUTOMATENAUFSTELLUNGS-GMBH C. OBERBÜRGERMEISTERIN DES BUNDESSTADT BONN, § 32. Cf. André VON WALTER, *La protection de la dignité humaine face au droit communautaire*, note sous CJCE, 14 octobre 2004, Omega, AJDA, n°3-2005, pp. 152-155.

[1251] Aux États-Unis, une partie de la doctrine milite également pour rapprocher la liberté d'expression comme une composante essentielle de la dignité humaine. La Cour suprême leur a en partie donné raison dans l'arrêt COHEN V. CALIFORNIA en considérant que la garantie de la liberté de parole dérivait de la « *conviction qu'aucune autre attitude ne serait cohérente avec le principe de la dignité et de la liberté de choix de chaque individu, sur lequel repose notre système politique* ».

[1252] REINE C. BUTLER, [1992] 1 R.C.S. 452, 27 février 1992. Dans cette affaire, l'accusé avait fait l'objet de divers chefs d'accusation de vente, de possession à des fins de distribution et d'exposition à la vue du public de matériel obscène qui ne mettait pas en cause des enfants.

[1253] REINE C. BUTLER, précité, p. 479. Et il rajouta que « *c'est la société qui juge ce qui est nocif pour elle* ».

[1254] Cette solution sera reprise dans l'arrêt Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), 2 R.C.S. 1120, 15 décembre 2000, ainsi que dans REINE C. SHARPE, 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, 26 janvier 2001.

dégradantes et avilissantes qui relèvent en principe dans notre ordre juridique du principe de sauvegarde de la dignité humaine.

L'espace public se veut donc un lieu ouvert au regard de tous et où l'ensemble des expressions doit contribuer à la formation de l'opinion publique. Reste que, dans une perspective libérale, « *même pour ceux qui récusent l'idée même d'une morale ou d'une éthique publique minimum qui s'imposerait à tous, il existe une limite, le respect de la liberté individuelle* »[1255]. C'est dans ce contexte que se pose par exemple le problème de l'affichage et de la publicité extérieure, sous toutes ses formes[1256]. Si la Cour européenne a placé les messages publicitaires sous la protection de l'article 10 de la Convention[1257], elle ne leur en a pas moins accordé un degré de protection moindre en leur attribuant un statut de « *jus secondarium* »[1258]. Ainsi, traditionnellement c'est le caractère contraire aux bonnes mœurs, obscène ou pornographique de l'image qui était invoquée. Mais l'utilisation ou la mise en cause de symboles religieux a progressivement conduit les juges à se déplacer sur le terrain de la protection de la morale, et plus spécifiquement de la morale religieuse, n'hésitant pas à reconnaître un droit à une jouissance paisible de la liberté de religion telle que l'a défini la Cour européenne[1259]. Dès lors qu'il n'y a pas de consensus européen en la matière[1260], le juge européen reconnaît ainsi « *la nécessité d'éviter les expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ses droits et qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre*

[1255] Jean MORANGE, *La rue, l'affichage et la moralité publique*, IN BOESPFLUG François (Dir.), La *rue et l'image*, Paris, Éd. Cerf, 1990, p. 62. Dans le même sens, Bertrand MATHIEU, *La liberté d'expression en France (…)*, op. cit., p. 249.

[1256] La Cour d'appel de Paris avait ainsi, par exemple, confirmé le 26 octobre 1984 une ordonnance du président du TGI de Paris qui avait interdit l'affiche prévue pour le film Ave Maria, en estimant que le fait de présenter « *une fille crucifiée aux seins nus sur une affiche revêtue de ce titre, dans des conditions de publicité tapageuse et en des lieux de passage public forcé, constitue un acte d'intrusion agressive et gratuite dans le tréfonds intime des croyances de ceux qui, circulant librement sur la voie publique et ne recherchant aucun contact ou colloque singulier avec une œuvre ou un spectacle déterminés, se voient hors de toute manifestation de volonté de leur part, nécessairement et brutalement confrontés à une manifestation publicitaire et commerciale contestable et trompeuse, constitutive en tout état de cause, d'un trouble manifestement illicite* », D., 1985, p. 31.

[1257] « *La publicité constitue pour le citoyen un moyen de connaître les caractéristiques des services et des biens qui lui sont offerts* », CEDH, 24 février 1994, CASADO COCA C. ESPAGNE, § 51.

[1258] Gérard COHEN-JONATHAN, *Liberté d'expression et message publicitaire*, RTDH, n°13, 1993, p. 69.

[1259] Patrice ROLLAND, *Existe-t-il un droit au respect des convictions religieuses dans les médias ? Sur une jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, RFDA, n°5-2004, pp. 1001-1008.

[1260] « *Ce qui est de nature à offenser gravement des personnes d'une certain croyance religieuse varie fort dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque, caractérisée par une multiplicité croissante de croyances et de confessions* », CEDH, MURPHY C. IRLANDE, 10 juillet 2003, § 67.

humain »[1261]. En d'autres termes, si les croyants ne peuvent échapper à la critique[1262], comme n'importe quelle autre expression, quiconque intervient dans le contexte des « convictions intimes » doit faire preuve de modération. Ce qui est réprimé, c'est donc l'injure publique, et non l'interdiction de toute critique, marquant sa différence ici avec le blasphème[1263].

Pourtant, la frontière semble floue et incertaine. D'une part, certains commentateurs ont fait valoir que la reconnaissance d'un droit à une jouissance paisible de ses convictions religieuses méconnaissait la notion légale d'injure, « *qui tient en un outrage à des personnes et non à des sentiments et des convictions.* […] *Protéger* [les convictions religieuses] *dans l'espace public, c'est contraire au principe de neutralité, composante essentielle de la laïcité* »[1264]. D'autre part, ainsi que l'a souligné la doctrine, « *la diffamation blasphématoire est intimement liée à la notion de publication obscènes* »[1265]. En d'autres termes, c'est par le truchement de la moralité qu'il est possible d'appréhender ces différentes notions[1266]. Il n'en demeure pas moins que le fondement à l'aune duquel le juge va examiner l'affaire, à savoir le droit à la liberté de conscience ou le droit à la libre expression, semble finalement relever d'une politique jurisprudentielle assez incertaine[1267]. Ceci est particulièrement net dans deux affaires récentes, particulièrement médiatiques, où s'opposent la liberté d'expression et le droit à la jouissance paisible de la liberté religieuse. D'une

---

[1261] CEDH, Otto-Preminger Institut, 20 septembre 1994, § 49 ; CEDH, Giniewski c. France, op. cit., § 43.

[1262] « *Ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion qu'ils appartiennent à une majorité ou à une minorité religieuse, ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute critique. Ils doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi* », ibid., p. 47 ; CEDH, I.A. c. Turquie, 13 septembre 2005, § 28.

[1263] Etymologiquement, les deux notions sont très proches puisque le terme blasphème vient du grec *blaptein* (nuire) et *phémé* (réputation). Blasphémer, c'est donc prononcer une parole injurieuse contre Dieu. Mais, ainsi que le souligne Patrice Rolland, pour que l'injure publique soit constituée, il suffit certes d'une simple dérision de l'image, mais « *elle doit porter sur les symboles fondamentaux de la religion que les juges prennent chaque fois la peine d'établir ; il faut que l'offense soit gratuite, ce qui résulte à la fois du caractère purement commercial du but qui l'emporte sur l'aspect de création artistique et surtout qu'il y ait absence de débat public* », *La critique, l'outrage et le blasphème*, note sous TGI Paris, Ord. réf., 10 mars 2005 et Cour d'appel de Paris, 14ème Ch. B, 8 avril 2005, d., n°20-2005, p. 1331.

[1264] Michel Leroy, *La parodie religieuse n'est pas une injure*, rtdh, n°71, 2007, p. 880 et 882.

[1265] Mario Oetheimer, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe. Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni*, Mayence, Pedone, 2001, p. 162.

[1266] Pascal Mbongo remarque de manière opportune que « *dans les temps prémodernes, le « blasphème » tendait à lutter contre les discours mettant en cause la religion en tant que cette religion était l'un des fondements de l'ordre politique et social – la règle de droit avait donc une finalité moraliste adossée à une vision holiste du corps social* », *Le traitement juridictionnel des offenses aux convictions religieuses*, op. cit., p. 695.

[1267] Cf. Pierre-François Docquir, *La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses ?*, rtdh, n°68-2006, pp. 839-849.

part, là où les juridictions de fond avaient pu censuré une publicité détournée du tableau *La Cène* de Léonard de Vinci en s'appuyant notamment sur la jurisprudence européenne, la Cour de cassation a finalement cassé ces jugements en considérant que cette interdiction allait à l'encontre de la liberté d'expression[1268]. D'autre part, l'affaire dite des « caricatures de Mahomet » dans Charlie Hebdo a donné lieu à une décision majeure de la 17ème Chambre du TGI de Paris du 22 mars 2007 où le tribunal a rappelé que « *Charlie hebdo est un journal satirique, contenant de nombreuses caricatures, que nul n'est obligé d'acheter ou de lire, à la différence d'autres supports tels que des affiches exposées sur la voie publique* »[1269]. Si dans ces deux affaires la Cour de cassation a fait primer la liberté d'expression sur l'injure en raison d'une appartenance à une religion[1270], il n'en demeure pas moins que la jurisprudence en train de se dessiner reste sous l'emprise d'un arrêt que la doctrine n'avait pas hésité à qualifier de « *regrettable* » [1271], à savoir l'arrêt Otto-Preminger Institut c. Autriche. Afin de justifier l'interdiction du film *Le Concile d'amour*, la Cour européenne s'appuya en effet sur un raisonnement confus, voire contradictoire, en invoquant tout à la fois la liberté religieuse et la protection des droits d'autrui[1272]. Or, en

[1268] Cass. civ., 2ème Ch., 14 novembre 2006, D., 2006, IR 2948. Emmanuel Dreyer résume parfaitement l'enjeu juridique qui s'est posé aux juges de la cassation. En acceptant le primat de la loi du 29 juillet 1881 sur le nouveau code de procédure civile, la cassation s'avérait inévitable pour les raisons qui tiennent à la qualification même de la notion d'injure : celle-ci ne concerne que les personnes et non les symboles politiques ou religieux ; pourtant, selon l'auteur, il appartiendrait au juge « *d'objectiver les messages qui posent problème, et de rechercher s'ils disposent d'une justification légitime ou cherchent seulement à choquer pour attirer l'attention* », *La Cour de cassation et le désarroi des croyants*, D., n°29-2007, p. 2076.

[1269] TGI de Paris, 17ème Ch., 22 mars 2007. Cf. La note d'Emmanuel Derieux, *L'affaire des « Caricatures de Mahomet » : liberté de caricature et respect des croyances*, JCP, n°19-2007, pp. 27-30. Le Tribunal rappelle au surplus le rôle joué par la satire dans un État de droit : « *toute caricature s'analyse en un portrait qui s'affranchit du bon goût pour remplir une fonction parodique, que ce soit sur le mode burlesque ou grotesque ;* […] *que le genre littéraire de la caricature, bien que délibérément provocant, participe à ce titre de la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions,* […] *que, du fait de l'excès même de son contenu volontairement irrévérencieux, il doit être tenu compte de l'exagération et de la subjectivité inhérentes à ce mode d'expression pour analyser le sens et la portée des dessins litigieux, le droit à la critique et à l'humour n'étant cependant pas dépourvu de limites* ». Cf. également Paul Martens, *La plaisanterie et le droit*, Mélanges Gélard, op. cit., pp. 163-168 plus spécialement.

[1270] Dans le même sens, on peut mentionner la décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui avait refusé de condamner l'association AIDES pour un tract où l'on pouvait voir un dessin représentant en buste une religieuse associée à l'image d'un angelot muni d'un arc et d'une flèche et de deux préservatifs, l'ensemble étant accompagné de la légende : « Sainte Capote protège nous ». La Chambre criminelle estime que « *si le tract a pu heurter la sensibilité de certains catholiques, son contenu ne dépasse pas les limites de la critique admissible* », Cass. crim., 14 février 2006, D., 2006 IR 886.

[1271] Patrick Wachsmann, *La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme*, RUDH, Vol. 6, n°12, 1994, pp. 441-449.

[1272] Comme l'a souligné François Rigaux, le recours à plusieurs buts pour justifier une telle ingérence « *est un indice de la faiblesse de chacun d'eux pris séparément* », *La liberté d'expression et ses limites*, RTDH, 1995, p. 401.

l'espèce, « *c'est d'une atteinte à la liberté d'expression qu'il s'agissait* […] *et la Cour transforme un litige sur la liberté d'expression en discussion sur la liberté religieuse* »[1273]. En outre, l'un des critères qui semble pris en compte est normalement celui de l'impact du film ; or, « *celui-ci est essentiellement différent selon que la partie du public hostile au message diffusé est ou non exposée à se le voir imposer contre son gré* »[1274]. Dès lors convient-il pour les autorités nationales de prendre des mesures de protection au profit des consciences, telle que l'organisation d'avertisseurs prévenant le public du caractère contesté de l'œuvre ou encore la possibilité offerte aux milieux religieux concernés d'exprimer leur réticence[1275]. Reste que dans le cas présent, contrairement à l'affaire MÜLLER où les toiles litigieuses étaient accessibles au regard de tous, le film en cause ne devait être projeté que six fois à un public averti par voie d'affichage et dans une salle de cinéma dont l'accès était interdit aux moins de 17 ans. Alors que « *les restrictions à la liberté d'expression appellent une interprétation étroite* »[1276], la confirmation de l'interdiction, puis de la saisie et de la destruction du film, apparaît comme incompréhensible, si ce n'est qu'elle s'appuie *in fine* sur « *la conception du*

[1273] Patrick WACHSMANN, *La religion contre la liberté d'expression (…)*, op. cit., p. 443.

[1274] Ibid., p. 446. Cf. en ce sens, TGI de Paris, Ord. réf., 28 janvier 1985, D. 1985, p. 129 : « *il ne peut être fait grief au réalisateur, au producteur et au distributeur du film – hors toute publicité tapageuse, raccrocheuse et mensongère – de soumettre une œuvre à la critique et à la sanction du spectateur individuel qui prend l'initiative, en payant un billet d'entrée, d'engager un colloque singulier avec ladite œuvre ; qu'il doit en être ainsi notamment lorsque le spectateur individuel sait que l'œuvre relève du cinéma d'auteur et qu'il prend, par avance, le risque d'en accepter, sinon d'en subir, la caractère provocant ou même choquant pour ce qui forme le fond intime de ses croyances ; que cette démarche du spectateur, constitutive de la liberté fondamentale de l'homme d'aller et venir et d'avoir accès aux manoeuvres de l'esprit, ne saurait être entravée* ». En d'autres termes, « *l'offense publique ne peut en pratique, résulter que du fait d'images, de représentations ou de slogans (publicitaires) imposés au public sans son consentement* », Patrice ROLLAND, *Existe-t-il un droit au respect des convictions religieuses dans les médias ? (…)*, op. cit., p. 1008.

[1275] Cette position est partagée par le juge français. Ainsi, à propos du film « La dernière tentation du Christ », la Cour de cassation a rappelé que « *le principe de la liberté d'expression, notamment en matière de création artistique, le droit de pratiquer sa religion et le respect du aux croyances étant d'égale valeur, il appartient au juge du fond de décider de mesures appropriées à faire respecter un nécessaire équilibre* », Cass. civ., 1ère Ch., 29 octobre 1990. Pour une réflexion plus générale, cf. Jacques RAVANAS, *Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité*, D., n°30-2000, pp. 459-462.

[1276] CEDH, MURPHY C. IRLANDE, précité, § 67. Cette décision confirme surtout le lien consubstantiel qui peut exister entre la religion et la morale : « *toutefois, les États contractants ont généralement une plus grande marge d'appréciation lorsqu'ils règlementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou, plus particulièrement, de la religion* ».

public tyrolien »[1277]. Malgré son sociologisme assez discutable[1278], il est possible de comprendre de cette décision que c'est bien la publicité[1279] de l'acte et les réactions qu'il peut provoquer dans l'opinion publique locale qui permettent de justifier tant l'atteinte à la liberté d'expression que sa fragmentation.

Á la suite de Prosper WEIL[1280], Danièle LOCHAK avait ainsi pu rappeler que « *le fait de tenir compte des nécessités gouvernementales, de l'état de l'opinion, du climat politique, rend la marge de manœuvre du juge administratif relativement étroite pour imposer ses propres vues* » et qu'elle se ralliait à l'idée selon laquelle « *la jurisprudence administrative reflète « l'opinion publique dominante », à condition toutefois de préciser que cette dernière notion ne doit pas être nécessairement entendue comme l'opinion de la majorité, mais plutôt comme celle de la fraction de l'opinion qui, à un moment donné, en raison de son statut politique ou de sa situation économique, détient des moyens d'influence effectifs sur la conduite des affaires publiques* »[1281]. En d'autres termes, ainsi que l'a souligné Stéphane RIALS, la notion de moralité publique est un standard, c'est-à-dire un « *instrument de mesure* [et] *une technique de formulation de la règle de droit* » derrière laquelle on discerne l'idée de normalité[1282]. Néanmoins, cette affirmation ne lève pas les doutes inhérents à l'ambiguïté de la notion de normalité : « *la*

[1277] « *La Cour ne peut négliger le fait que la religion catholique romaine est celle de l'immense majorité des Tyroliens. En saisissant le film, les autorités autrichiennes ont agi pour protéger la paix religieuse dans cette région et pour empêcher que certains se sentent attaqués dans leurs sentiments religieux de manière injustifiée et offensante* », CEDH, OTTO-PREMINGER INSTITUT, précité, § 56. Toutefois, contrairement à ce qu'une partie de la doctrine a avancé au moment de l'affaire, la Cour n'entend pas faire bénéficier la religion catholique d'un statut privilégié par rapport aux autres religions puisque l'islam peut également en bénéficier, cf. I.A C. TURQUIE, précité ; AYDIN TATLAV C. TURQUIE, 2 mai 2006. Le critère spatial est donc combiné au critère majoritaire, ce qui peut apparaître contestable si l'on estime que ce sont les religions minoritaires qui devraient en priorité être protégées. Cf. Mercedes CANDELA SORIANO et Alexandre DEFOSSEZ, *La liberté d'expression face à la morale et à la religion : analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, n°68, 2006, pp. 817-837.

[1278] Dans la décision I.A. C. TURQUIE, la Cour réutilise ce type d'argumentation : « *nonobstant l'existence d'une certaine tolérance au sein de la société turque, qui est profondément attachée au principe de laïcité, lorsqu'il s'agit de la critique des dogmes religieux, les croyants peuvent légitimement se sentir attaqués, de manière injustifiée et offensante par les passages* [en cause] », § 29.

[1279] « *La projection envisagée doit passer pour avoir constitué une expression suffisamment publique pour être offensante* », CEDH, OTTO-PREMINGER INSTITUT, précité, § 54. Cette position a été confirmée très récemment par la Cour dans sa décision KLEIN C. SLOVAQUIE du 31 octobre 2006, qui concernait un journaliste qui avait pris violemment à partie dans un article un dignitaire de l'église catholique, après que ce dernier avait prôné l'interdiction de la diffusion du film « Larry Flint ». En l'espèce, la Cour refuse de reconnaître que le journaliste ait porté atteinte à la foi des croyants catholiques, notamment en raison du caractère confidentiel de ce magazine essentiellement destiné à un public intellectuel.

[1280] Prosper WEIL, *Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ?*, Annales de la faculté de droit d'Aix-en-provence, 1959, p. 281 et s.

[1281] Danièle LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 321-322.

normalité, ce peut être ce qui est statistiquement ou ce qui doit être. Á la normalité descriptive s'oppose la normalité dogmatique »[1283]. Si les doutes demeurent donc quant à l'interprétation par le juge de la conscience collective[1284], nécessaire terreau de la moralité publique, la pensée libérale semble finalement admettre qu'un pluralisme moral puisse restreindre notre liberté d'expression : ainsi que l'avait déjà écrit Patrice ROLLAND dans sa thèse de doctorat, « *pour concilier l'hétérogénéité des conception morales avec le libre exercice de sa liberté par chacun, il faudra probablement de plus nombreuses distinctions, à la fois sur le plan spatial (coutume locale, régionale, nationale) et sur le plan qualitatif (du lieu du plus grand conformisme au lieu de la plus grande liberté). Au pluralisme des conceptions morales devra correspondre dans la mesure du possible une pluralité de milieux homogènes, chacun porteur d'une conception homogène de la pudeur ou de la décence. Dans les cas où ce n'est pas possible, comme pour les lieux servant absolument à tous, c'est un plus grand conformisme qui devrait régner, sorte de plus grand dénominateur commun* »[1285].

Conclusion du Chapitre 1

« C'est ainsi que la plupart des étrangers […] ont peine à se faire une juste idée de l'autorité qu'exerce en France l'opinion publique : ils comprennent difficilement ce que c'est qu'une puissance invisible, qui, sans trésors, sans garde et sans armée, donne des lois à la ville, à la Cour, et jusque dans le Palais des rois »[1286].

La référence à l'opinion publique oscille dans le discours juridique entre une acception positive et une acception péjorative. Selon la première, pour qu'il y ait une véritable souveraineté populaire, le public doit pouvoir recevoir toutes les informations d'intérêt général[1287]. L'opinion

---

[1282] Stéphane RIALS, *Les standards, notions critiques du droit*, IN PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (Dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, Publications du Centre national de Recherches de Logique, 1984, p. 44.

[1283] Ibid., p. 44.

[1284] Ainsi que le souligne Pascal MBONGO, la difficulté provient de ce que les juges doivent « *postuler que le sens des discours et des représentations litigieuses dans ce type d'affaires est connaissable et que ce sens est unique. Au fond, c'est cette fiction, ou cette hypothèse logico-déductive, qui est la matrice de l'imprévisibilité des décisions des juges* », *Les caricatures de Mahomet et la liberté d'expression*, ESPRIT, n°5-2007, p. 149.

[1285] Patrice ROLLAND, *La liberté morale et l'ordre public*, Thèse, dactyl., Paris II, 1976, p. 168.

[1286] Jacques NECKER, *De l'administration des finances de la France*, s.1, 1784, T. I, p. 52, cité par Lucien JAUME, *L'opinion publique selon Necker : entre concept et idée-force*, IN CHAUSSIN Joëlle et SÉBASTIAN Javier Fernandez (Dir.), *L'avènement de l'opinion publique.* op. cit., p. 34.

[1287] La Commission pour la démocratie par le droit, dite aussi Commission de Venise, a par ailleurs rappelé en 2005 que le pluralisme n'est respecté que pour autant l'on tienne compte de l'audience de chaque média (et pas simplement du nombre de médias), de chaque catégorie de média (le pluralisme

publique est donc le produit de la liberté d'expression et la sauvegarde du régime représentatif. Toutefois, dans la seconde acception, l'opinion publique peut se comporter elle-même comme le censeur le plus efficace qui soit. TOCQUEVILLE avait ainsi mis en garde contre cette censure silencieuse : « *l'inquisition*, relève-t-il, *n'a jamais pu empêcher qu'il ne circulât en Espagne des livres contraires à la religion du plus grand nombre. L'empire de la majorité a fait mieux aux États-Unis : elle a ôté jusqu'à la pensée d'en publier. On rencontre des incrédules en Amérique, mais l'incrédulité n'y trouve pour ainsi dire pas d'organe* »[1288]. Pour le penseur français, l'égalité des conditions crée en effet l'individu et la possibilité d'une opinion publique libre, mais l'individualisme les menaces tous les trois[1289]. En tant qu'elle implique le respect de l'opinion de tous, la passion pour l'égalité implique également un certain scepticisme : dès lors « *chacun se referme sur soi-même et de là croit pouvoir juger le monde* »[1290]. En d'autres termes, « *l'opinion publique n'est plus la force qui contraint le despote à laisser parler ses adversaires,* […] *elle est précisément l'instance qui réduit au silence, qui extirpe jusqu'au désir d'exprimer une opinion divergente* »[1291]. Le véritable ressort de la tyrannie de l'opinion que dénoncent MILL ou TOCQUEVILLE réside donc dans la liberté elle-même qui, en rendant les hommes égaux, fait que chacun ne voit plus d'autre pouvoir que celui, impersonnel et d'autant plus puissant, de l'opinion publique[1292] : ainsi, « *en Amérique*, précise MILL, *la majorité trace un cercle formidable autour de la pensée. Toute individualité de caractère, et toute indépendance de pensée ou de sentiment est prostrée devant le joug de l'opinion* »[1293]. Cette dernière favoriserait ainsi une forme d'autocensure qui peut être perçue comme un mal encore plus pernicieux tant elle

---

doit exister tant en matière audiovisuelle qu'en matière de presse écrite, et tant nationalement que régionalement). Cf. François LUCHAIRE, *La liberté d'expression*, POLITEIA, n°9, 2006, p. 219-223.

[1288] *De la Démocratie en Amérique*, Livre I, op. cit., p. 267.

[1289] TOCQUEVILLE définit ainsi l'individualisme comme « *un sentiment réfléchi et paisible qui dispose chaque citoyen à s'isoler de la masse est de ses semblables et à se retirer à l'écart avec sa famille et ses amis ; de telle sorte que, après s'être ainsi créé une petite société à son usage, il abandonne volontiers la grande société à elle-même.* […] *L'individualisme ne tarit d'abord que la source des vertus publiques ; mais à la longue, il attaque, et détruit toutes les autres et va enfin s'absorber dans l'égoïsme* », *De la démocratie en Amérique*, Vol. II, 2ème partie, chap. II, op. cit. Cf. Jean-Claude LAMBERTI, *La liberté et les illusions individualistes de Tocqueville*, IN GUELLEC Laurence (Dir.), *Tocqueville et l'esprit de la démocratie*, Paris, Presses de Sciences Po, Coll. Fait politique, 2005, pp. 149-156.

[1290] *De la démocratie en Amérique*, op. cit., T. II, 1ère partie, Chap. I.

[1291] Pierre KARILA-COHEN, *La censure ou la parole bâillonnée*, AUTREMENT, n°185, 1999, p. 88.

[1292] Cf. Paul ZAWADZKI, *Les nouvelles formes de servitude. Penser la face sombre de l'individualisme démocratique*, Raisons Politiques, n°1-2001, pp. 11-35. Ainsi, par exemple, des responsables de galerie ou de théâtre ont en 2006 retirer d'eux-mêmes des œuvres qui pouvaient, selon eux, déclencher la colère de la population musulmane, Le Monde, 6 octobre 2006.

[1293] *Tocqueville on Democracy in America*, IN *Essays on Politics and Culture*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1973, p. 205, cité par Pierre BOURETZ, *L'opinion publique et les voyages de la pensée libérale (…)*, op. cit., p. 53.

met en jeu des schèmes de pensée étrangers à la règle juridique[1294]. L'enjeu consisterait alors à éviter que ne se substitue au conflit d'idées et de valeurs une forme de consensus inconscient et « politiquement correct »[1295] : comme le rappelle Slobodan MILACIC, « *le manichéisme de la pensée unique est la mort du débat politique. Le débat politique est par essence démocratique. Il en condense la rationalité en essayant d'optimiser les soucis contradictoires de la liberté d'expression et de la productivité des décisions* »[1296].

Sans négliger cette difficulté d'unité du discours libéral, on comprend néanmoins la place prégnante qu'occupe l'opinion publique dans la construction juridique de l'espace public et le rôle majeur joué par la liberté de la presse[1297]. C'est en effet elle qui permet un contrôle permanent du public sur les actes des gouvernants[1298], ce qui s'avère, pour une partie de la doctrine publiciste, et ce dans une perspective évolutionniste, un préalable indispensable à l'émergence d'un stade démocratique supérieur que serait le gouvernement de l'opinion par elle-même.

[1294] En ce sens, Jean-Marie PONTIER, *Sur la censure*, D., 1994, 6ème Cahier, Chron., p. 48. L'auteur cite toutefois Paul VALADIER pour qui, « *bien au-delà des petites prudences mesquines, l'autocensure est une forme de civilité et d'humanité* », *Inévitable morale*, Paris, Seuil, Coll. Esprit, 1990, p. 127. On retrouve finalement là l'idée chère à Norbert ELIAS selon laquelle l'interdit participe également, dans une certaine mesure, au processus de civilisation.

[1295] « *Substituts inconscients du Prince et des Eglises, ils* [les médias de masse] *tendent plutôt à propager des idées reçues et des dogmes, expression « politiquement correcte » d'une vérité collective née des hasards de la mode et du talent communicateur des plus bruyants* », Henri PIGEAT, *Liberté de presse, qualité de l'information. Á la recherche d'une autorégulation*, COMMENTAIRE, n°104, 2003, p. 963. Pour une illustration autour de l'exemple de l'*Affirmative action* aux États-Unis, cf. Guy HAARSCHER, *Le « politiquement correct » et la démocratie*, IN HAARSCHER Guy et LIBOIS Boris (Dir.), *Les mutations de la démocratie représentative. Quelle communauté politique aujourd'hui ?*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, Coll. Philosophie politique et juridique, 1997, pp. 73-80.

[1296] *La démocratie malade du consensus (…)*, op. cit., p. 103.

[1297] « *Une presse libre constitue l'un des grands interprètes entre le gouvernement et le peuple. Lui permettre d'être enchaînée s'est s'enchaîner soi-même* », GROSJEAN V. AMERICAN PRESS CO., INC., 297 US 233, 10 février 1936.

[1298] Les propos de PRÉVOST-PARADOL sont, ainsi que le souligne Lucien JAUME, d'une actualité saisissante. Il écrit en effet : « *la crainte que nous inspirent le contrôle et le jugement de nos semblables a sur nos actions un pouvoir au moins égal à celui de notre conscience ; il est même un grand nombre d'hommes à qui cette crainte salutaire tient lieu du sentiment du devoir* […]. *La presse n'est autre chose que ce contrôle et ce jugement public, se produisant avec une puissance et une continuité inconnues aux générations qui nous ont précédés dans ce monde. Elle tend à rendre, par le seul fait de son existence, les crimes des particuliers plus rares, les grandes iniquités de l'État plus difficiles, les dénis de justice en matière criminelle et l'inégalité des citoyens devant la loi pénale presque impossibles* », *La France nouvelle*, Paris, Garnier, 1981, p. 222, cité par Lucien JAUME, *Heurs et malheurs de la presse*, op. cit., p. 57.

Chapitre 2. La démocratie d'opinion entre participation et délibération

« […] il semble justifié de définir la démocratie comme domination de l'opinion publique, « government by public opinion ». Un vote individuel secret suivi de l'addition des opinions de personnes privées isolées ne peut pas produire une opinion publique. Toutes ces méthodes d'enregistrement ne sont que des méthodes auxiliaires, en tant que telles utiles et précieuses ; mais elles n'absorbent pas et n'épuisent pas la substance de l'opinion publique. […] Il n'y a pas de démocratie et pas d'État sans opinion publique […] »[1299].

Le modèle représentatif, libéral, repose sur les deux principes politiques mis en exergue par Benjamin CONSTANT. Le premier principe est démocratique et concerne la source de l'autorité : « Toute autorité qui gouverne une nation doit être émanée de la volonté générale ». Le deuxième principe infléchit le premier dans un sens libéral ; il concerne l'exercice de l'autorité : « La volonté générale doit exercer sur l'existence individuelle une autorité délimitée ». Sa justification de l'État de droit est forte[1300] et conforte la distinction entre la source et l'exercice de l'autorité politique : la source est le peuple et l'exercice du pouvoir revient aux représentants. Autrement dit, c'est cette distinction analytique (entre source et exercice de l'autorité) qui, dans un même mouvement, fonde l'État de droit et le gouvernement représentatif, soit les deux caractéristiques essentielles qui démarquent le modèle représentatif (libéral) du modèle participatif (rousseauiste)[1301]. C'est pourquoi le regain du modèle participatif ne relève pas de la simple rhétorique. Il se laisse aussi comprendre à la lumière de raisons tout à la fois historiques et

---

[1299] Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 385.

[1300] « *L'erreur de Rousseau et des écrivains les plus amis de la liberté vient de la manière dont ils se sont formés leurs idées en politique. Ils ont vu dans l'histoire un petit nombre d'hommes, ou même un seul, en possession d'un pouvoir immense qui faisait beaucoup de mal. Mais leur courroux s'est dirigé contre les possesseurs et non contre le pouvoir même. Au lieu de le détruire, ils n'ont songé qu'à le déplacer. C'était un fléau ; ils l'ont considéré comme une conquête, ils en ont doté la société entière* », *Principes de politique applicables à tous les gouvernements* (1806), op. cit., p. 39.

[1301] C'est en effet cette distinction analytique qui justifie, d'une part, l'instauration d'un gouvernement représentatif supposant que l'exercice du pouvoir législatif revienne, sans préjudice pour la démocratie, à des représentants mandatés par le peuple, et, d'autre part, l'instauration d'une garantie des libertés fondamentales individuelles, initialement regardées comme ressortissant à un droit naturel des individus en tant qu'êtres humains, droit pré-politique, c'est-à-dire préexistant à tout « Contrat », car non négociable.

systématiques. Ces raisons tiennent à une « crise » du gouvernement représentatif, lequel s'était lui-même déjà affirmé sur la base d'une critique de la démocratie participative à la ROUSSEAU[1302].

Sur le plan juridique, la participation des citoyens aux affaires publiques est bien reconnue mais de façon assez restreinte, tant au niveau des textes internationaux[1303], qu'au niveau européen[1304]. Néanmoins, les droits fondamentaux liés à la qualité de citoyen se résument alors à deux idées : le citoyen a le droit de voter[1305] et le droit de participer à des élections libres et régulières. Cette définition minimale de la participation laisse peu de place à l'opinion publique, même si celle-ci joue un rôle non négligeable dans le processus de sélection des gouvernants[1306]. La rhétorique participative est donc profondément ambivalente : ainsi, il ne fait pas de doute que les mécanismes de gouvernement semi-direct qu'avait identifiés Adhémar ESMEIN[1307] participent d'une logique anti-représentative qui modifie substantiellement la fonction de l'opinion publique dans nos démocraties modernes. En effet, l'opinion publique n'est dès lors plus pensée

---

[1302] Cf. Marie-Anne COHENDET, *Une crise de la représentation politique ?*, CITÉS, n°18, 2004, pp. 41-61.

[1303] Ainsi, par exemple, l'article 21 de la DUDH énonce que « *toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis* » et ajoute que « *la volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote* », tandis que l'article 25 du PIDCP reprend également le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, de voter et d'être élu et d'accéder dans des conditions générales d'égalité aux fonctions publiques de son pays.

[1304]. L'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme énonce ainsi que « *les hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur les choix du corps législatif* ». La Cour de Strasbourg a eu l'occasion de rappeler que « *de l'idée d'un droit « institutionnel » à l'organisation d'élections libres* […] *celle-ci est passée à la notion de « suffrage universel »* […] *puis, par voie de conséquence, de droits subjectifs de participation : le « droit de vote » et le « droit de se porter candidat lors de l'élection du corps législatif* » », CEDH, 2 mars 1987, MATHIEU-MOHIN ET CLERFAYT C. BELGIQUE, § . 51.

[1305] Une circulaire de l'An V avait déjà rappelé que « *le peuple, dans le système représentatif, ne peut être souverain que par ses suffrages. Ainsi, le droit de voter dans les assemblées primaires constitue parmi nous le véritable exercice de la souveraineté* », cité par Serge ABERDAM, *Voter, élire pendant la Révolution française 1789-1799. Guide de recherche*, Éd. du CTHS, 1999, p. 478.

[1306] Cf. supra.

[1307] ESMEIN identifie quatre éléments assez hétérogènes : l'instrument référendaire, le monocamérisme, le mandat impératif et la représentation des minorités qui sont tous jugés comme « *contraires et antipathiques au génie du gouvernement représentatif, parce qu'elles appartiennent au mécanisme logique d'une autre forme de gouvernement* », *Deux formes de gouvernement*, op. cit., p. 24. Cf. également *Éléments de droit constitutionnel (…)*, op. cit., p. 96. On retrouve finalement là l'argumentaire classique de MONTESQUIEU selon lequel « *le grand avantage des représentants, c'est qu'ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n'y est point du tout propre ; ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie* », *De l'esprit des lois*, 1ère partie, livre XI, Chap. VI.

comme une simple extériorité critique du pouvoir mais bien comme une force politique agissante (SECTION **1**). C'est dans la continuité de ces analyses qu'il convient de saisir le tournant délibératif qui a saisi la théorie démocratique à la fin du XXème siècle[1308]. Le projet délibératif se veut ambitieux en ce qu'il se propose en quelque sorte de réconcilier la liberté des Anciens et celle des Modernes. S'écartant du postulat libéral et individualiste, il préconise une démocratie dialogique, centrée sur la parole publique et non sur le vote[1309]. Dès lors, le modèle normatif de démocratie délibérative s'articule autour de processus de communication « *qui participent à la formation de l'opinion et de la volonté* »[1310], et il cherche à définir un « *idéal radicalement démocratique* […] *devant s'appuyer sur le principe voulant que l'autorité appelée à régir les affaires de la Cité par les voies de la discussion soit constituée de l'ensemble des membres composant une communauté de citoyens* »[1311]. En d'autres termes, en défendant l'hypothèse d'une démocratie forte[1312], le projet délibératif repose *in fine* sur la formation d'une opinion publique autonome et délibérante, entretenant le mythe d'une autodétermination collective (SECTION **2**).

Section 1. Le gouvernement semi-représentatif ou la logique de la participation

Le distinguo entre le « gouvernement direct » et le « gouvernement représentatif » structure encore pour une large part le discours de la doctrine constitutionnelle relatif à l'étude des régimes politiques. Popularisé par Adhémar ESMEIN, il tend à opposer frontalement ces deux types d'organisation du pouvoir, chacun connaissant « *une organisation propre et des institutions spécifiques pour le mettre en œuvre* »[1313]. Le gouvernement représentatif repose sur trois traits distinctifs : tout d'abord, « *la nation, considérée comme souveraine, n'exerce par elle-même aucun des*

[1308] Notamment autour des travaux, entre autres, de Jürgen HABERMAS, Joshua COHEN ou encore Benjamin BARBER.

[1309] Cf. Amy GUTMANN et Denis THOMPSON, *Pourquoi la démocratie délibérative est-elle différente ?*, Philosophiques, Vol. 29, n°2-2002, pp. 193-214.

[1310] Jacques GERSTLÉ, *La communication politique*, op. cit., p. 250.

[1311] David LEFRANÇOIS, *Éducation à la citoyenneté et démocratie délibérative. Pour une approche dialogique de la formation civique*, IN *La démocratie délibérative en philosophie et en droit : enjeux et perspectives*, Montréal, Thémis, 2001, p. 130.

[1312] Selon la formule de Benjamin BARBER, *Strong democracy, Participatory politics for a New Age*, Berkeley, University of California Press, 1984. Celui-ci considère en effet que « *l'activité civique entraîne les individus à penser en termes publics, en citoyens, et* [que] *leur statut de citoyens les dote d'un sens utile de la collectivité et de la justice.* […] *La politique devient sa propre université, la citoyenneté son terrain pratique, et la participation son guide* », p. 172.

[1313] Stéphane PINON, *Regard critique sur les leçons d'un « maître » du droit constitutionnel (…)*, op. cit., p. 209.

attributs de la souveraineté »[1314] ; ensuite, les représentants de la nation sont irresponsables et irrévocables pendant toute la durée de leurs fonctions ; enfin, la représentation « *est conçue, non comme un succédané du gouvernement direct de la nation par elle-même, mais comme un système de gouvernement préférable à celui-ci* »[1315]. La conclusion de l'auteur est sans appel : le gouvernement direct est une menace pour la garantie des libertés. Pourtant, ainsi que le constate ESMEIN lui-même, cette *suma divisio* tend à s'obscurcir, du fait notamment de l'introduction de mécanismes de participation du citoyen à l'exercice de la souveraineté nationale dans les Républiques et monarchies représentatives. Pour caractériser les démocraties qui telles que la Suisse ou les États-Unis ont recours à ce type de mécanismes, ESMEIN va alors proposer une nouvelle notion : le « gouvernement semi-représentatif », dont l'objet est uniquement de « *traduire et exécuter le plus exactement possible la volonté réelle de la nation, exprimée par la majorité des électeurs politiques* »[1316]. Comme pourra le souligner René CAPITANT par la suite, les travaux d'ESMEIN s'avèrent précieux pour la science constitutionnelle en ce qu'ils témoignent alors de la prise de conscience quant à l'importance de la participation accordée aux citoyens dans l'exercice de la souveraineté[1317]. Si ces considérations théoriques peuvent parfois apparaître aux yeux d'une partie de la doctrine comme n'ayant qu'un intérêt limité aujourd'hui, il n'en demeure pas moins qu'elles s'avèrent indispensables dans une étude relative à la place de l'opinion publique dans le processus de participation. Ainsi, c'est à l'aune de ces développements qu'il convient d'analyser la place dans nos ordres juridiques du référendum ou du droit de pétition. Si ceux-ci jouent un rôle indéniable quant à la reconnaissance juridique de l'opinion publique[1318], tant leur nature que leur fonction apparaissent néanmoins comme incertaines (**SOUS-SECTION 1**). Souvent associés au rêve d'une démocratie continue qu'ils seraient en mesure de faire advenir[1319], force est de constater pourtant leur relative désuétude, qui s'explique autant par des raisons de droit que par des raisons de fait. Reste alors l'espoir suscité par les nouvelles technologies, au premier rang

---

[1314] *Deux formes de gouvernement*, op.cit., p. 15.

[1315] Ibid., p. 16. ESMEIN précise plus loin, « *c'est le produit à la fois de l'évolution historique et de l'intelligence humaine. Il apparaît encore à beaucoup d'esprits comme la combinaison la plus ingénieuse et la plus sûre qu'aient inventée les hommes pour organiser la liberté politique* », pp. 17-18.

[1316] *Deux formes de gouvernement*, op. cit., p. 25.

[1317] *Démocratie et participation politique*, op. cit., p. 50.

[1318] Jacques CHAPSAL, *Le suffrage politique et l'expression de l'opinion publique française depuis 1945*, IN TROTABAS Louis (Dir.), *L'opinion publique*, Paris, PUF, 1957, pp. 261-303.

[1319] Cf. par exemple Jean GICQUEL, *Démocratie continue et référendum*, IN ROUSSEAU Dominique (Dir.), *La démocratie continue*, op. cit., pp. 149-156.

desquels les sondages et Internet, quant à l'instauration d'un face à face permanent entre gouvernants et gouvernés (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. Référendum et droit de pétition : instruments « participatif » ou « représentatif » ?

Le référendum, en ce qu'il entretient le mythe de l'auto-gouvernement, est souvent présenté par la doctrine constitutionnelle du début du siècle comme un instrument permettant l'expression de l'opinion publique. Ainsi Lord Bryce rappelle-t-il par exemple que « *l'expression « gouvernement par l'opinion publique » s'applique plus spécialement à un système dans lequel la volonté du peuple agit directement et constamment sur ses agents exécutifs et législatifs. Un gouvernement peut être libre et bon sans être soumis à un contrôle constant et immédiat. Cependant c'est le but vers lequel l'extension du suffrage, la diffusion de plus en plus rapide des nouvelles, et la pratique du* self-government *lui-même, conduisent nécessairement les nations libres* »[1320]. Lowell pour sa part vise expressément la technique référendaire comme « *méthode d'expression de l'opinion publique* »[1321], même s'il reste très sceptique à son égard. En effet, et sur ce point Bryce le rejoint également, il n'est pas certain que le référendum soit une reproduction sincère de l'opinion publique (**Paragraphe 1**). Les deux auteurs évoquent en outre le fait qu'il serait une erreur de croire que la participation politique se limite au processus électoral, même élargi à la procédure du référendum. Confortant cette analyse, les politistes ont depuis longtemps démontré que la participation passait également par des formes plus ponctuelles et non conventionnelles de mobilisation[1322]. Naturellement, l'impératif de sauvegarde de l'ordre public a longtemps empêché la reconnaissance juridique de tels processus de formation de l'opinion publique. Á cet égard, il est impossible de ne pas voir les similitudes qui existaient par exemple entre les

---

[1320] *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 389. De même Émile Giraud considère dans une formule vraisemblablement inspirée des écrits de James Bryce que « *le référendum suppose une démocratie arrivée à son dernier stade de développement ; le premier stade est celui de l'élection simple manifestation de confiance en faveur des représentants, le deuxième stade est celui de l'élection marquant une adhésion à une politique générale, le dernier stade permet d'organiser avec le référendum un scrutin qui a une influence directe sur l'œuvre législative* », *La crise de la démocratie (…)*, op. cit., p. 75.

[1321] *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., p. 154.

[1322] Cf. notamment la célèbre analyse de Albert Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty* parue en 1970 et traduite en français sous le titre de *Défection et prise de parole*, Paris, Fayard, 1995.

dispositions juridiques relatives à la manifestation et au droit de pétition[1323], même si ce dernier fut davantage protégé. Ainsi Georges BURDEAU pouvait-il souligner que « *si l'on excepte le droit de pétition, tous les mécanismes politiques par lesquels l'opinion peut se faire connaître aboutissent à l'élection.* […] *L'une des sources du contrôle gouvernemental d'où est issue l'une des règles du régime parlementaire n'est-elle pas la discussion des pétitions par les chambres ? Ce qui explique un crédit aussi considérable c'est qu'il servait précisément de moyen de se faire connaître pour l'opinion préexistante, pour l'opinion spontanée.* […] *C'est là une contre-épreuve qui prouve combien étaient désarmées les volontés que le monopole d'expression de l'opinion de l'élection laissait de côté, puisqu'on les retrouve dans toutes les pétitions* »[1324]. Selon l'auteur, le droit de pétition est donc un instrument qui permet à l'opinion de se manifester en dehors du lien représentatif, tout en ayant permis au régime parlementaire de prospérer. Reste que la récente constitutionnalisation en droit interne du droit de pétition au niveau local témoigne également de la prise en compte de la rhétorique participative et tend à démontrer la place prééminente du droit de pétition dans une démocratie d'opinion (**PARAGRAPHE 2**).

Paragraphe 1. Le référendum, traduction fallacieuse de l'opinion publique

Il n'est pas ici dans notre propos de trancher les différentes controverses doctrinales relatives à la typologie référendaire[1325]. Tout au plus constate-t-on que la fonction attribuée au référendum à l'égard de l'opinion publique dépend de l'organe qui est habilité à déclencher le processus référendaire. Ainsi, lorsqu'il est entièrement aux mains des gouvernants, le référendum apparaît comme un instrument de connaissance de l'opinion publique (**Sous-Paragraphe 1**). Á l'inverse, l'initiative populaire modifie substantiellement la fonction du référendum en ce qu'il devient alors un instrument au service du gouvernement de l'opinion (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Le référendum, un instrument de connaissance de l'opinion publique aux mains des gouvernants

---

[1323] En outre, ainsi que le souligne Jacques GERSTLÉ, l'apport des sciences du langage sur cette question est particulièrement intéressant. On peut noter en effet que « *protester, contester, revendiquer, pétitionner sont autant de verbes performatifs. Ils sont en même temps de l'ordre du dire et de l'ordre du faire. L'expression a ce privilège de modifier l'ordre des choses par sa seule occurrence* », *La communication politique*, op. cit., p. 233.

[1324] *L'évolution des techniques d'expression de l'opinion publique dans la démocratie*, op. cit., p. 152.

[1325] Pour une présentation des différentes typologies envisageables, cf. Jean-françois AUBERT, *Le référendum populaire*, Revue de droit suisse, n°5-1972, p. 481 et s. Une version actualisée est présentée IN HAMON Francis (Dir.), *Le référendum*, La documentation française, n°121, 2007, pp. 3-6.

Le lien qui unit *a priori* le référendum et l'opinion publique n'est, pour une partie de la doctrine, guère différent de celui attribué au suffrage universel[1326]. Les deux mécanismes permettraient ainsi aux gouvernants d'avoir une vision à peu près satisfaisante de l'opinion publique. En d'autres termes, le référendum n'est qu'une mécanique, un instrument statistique au service des gouvernants[1327]. Se trouve ainsi levée l'hypothèque de l'incompatibilité du référendum et du gouvernement représentatif qu'avait mise en évidence Adhémar ESMEIN. Le référendum est en effet considéré comme un instrument du gouvernement représentatif, l'opinion publique restant ainsi extérieure au pouvoir[1328]. Il convient de préciser que la typologie qui distingue entre le référendum consultatif et le référendum décisionnel en fonction des conséquences attachées au scrutin ne présente qu'un intérêt limité du point de vue de notre étude. En effet, outre qu'elle est très contestable[1329], cette grille de lecture ne permet pas de saisir ni la nature pas plus que la fonction qui est assignée au référendum dans une démocratie d'opinion, sauf à considérer que le référendum consultatif correspondrait à une sorte de sondage d'opinion puisque les électeurs seraient libres de voter de manière irréfléchie et irresponsable, leur choix n'ayant aucune décision juridique[1330]. Or, pour les tenants du référendum, cette assimilation est critiquable en ce qu'entre « *un sondage et un référendum, il n'existe pas seulement une différence quantitative, liée au*

[1326] Ainsi TARDE avait-il par exemple écrit que « *le suffrage universel n'a peut-être de valeur, mais une valeur sérieuse, que par un côté non remarqué ; à savoir, comme un travail intermittent de statistique politique par lequel une nation est appelée à prendre conscience des changements qui s'opèrent dans ses vœux et ses opinions sur des questions vitales* », *Les lois de l'imitation*, op. cit., pp. 117-118.

[1327] Telle est la position de BRYCE et de LOWELL.

[1328] Cf. Jean-Pierre DUPRAT, *Le référendum constitutionnel dans un système français dominé par une logique représentative*, RIDC, n°2-2006, pp. 553-580.

[1329] Deux types d'arguments sont généralement invoqués. D'une part, certains soulignent que « *parler de référendum décisionnel, c'est comme parler de régie directe. C'est un pléonasme* » en ce qu'un référendum a nécessairement pour objet de permettre aux électeurs d'une collectivité de se prononcer directement sur une question à la place de leurs représentants, Jacques VIGUIER, *Référendum local et référendum national : chronique d'un déclin amorcé ?*, Lamy – Collectivités territoriales, n°4-2005, p. 56. Du même auteur, *De la mauvaise utilisation du terme « référendum » au plan local*, LPA, n°24-1998, p. 12. D'autre part, avec l'appui du droit comparé, certains soulignent que des référendums consultatifs présentent bien un caractère contraignant, d'un point de vue politique tout d'abord, mais également sur le plan juridique puisqu'ils auraient un « *effet juridique indirect* ». Dès lors conviendrait-il de proposer une nouvelle classification où les référendums consultatifs et décisionnels ne seraient que « *les deux extrémités d'un continuum au centre duquel se trouve le référendum d'orientation* », Patrick TAILLON, *Pour une redéfinition du référendum consultatif*, RIDC, n°1-2007, p. 154. Cf. également Jean-Marie DENQUIN, *Référendum consultatif*, POUVOIRS, n°77, 1996, pp. 79-93.

[1330] Telle était la position de Michel BOUISSOU qui considérait que « *les sondages d'opinion ne sont qu'une variante, informelle et « scientiste » du référendum consultatif* », *Pour une réhabilitation de l'institution référendaire*, Mélanges Burdeau, *Le pouvoir*, Paris, LGDJ, 1977, pp. 26-27.

nombre des participants, mais aussi une différence qualitative, car le référendum implique toujours un minimum de débats publics et contradictoires, de sorte qu'il fait inévitablement « bouger » l'opinion et ne se borne pas à enregistrer un état préexistant »[1331]. Ce qui est, du moins pour l'Assemblée Nationale, confirmé par la Constitution française puisque suite à la révision constitutionnelle de 1995, le nouvel alinéa 2 précise que « lorsque le référendum est organisé sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat »[1332].

Dans ces conditions, il n'est pas surprenant par exemple que la Constitution française confie la mise en oeuvre du référendum à l'exécutif, tant en ce qui concerne le référendum législatif que le référendum constituant[1333]. De même, la récente consécration du référendum local[1334] participe de cette dynamique représentative puisque seule l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale peut désormais décider de soumettre à référendum un projet d'acte[1335], pour autant

[1331] Francis HAMON, *Actualité du référendum*, LE DÉBAT, n°96, 1997, p. 58.

[1332] Cette nouvelle rédaction de l'article 11 nous suggère deux types de commentaires. Tout d'abord, nous nous accordons à penser avec Francis HAMON que « *sur le plan juridique, cette disposition ne donne aucun pouvoir nouveau* », puisque les parlementaires pouvaient déjà parvenir aux mêmes fins en utilisant la motion de censure ou la question orale à l'ordre du jour. Tout au plus peut-on considérer que sur un plan politique, « *la proposition du Gouvernement pourrait acquérir, aux yeux de l'opinion publique, une sorte d'existence autonome* », contribuant ainsi à un rééquilibrage au sein de l'exécutif entre le Président et le Premier ministre, *Vox imperatoris, vox populis ? (Réflexions sur la place du référendum dans un État de droit)*, Mélanges Braibant, op. cit., 1996, pp. 397-398. Ensuite, l'une des objections d'ESMEIN relative à l'introduction du référendum dans un régime représentatif peut être écartée. En effet, selon le publiciste français, le référendum diminuerait « *en fait le pouvoir délibérant des assemblées* […] *leur aptitude à discuter librement* », *Deux formes de gouvernement*, op. cit., p. 41. Du point de vue du droit positif, ce constat n'est donc désormais plus de mise.

[1333] Cf. Raymond FERRETTI, *Le référendum sous la Vème République ou l'ambivalence d'une institution*, LPA, n°136-1998, pp. 4-15. Selon certains auteurs, ce monopole de déclenchement explique pour une large part le déclin ou la crise du référendum, cf. Jean-Marie DENQUIN, *Le déclin du référendum sous la Vème République*, RDP, n°5/6-1998, pp. 1582-1610 ; Francis HAMON, *La crise du système référendaire*, DROITS, n°43, 2006, pp. 91-107.

[1334] L'article 6 de la loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République a introduit un article 72-1 dans la Constitution dont le deuxième alinéa donne la possibilité aux collectivités territoriales de recourir au référendum local dans le domaine de leurs compétences. La loi organique n°2003-705 du 1er août 2003 relative au référendum local et son décret d'application n°2005-433 du 4 mai 2005 sont venus préciser les modalités de mise en œuvre de l'article 72-1 de la Constitution. Parmi une doctrine abondante, on indiquera ici Danièle QUINTY, *Le référendum local*, TDP, n°2-2003, pp. 247-266 ; Régis DUFERNEZ, *Le référendum local décidé par les collectivités territoriales*, Lamy – Collectivités territoriales, n°4-2005, pp. 46-48 ; André VIOLA, *Le référendum local comme nouvel objet du droit constitutionnel*, IN BIOY Xavier, MOUTON Stéphane et ROUSSILLON Henry (Dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, op. cit., pp. 195-212.

[1335] L'actuel article L. 1112-16 du CGCT dispose que « la décision d'organiser la consultation appartient à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ». Le rôle joué par la Commission des lois du Sénat fut en l'espèce primordial et révélateur du refus des élus locaux de consacrer de véritables référendums

que celui-ci ne soit pas un acte individuel et qu'il porte sur une matière relevant bien de la compétence de la collectivité territoriale concernée[1336]. Quoique critiquée, cette solution s'inscrit néanmoins dans une certaine continuité avec le dispositif antérieur[1337]. Dès lors, ainsi que le souligne Marion PAOLETTI, « *cette procédure centrale de la démocratie directe est ramenée au rang des divers instruments de mesure de l'opinion de la démocratie continue locale* »[1338]. Si le monopole du déclenchement du référendum semble acquis, y compris au début du siècle pour une grande partie de la doctrine favorable au gouvernement populaire, se pose toutefois la question du domaine d'application de l'instrument référendaire. Cette question s'avère ainsi cruciale pour LOWELL car ce dernier estime qu'un « *vote populaire, sans assemblée générale, ne peut manifestement pas se livrer à une enquête générale sur la conduite du gouvernement.* […] *Pour connaître l'opinion publique sur une mesure particulière, provoquer un vote populaire est un procédé manifestement inapplicable, à moins que le peuple n'ait une opinion sur ce point* »[1339]. LOWELL estime en effet que l'opinion publique naît nécessairement de la délibération et qu'elle ne peut de plus se former sur l'ensemble des sujets du fait de la complexification de la vie sociale et politique[1340]. Dès lors

---

décisionnels d'initiative populaire au niveau local puisqu'elle a contribué à la suppression de la formulation initiale qui prévoyait que l'assemblée délibérante saisie « arrête le principe et les modalités d'organisation de cette consultation ». Pour des développements sur ces questions, cf. Géraldine CHAVRIER, *La démocratie participative dans le débat sur la décentralisation (1978-2004)*, IN ROBBE François (Dir.), *La démocratie participative*, op. cit., pp. 143-161.

[1336] Même si la détermination des compétences entre les différentes collectivités territoriales n'est pas toujours simple à énoncer, un certain nombre de compétences étant partagées entre plusieurs collectivités.

[1337] Introduit en 1995 par la loi Pasqua relative à l'aménagement du territoire à l'article L. 2142-3 du CGCT, le principe du référendum d'initiative citoyenne prévoyait qu'un cinquième des électeurs pouvaient « saisir le conseil municipal en vue de l'organisation d'une consultation sur une opération d'aménagement relevant de la décision des autorités municipales ». Si le Conseil d'État n'avait pas tranché de façon explicite la question de savoir s'il existait un pouvoir discrétionnaire ou une compétence liée de l'autorité administrative quant à l'organisation de la consultation (CE, 1er décembre 2003, COMMUNE DE LANCIEUX), la CAA de Paris a néanmoins affirmé que le Conseil municipal était libre de donner suite ou non à une demande de consultation, 22 février 2005, ASSOCIATION LES MAIS DE LA TERRE DU VAL D'ISIEUX C. COMMUNE DE LUZARCHES, Concl. du commissaire du Gouvernement LERCHER, AJDA, n°19-2005, pp. 1052-1055. Pour une analyse contentieuse plus générale du dispositif antérieur, cf. Nathalie ALBERT, *Le juge administratif et le référendum local*, TDP, n°2-2003, pp. 267-281.

[1338] *Le référendum local en France*, IN HAMON Francis (Dir.), *Le référendum*, op. cit., p. 59.

[1339] *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., pp. 156 et 161-162.

[1340] Cet argument, extrêmement fréquent dans la doctrine constitutionnaliste, n'est toutefois pas partagé par tous. Ainsi, Joseph BARTHÉLÉMY et Paul DUEZ considèrent-ils que « *l'argument est, pour le moins, exagéré. D'abord le projet soumis au vote populaire a déjà été l'objet d'une discussion préalable au sein du Parlement, discussion qui a pu recevoir la publicité désirable grâce à la diffusion toujours plus grande de la presse. De plus, le référendum rend leur place et leur rôle véritables à un grand nombre de citoyens d'élite placés en dehors du parlement : médecins, avocats en renom* […], *professeurs et savants* […]. *Dans un régime représentatif pur,*

regrette-t-il par exemple qu'aux États-Unis on ne se soit pas « *préoccupé de rechercher, d'une manière sérieuse, les catégories de problèmes sur lesquels une opinion publique sincère peut se former spontanément, et de limiter les cotes populaires à ces questions* »[1341]. Une analyse du droit positif donne aujourd'hui raison à LOWELL puisqu'il est connu que l'article 11 de la Constitution française détermine positivement un champ d'application au référendum législatif[1342], là où la Constitution italienne précise que le référendum couvre le domaine de la loi parlementaire à l'exception de matières expressément citées[1343]. Les formulations assez imprécises et générales retenues par le constituant français confirment ainsi l'idée qu'il « *semblerait plus sage de réserver le référendum aux questions portant sur les principes généraux seuls, et à la catégorie de sujets pour lesquels le public est normalement au courant des faits nécessaires à leur solution, plutôt que de l'étendre indistinctement aux questions sur lesquelles une opinion rationnelle ne peut se faire que par une connaissance de détails que l'homme moyen n'acquière pas facilement* »[1344]. On le voit, adossé à la

---

l'influence politique directe de cette élite extraparlementaire est pour ainsi dire nulle ; le référendum, au contraire, lui restitue sa vraie place : […] *elle sort un instant de sa retraite et devient directeur d'opinion* », *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 125. On retrouve là l'argumentaire classique de la pensée libérale telle que l'a mise en évidence Jürgen HABERMAS dans *L'espace public*. En effet, on comprend qu'une élite, qui n'est pas nécessairement parlementaire, ainsi que la presse, jouent un rôle essentiel dans la formation d'une opinion publique qui, au premier sens du terme, sera nécessairement éclairée.

[1341] Ibid., p. 236. Cette position est plus ou moins partagée par James BRYCE puisque celui-ci considère que « *cette méthode est encore plus difficile à appliquer aux questions fédérales* », *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 520.

[1342] Dans sa rédaction première, l'article 11 donnait une liste comprenant trois types de projet de loi pouvant faire l'objet d'un référendum. Il s'agissait de « tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord de Communauté ou tendant à autoriser la ratification d'un traité, qui sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ». La loi constitutionnelle du 4 août 1995 a ajouté l'hypothèse d'un référendum qui porterait sur « des réforme relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics qui y concourent ». La doctrine est réservée sur cette révision. Francis HAMON constate avec enthousiasme que « *les limites de cette catégorie sont tellement imprécises qu'il paraît désormais impossible de dresser une liste exhaustive des matières comprises dans le champ du référendum* », *L'extension du référendum*, POUVOIRS, n°77, 1996, p. 116. Benoît MERCUZOT s'accorde sur le constat initial d'une indétermination de l'énoncé, mais il y voit là un signe d'une présidentialisation accrue de l'institution référendaire, *Référendum : les faux-semblants d'une réforme*, IN CURAPP, *La gouvernabilité*, Paris, PUF, 1996, pp. 274-298.

[1343] Selon l'article 75 de la Constitution italienne, les propositions de référendum ne peuvent avoir trait à la réglementation fiscale, au budget de l'État, aux dispositions d'amnistie ou à la ratification des conventions internationales.

[1344] *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., p. 163. Ce point de vue est partagé par BARTHÉLÉMY et DUEZ pour qui « *il est bien entendu que le peuple ne saurait être consulté sur les détails techniques de la législation, mais seulement sur les grands courants, sur les grandes orientations de la politique. Incompétent pour des questions techniques, il est parfaitement apte à trancher des questions de sentiment ou de politique pure* », *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 125.

logique représentative, il est prégnant que le référendum reste marquée par une approche psycho-sociologique et péjorative de l'opinion publique.

Enfin, il importe de signaler que tous les référendums d'initiative institutionnelle n'aspirent pas nécessairement à obtenir une connaissance précise de l'opinion. Certains ont en effet davantage pour objectif d'introduire un rapport direct entre les gouvernés et les gouvernants, tout en restant aux mains de ces derniers. Jean-Marie DENQUIN propose ainsi une typologie des référendums qui prend en compte l'intention de l'acteur ou de l'institution à l'origine de ce dernier. L'auteur distingue alors entre quatre types de référendums : certains référendums doivent tenir compte de contraintes juridiques, d'autres de contraintes politiques, certains doivent déférer aux exigences démocratiques tandis que d'autres ont pour objet de réaliser un coup politique[1345]. Il semble que cette dernière catégorie s'insère parfaitement dans notre grille de lecture puisque selon Jean-Marie DENQUIN « *le sens de l'opération n'est plus seulement défini par l'initiative de celui qui pose la question, mais aussi par la manière dont elle est reçue, par l'opposition d'abord, par l'opinion ensuite* »[1346]. Le référendum apparaît alors comme un moyen de légitimation de l'action des gouvernants, lorgnant inéluctablement vers une personnalisation du scrutin[1347], et ce d'autant plus que l'hypothèse d'un vote négatif est extrêmement faible[1348]. En outre, ce type de référendum peut très bien trouver matière à se développer en matière locale. Ainsi, à titre d'exemple, peut-on souligner le développement de référendums locaux auxquels étaient invités à participer des personnes étrangères non communautaires[1349]. L'illégalité de telles consultations

---

[1345] *L'initiative du référendum : la décision de consulter le peuple du Second Empire à nos jours*, IN OWEN Bernard (Dir.), *Le processus électoral : permanences et évolution*, op. cit., pp. 81-91.

[1346] Ibid., p. 90. Et l'auteur de citer au soutien de sa démonstration le référendum de 1972 vidant à approuver la ratification du projet de loi relatif à l'adhésion à la CEE du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni, et l'utilisation de l'article 89 de la Constitution en 2000 pour le quinquennat.

[1347] Il n'est pas dans notre propos de revenir sur la distinction entre le plébiscite et le référendum. Tout au plus peut-on rappeler que Jean-Marie DENQUIN a largement remis en cause ce distinguo dans sa thèse de doctorat *Référendum et plébiscite. Essai de théorie générale*, Paris, LGDJ, 1976. Cf. du même auteur, *Référendum et plébiscite*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 1310-1311.

[1348] Ce que la doctrine a appelé le référendum « négatif » est extrêmement rare, les gouvernants hésitant à soumettre au vote une question sur laquelle l'opinion publique soit profondément divisée. Cf. Claude EMERI et Christian BIDÉGARAY, *Du référendum négatif et des désarrois du comparatisme*, POUVOIRS, n°77, 1996, pp. 61-76. Dans cette hypothèse, la difficulté réside alors, ainsi que l'a souligné Léo HAMON, dans la conjugaison de l'inscription dans la durée de l'action publique « *avec l'attente convenable à un mouvement profond et confirmé de l'opinion* », *Du référendum à la démocratie continue*, RFSP, Vol. 34, 1984, p. 1095.

[1349] Pour une illustration, TA Cergy-Pontoise, 13 janvier 2006, PRÉFET DE LA SEINE-SAINT-DENIS, et TA Cergy-Pontoise, 23 février 2006, PRÉFET DE LA SEINE-SAINT-DENIS. Cette solution n'est pas novatrice et s'inscrit dans

est évidente[1350] mais ce phénomène participe d'une médiatisation accrue et d'une légitimation de l'action des gouvernants dans des collectivités territoriales où la population étrangère est souvent importante. Le référendum est donc ici détourné de sa finalité première pour devenir un instrument de communication au service des gouvernants[1351].

Sous-Paragraphe 2. Le référendum, un instrument de participation de l'opinion publique au processus politique

L'initiative populaire est souvent présentée comme le parangon de la démocratie, l'instrument le plus efficace pour l'opinion publique de se faire entendre directement. L'initiative populaire remplit alors le même rôle que la pétition[1352] ou la liberté d'expression[1353]. Les défenseurs du régime représentatif y sont pourtant farouchement hostiles, tel ESMEIN qui la décrit comme « *un élément de trouble et de désorganisation législative* ». Et de rajouter : « *alors qu'il est difficile d'obtenir une législation cohérente et pondérée avec l'initiative parlementaire, comment l'espérer avec l'initiative populaire ?* »[1354]. Les arguments sont ici connus : l'instrument référendaire se heurterait « *à des préjugés populaires et irréfléchis* »[1355], mettrait en scène une démocratie d'émotion marquée par un

---

une jurisprudence constante, même si, en l'espèce, était mise en œuvre pour la première fois la procédure du référendum décisionnel. Pour une illustration antérieure à l'introduction de l'article L.O 1112 du CGCT, cf. Jean-Yves VINCENT, *Les étrangers et la démocratie locale*, Mélanges Hélin, *Perspectives du droit public*, Paris, Litec, 2004, pp. 523-537.

[1350] L'article L.O. 1112-11 du CGCT dispose que « seuls peuvent participer au scrutin les électeurs de nationalité française inscrits […] sur les listes électorales de la collectivité territoriale ayant décidé d'organiser le référendum » auxquels s'ajoutent, pour les seules communes, « les ressortissants d'un État membre de l'Union européenne inscrits […] sur les listes électorales complémentaires établies pour les élections municipales ».

[1351] Comme le souligne Michel VERPEAUX, « *de référendum décisionnel, la consultation des électeurs* […] *est devenue un instrument politique* », *Du bon et du mauvais usage des référendums locaux*, AJDA, n°16-2006, p. 877.

[1352] C'est ce qu'affirme ESMEIN pour qui « *celle-ci* [l'initiative populaire] *n'est qu'un développement du droit de pétition appliqué aux réformes législatives* », *Deux formes de gouvernement*, op. cit., p. 41.

[1353] Ce que confirme implicitement la Cour suprême canadienne lorsqu'elle met sur le même plan l'instrument référendaire et la protection de la liberté d'expression : « *La liberté d'expression politique si chère à notre tradition démocratique perdrait beaucoup de valeur si elle ne pouvait s'exercer que dans un contexte où le pouvoir économique des éléments les mieux nantis de la société constituerait l'ultime jalon de nos choix politiques. Elle ne serait guère mieux servie par un régime qui minerait la confiance des citoyens dans le processus référendaire* », Cour suprême du Canada, LIBMAN C. QUÉBEC, 1997, 3 RCS 569. Cf. Gérald BEAUDOIN, *La liberté d'expression et la liberté de la presse au Canada*, Mélanges Pettiti, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 113-128 ; Karim BENYEKHLEF, *Constitution et médias au Canada et aux États-Unis*, AIJC, Vol. 11, 1995, pp. 467-486.

[1354] *Deux formes de gouvernement*, op. cit., p. 41.

[1355] Ibid., p. 41. De même, à la proposition déposée au Congrès américain de prévoir un référendum préalable à toute déclaration de guerre, Carl FRIEDRICH rétorque-t-il que « *l'émotivité des masses est, en politique étrangère, la force la plus dangereuse qu'ait engendrée la démocratie* », *La démocratie constitutionnelle*, op. cit., p. 507.

populisme et une démagogie attentatoire le plus souvent aux libertés[1356]. D'un point de vue méthodologique, ces arguments posent deux types de problèmes. D'une part, la démarche de ces auteurs est le plus souvent entièrement prescriptive, s'appuyant sur un idéal-type décidé arbitrairement. Ainsi, lorsque ESMEIN estime que « *le référendum n'est pas seulement un préservatif contre une législation arbitraire et mauvaise, c'est aussi un obstacle souvent invincible à une bonne législation* »[1357], il s'appuie sur une classification opposant le régime représentatif où règne la loi rationnelle et le gouvernement direct symbolisé par le référendum et l'initiative populaire. Comme le souligne la doctrine contemporaine, il est difficile de ne pas voir dans cette classification une volonté de « *déguiser un acte de volonté – ou un jugement de valeur – derrière une apparence institutionnelle. Ainsi, en érigeant en type « pur » le régime représentatif, est-il facile de discréditer toutes les autres, en premier lieu le « gouvernement direct* » »[1358]. D'autre part, reprenant les développements balbutiants de la psychosociologie, ils expriment le plus souvent une conception péjorative de l'opinion publique comprise comme une foule, une masse non instruite qu'il est possible de manipuler au besoin[1359]. Toutefois, l'analyse empirique et objective des initiatives populaires n'infirme pas nécessairement ce constat. Ainsi, par exemple, malgré le contrôle de la Cour suprême américaine[1360], dans de nombreux États fédérés tels que la Californie, le Mississipi, le Colorado ou encore le Massachusetts, « *les initiatives populaires expliquent dans des proportions non négligeables la limitation dans les dernières décennies des droits des immigrés, des homosexuels, des minorités raciales ou de ceux dont la langue maternelle n'est pas l'anglais* »[1361]. De même est-il courant de constater que le poids de l'argent et le nombre de

---

[1356] Ce qui explique par exemple la grande réticence de LOWELL à l'égard de l'initiative populaire, rappelant que celle-ci « *peut servir à faire des propositions qui, même rejetées, suscitent d'après animosités religieuses ou de race qu'il vaudrait mieux ne pas soulever* », *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., p. 232.

[1357] *Deux formes de gouvernement*, op. cit., p. 40.

[1358] Stéphane PINON, *Regard critique sur les leçons d'un « maître » du droit constitutionnel. (…)*, op. cit., p. 214.

[1359] Pour une analyse politiste extrêmement détaillée, cf. Ioannis PAPADOPOULOS, *Démocratie directe, mobilisation, intégration*, IN DUPRAT Georges (Dir.), L'ignorance du peuple (…), op. cit., pp. 79-125.

[1360] La Cour suprême a ainsi déclaré inconstitutionnel un référendum qui remettait en cause, de manière indirecte, la politique d'affirmative action en faveur des homosexuels en matière d'emploi et de logement ainsi que l'interdiction de toute discrimination sur la base de l'orientation sexuelle de l'individu, ROMER V. EVANS, 116 S. Ct. 1620, 1996. Pour une analyse du rôle du juge constitutionnel sur cette question, cf. Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Economica-PUAM, 2004.

[1361] Guy SCOFFONI, *La démocratie participative dans les États fédérés américains*, op. cit., p. 110. Dans le même sens, Julian EULE souligne que « *la crainte de James Madison que la grande masse du peuple tienne trop peu compte des intérêts des autres et qu'elle soit trop vulnérable à la contagion des passions et à la malhonnêteté de dirigeants éloquents et ambitieux, n'a rien perdu de sa pertinence avec le passage des années* », *La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire aux États-Unis*, IN *Justice Constitutionnelle et démocratie référendaire*,

signatures requises imposent souvent aux citoyens de s'en remettre à des associations voire à des groupes de pression qui en profitent pour peser sur le processus électoral[1362]. Si ces dérives font craindre une confiscation de l'initiative citoyenne voire une manipulation de l'opinion publique, tant le contrôle des juridictions[1363] que certaines dispositions juridiques spécifiques à chaque État[1364], nous obligent néanmoins à relativiser ce genre d'objections.

Malgré tout, l'initiative populaire s'est développée de manière croissante au cours du XXème siècle, au point d'être prévue aujourd'hui par la moitié des Constitutions européennes[1365].

Actes du colloque de Strasbourg, 23-24 juin 1995, Commission européenne pour la démocratie par le droit, en ligne http://www.venice.coe.int/docs/1995/CDL-STD(1995)014-f.asp#_Toc89673852 ; de même, pour une critique de l'initiative populaire en Suisse, cf. Dusan SIDJANSKI, *La Suisse : le pouvoir des gouvernés le pouvoir des préjugés*, POUVOIRS, n°7, 1978, pp. 115-119 ; Michel HOTTELIER, *Suisse : réforme des droits populaires de rang fédéral*, RFDC, n°55, 2003, pp. 658-670.

[1362] Cette pratique n'est pas toujours perçue négativement par les juridictions. Par exemple, le Tribunal administratif rennais affirma-t-il que « *la saisine du conseil municipal par un cinquième des électeurs* […] *nécessite un minimum de prise en charge collective pour être menée à bien ; que rien ne s'oppose à ce qu'une association locale intéressée par l'objet de la consultation assure cette prise en charge* », TA Rennes, 7 août 2003, ASSOCIATION DE DÉFENSE DU SITE DE LANCIEUX. Pour une réflexion plus générale sur la place des association dans le processus participatif, cf. Xavier BRAUD, *Associations de protection de l'environnement et démocratie participative*, IN ROBBE François (Dir.), *La démocratie participative*, op. cit., pp. 177-202.

[1363] On sait que le Conseil constitutionnel réfute sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité des votations référendaires, puisque ces dernières « *constituent l'expression directe de la souveraineté nationale* », décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962, LOI RÉFÉRENDAIRE RELATIVE À L'ÉLECTION DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE AU SUFFRAGE UNIVERSEL DIRECT. Or, dans certains États, tels que les États-Unis ou la Suisse, le contrôle a posteriori des référendums n'a pas posé de problème théorique particulier cf. Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le référendum et la protection des droits fondamentaux*, RFDC, n°53, 2003, pp. 86-97. De même la Cour constitutionnelle italienne a considéré que la demande devait être claire, univoque, cohérente, homogène et permettant un vote éclairé. En d'autres termes, le référendum « multiple », celui qui suppose une pluralité de questions hétérogènes, est interdit. Dans sa décision fondatrice n°16 de 1978, la Cour constitutionnelle italienne considère en effet que l'ensemble du corps électoral est un corps constitué susceptible de contrôle. Elle affirme dès lors à propos du référendum abrogatif qu'un « *instrument essentiel de démocratie directe comme le référendum abrogatif ne peut être transformé – de façon incontrôlable – en un instrument détourné de démocratie représentative, au moyen duquel sont en substances proposés des plébiscites ou des votes de confiance, vis-à-vis de choix politiques d'ensemble des Partis ou des groupes organisés qui ont pris et soutenu les initiatives référendaires* ». Le référendum est donc qualifié d'acte normatif de rang législatif, nécessairement justiciable. Cf. Roland RICCI, *Le référendum abrogatif d'initiative populaire en Italie. L'apport de la Cour constitutionnelle à la théorie du droit*, RDP, n°2-2000, pp. 437-444 ; Julien GIUDICELLI, *La Cour constitutionnelle et le référendum abrogatif*, Thèse, dactyl., Toulon, 2002.

[1364] Par exemple, aux États-Unis, le principe du fédéralisme conduit les juridictions fédérales à censurer des dispositions d'origine populaire, adoptées par un État mais qui seraient, comme dans l'affaire ROMER précitée, en contradiction avec le droit fédéral.

[1365] En ce sens, cf. Mathilde PHILIP-GAY, *La démocratie participative dans les Constitutions européennes*, IN ROBBE François (Dir.), *La démocratie participative*, op. cit., pp. 84-86. De même, comme le souligne Guy SCOFFONI, 71 % des américains vivent dans un État ou une ville qui pratique l'initiative populaire, ibid., p. 97. Pour un plaidoyer pour une introduction de l'initiative populaire en France, cf. Jean-Éric GICQUEL, *Faut-il introduire*

Rapportée à l'opinion publique, l'argument le plus souvent invoqué en faveur de l'initiative populaire reste alors la faculté donnée à la minorité politique de lutter contre les abus de la représentation nationale, participant ainsi d'une rationalisation du pouvoir[1366]. Ceci est particulièrement vrai selon la doctrine lorsque l'initiative populaire joue le rôle d'un « *veto populaire* » permettant aux citoyens de demander qu'un acte adopté par les assemblées soit soumis à la ratification du peuple[1367]. Ainsi DICEY n'hésite-t-il pas dans sa correspondance avec John Saint Loe STRACHEY à affirmer qu'il n'a pas « *le moindre doute que dans les conditions actuelles le gouvernement parlementaire signifie une forme de gouvernement de parti, et sur une telle base, je crois que le référendum pourrait nous sauver. Il a le grand mérite d'être l'unique frein à la direction des partis et d'être en harmonie parfaite avec le sentiment démocratique* »[1368]. Reste que si la doctrine publiciste s'accorde sur le constat, les solutions préconisées diffèrent sensiblement. Par exemple, si Lord BRYCE rappelle de manière récurrente combien le danger principal pour le gouvernement populaire est que « *les minorités ne puissent pas affirmer suffisamment leur opinion* »[1369], il n'en tire pas les conséquences institutionnelles qui s'imposent, préférant s'appuyer sur une vision psychologique et naïve de l'opinion publique[1370]. Il faut attendre les travaux de LOWELL pour que

---

en France le référendum législatif d'initiative populaire ?, LPA, n°20-2005, pp. 5-12.

[1366] Telle est la position de Boris MIRKINE-GUETZEVITCH : « *le référendum est l'achèvement du processus de rationalisation du parlementarisme* », *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, RDP, 1928, p. 33.

[1367] Cf. LOWELL, *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., p. 164. Ce type de référendum existe aux États-Unis. On peut toutefois noter que cet instrument a déjà servi pour rejeter des lois visant à rétablir une égalité de fait pour certaines minorités, cf. REITMAN V. MUCKLEY, 387 US 369, 1967. Le référendum abrogatif, tel qu'il est prévu par la Constitution italienne, participe sans nul doute également de cette hypothèse puisque selon la doctrine, « *en Italie, l'initiative populaire est conçue comme un instrument libéral attribué à la minorité, comme un droit propre. La minorité se voit même reconnaître la qualité de « pouvoir de l'État* » » par la Cour constitutionnelle italienne. En effet, celle-ci énonce que « *si les « pouvoirs de l'État » sont avant tout les pouvoirs de l'État-appareil, cela n'exclut pas de reconnaître comme pouvoirs de l'État des figures subjectives externes à l'État-appareil, auxquelles l'ordre juridique confère l'aptitude à l'exercice de fonctions publiques constitutionnellement garanties, concurrentes à celles qui sont attribuées aux pouvoirs et organes de l'État au sens propre. Tel est justement le cas du groupe des électeurs signataires d'une requête de référendum abrogatif* », décision n°69 de 1978. Cf. Julien GIUDICELLI, *Quelques propositions naïves pour la résurgence de l'instrument référendaire*, Mélanges Escarras, *La communicabilité entre les systèmes juridiques*, p. 514. Néanmoins, on peut aussi comprendre cette expression dans un sens plus large et considérer l'initiative populaire comme un simple moyen d'opposition. En ce sens, pour une illustration tirée du droit constitutionnel suisse, cf. Serge ZOGG, *La démocratie directe en Europe de l'Ouest*, Centre européen de la culture et Actes Sud, 1996, IN HAMON Francis (Dir.), *Le référendum*, op. cit., p. 29.

[1368] Cité par Gianluca SADUN BORDONI, *Diritto e opinione pubblica (...)*, op. cit., pp. 549-550. Cf. également son article *The referendum*, The National Review, 1894.

[1369] *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 386.

[1370] BRYCE écrit ainsi que « *dans une nation douée d'un sens moral très vif et capable d'éprouver de fortes émotions, l'opinion basée sur l'amour de ce qu'on croit être juste ou bon résistera à la multitude lorsque celle-ci penchera vers*

le débat se déplace sur le terrain institutionnel puisqu'il rappelle que « *l'initiative corrige les fautes par omission de la législature* »[1371], cette opinion étant finalement reprise et développée en France par CARRÉ DE MALBERG. Dans un article magistral paru en 1931[1372], le professeur de Strasbourg développe ainsi l'idée selon laquelle l'initiative populaire permet au peuple de s'ériger en véritable souverain, réduisant par là même le Parlement au rang d'un « *organe représentatif* [qui] *n'exerce plus son pouvoir représentatif que sous réserve des droits du peuple* »[1373]. L'argumentaire utilisé par CARRÉ DE MALBERG tente de s'inscrire dans une théorie de la représentation qui ramènerait « *le Parlement de son rang de souverain à la condition de simple autorité fonctionnant sous l'empire et, en tous cas, sous le signe de la souveraineté populaire* »[1374]. L'introduction de l'initiative populaire au sein des régimes parlementaires n'est donc pas seulement possible, mais elle est nécessaire d'un point de vue théorique. Toutefois, l'auteur utilise, de manière plus surprenante, un argument évolutionniste que l'on croirait emprunté à James BRYCE ; en effet, si le régime parlementaire a pu être qualifié de gouvernement d'opinion, c'est parce qu'il est « *un régime de transition, dont la destinée normale est d'aboutir, sinon nécessairement à la démocratie intégrale, du moins à un mélange d'institutions démocratiques et représentatives* »[1375]. Outre que cette position est

---

le mal », ibid., p. 387. Á notre sens, la position de BRYCE s'explique de deux façons : d'une part, elle est mâtinée d'un certain libéralisme politique croyant dans les vertus de l'éducation par le débat (comme le souligne ce passage où l'auteur affirme qu'une « *démocratie qui se gouverne par l'intermédiaire d'une opinion publique toujours active* […] *tend à devenir patiente, tolérante, raisonnable, et a plus de chances de n'être pas irritée et vexée par des divisions de classe* », p. 535) ; d'autre part, à l'instar d'ESMEIN, sa vision procède elle aussi d'une démarche prescriptive où l'auteur confond la description objective des faits avec un jugement de valeur favorable au gouvernement populaire.

[1371] *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., p. 229.

[1372] Dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, le prestigieux auteur avait toutefois déjà pu souligner « *que si le régime représentatif repose sur l'idée d'une conformité nécessaire entre la volonté des gouvernants e celle du peuple, le referendum s'impose comme une pratique indispensable : car, la consultation du peuple est le seul procédé qui permette de vérifier avec précision et certitude si la décision prise par les représentants est adéquate à la volonté des représentés* », op. cit., p. 331.

[1373] *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, RDP, 1931, p. 229. Selon Massimo LUCIANI, CARRÉ DE MALBERG n'aurait ici que repris la position de Giuseppe GRASSI selon qui le référendum est une « *limite valide à la toute puissance d'une assemblée élective* […], *il ne détruit pas le régime représentatif mais le transforme dans son essence* […] *en freinant le despotisme d'une assemblée unique et omnipotente* », *Il referendum nel governo di Gabinetto*, Roma, Eredi, Befani, 1913, pp. 29, 169 et 176, cité IN *Le référendum et la représentation politique. Brèves notes pour une comparaison entre l'Italie et la France*, Mélanges Escarras, op. cit., p. 579.

[1374] Ibid., p. 240. Cette position est également celle de MIRKINE-GUETZEVITCH pour qui « *le référendum pose une question concrète et ainsi l'électeur devient le juge de son député, reprenant sa liberté primitive dans la solution d'un problème précis* », *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, op. cit., p. 33.

[1375] Ibid., p. 232.

éminemment critiquable[1376], l'adoption d'une vision prométhéenne du droit constitutionnel dérange tant elle semble en contradiction complète avec les préceptes positivistes que s'était assignés l'auteur de la *Contribution à la théorie générale de l'État*[1377]. Elle témoigne néanmoins de la volonté d'une partie de la doctrine de démocratiser le mandat représentatif et d'introduire des mécanismes permettant à l'opinion publique de s'exprimer directement[1378].

Paragraphe 2. De l'utilité du droit de pétition dans une démocratie d'opinion

Le droit de pétition est généralement compris comme « *la faculté qui appartient à toute personne de s'adresser aux pouvoirs sociaux, aux autorités constitutionnelles pour leur faire connaître tel ou tel fait, tel ou tel état de choses et pour réclamer leur intervention. C'est là l'idée générale. Aussi, envisagé de ce point de vue, le droit de pétition s'applique-t-il tous les jours, à toutes choses, dans les rapports des individus avec le pouvoir* »[1379]. Á lire la doctrine constitutionnaliste, la pétition est l'un des moyens d'expression privilégiés de l'opinion publique[1380]. Ainsi, Joseph BARTHÉLÉMY et Paul DUEZ mentionnent-ils dans leur *Traité de droit constitutionnel* que la pétition, au même titre que la presse ou la réunion, est le moyen pour l'opinion publique « *de faire connaître son sentiment* », celle-ci n'étant possible que parce que les actes des gouvernants sont publics. La pétition sert donc « *à associer le citoyen à l'élaboration des actes accomplis par les représentants* »[1381]. Ce constat, qui

---

[1376] LOWELL par exemple, dans une diatribe vraisemblablement adressée à BRYCE, suggère que « *la législation directe n'amènera pas l'âge d'or* », précisant que « *toutes les théories qui s'appuient sur l'idée que la multitude est omnisciente sont fausses ; il en est de même de toutes les réformes qui présupposent un changement radical de la nature humaine* », *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., p. 238.

[1377] En ce sens, cet argument va au soutien de la thèse défendue par Éric MAULIN selon laquelle « *la seconde partie de l'œuvre de Carré de Malberg se construit incontestablement autour de concepts qui dérogent au constitutionnalisme dont il s'est fait défenseur dans la Contribution* », *Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg*, op. cit., p. 143. Pour une réfutation de cette hypothèse et une défense de l'unité de l'œuvre de CARRÉ DE MALBERG, cf. Frédéric-Guillaume DROMARD, *Réflexions sur l'unité de l'œuvre de Carré de Malberg*, DROITS, n°44, 2007, pp. 187-217.

[1378] Pour une prise de position récente s'appuyant sur les travaux de CARRÉ DE MALBERG et de René CAPITANT, cf. Max GOUNELLE, *Démocratiser le mandat représentatif*, LE DÉBAT, n°141, 2006, pp. 119-127.

[1379] Pellegrino ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, T. III, Paris, Guillaumin et Compagnie, 1867, pp. 164-165, cité par Marcel RICHARD, *Le droit de pétition. Étude de droit public interne et de droit international public*, Thèse, dactyl., Aix-en-Provence, 1932, p. 5.

[1380] Liberté d'expression et droit de pétition sont d'ailleurs intimement associés. Marcel BRIDEL rappelle ainsi qu'il « *ne faut pas oublier que le parlement n'est pas la seule tribune politique dans les démocraties modernes. Par la liberté d'expression sous ses diverses formes et par le droit de pétition, tous les citoyens et tous les groupes de citoyens peuvent se faire entendre des pouvoirs publics* », *Essai théorique sur le régime représentatif dans les démocraties modernes*, op. cit., pp. 28-29.

[1381] *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 108.

de par la reconnaissance constante du droit de pétition dans nos ordres juridiques est devenu un véritable lieu commun, nous semble pourtant à nuancer, tant au regard de considérations historiques (**Sous-Paragraphe 1**) que d'appréciations juridiques plus contemporaines (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Du lien historique entre opinion publique et droit de pétition : entre hésitation et reconnaissance

Le droit de pétition individuelle fut reconnu sous l'Ancien régime comme « *la faculté de pétitionner* […] *sous la forme d'humbles suppliques ou de placets adressés soit au roi, soit aux ministres, soit aux autres autorités* »[1382]. Esmein n'hésite pas à y voir l'un des seuls moyens pour l'opinion publique de s'exprimer, la souveraineté ne résidant pas encore dans la Nation[1383]. Mais c'est bien évidemment sous la Révolution française que le pétitionnement acquis son statut de droit[1384]. Institué par l'Assemblé nationale constituante le 29 juillet 1789, puis confirmé par l'article 62 du décret du 14 décembre 1789 qui autorisait les citoyens à s'assembler paisiblement et sans armes pour rédiger des pétitions ou des adresses - à condition d'en avertir les officiers municipaux et que la délégation chargée de les apporter ne dépassât pas dix citoyens -, c'est véritablement à l'occasion de la loi des 10-18-22 mai 1791 que se pose le problème de la qualification juridique du pétitionnement[1385]. Deux conceptions s'opposent. D'une part, Robespierre soutient qu'il s'agit là d'un droit civil et naturel qui peut au besoin être exercé collectivement par des clubs ou des sociétés populaires. Á ses yeux, la pétition apparaît incontestablement comme un instrument de connaissance de l'opinion publique, conformément à la doctrine jacobine de la représentation. D'autre part, Le Chapelier considère au contraire que le droit de pétition est un droit politique

---

[1382] *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine, et de jurisprudence*, par M.D. Dalloz aîné, Bureau de la jurisprudence générale, 1855, pp. 924-926, cité par Christine Fauré, *Doléances, déclarations et pétitions, trois formes de la parole publique des femmes sous la Révolution*, ahrf, n°2-2006, p. 16. Cf. M. Pertué, *(Droit de) Pétition*, in Soboul Albert (Dir.), *Dictionnaire historique de la Révolution Française*, op. cit., p. 840.

[1383] *Éléments de droit constitutionnel (…)*, op. cit., p. 288. La doctrine n'a pas manqué de souligner cette interprétation abusive, en ce qu'il est difficile de voir dans ces plaintes individuelles, dénuées de toute publicité, les prémisses du droit de pétition. Cf. Sonia Dubourg-Lavroff, *Le droit de pétition en France*, rdp, n°6-1992, p. 1736 ; Marie de Cazals, *Les (r)évolutions du droit de pétition*, in Krynen Jacques et Hecquard-Théron Maryvonne (Dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit. T. 2,* op. cit., pp. 509-510.

[1384] Pour une approche historique et comparative, cf. David Zaret, *Petitions and the « Invention » of Public Opinion in the English Revolution*, The American Journal of Sociology, Vol. 101, n°6-1996, pp. 1497-1555.

[1385] On se réfèrera utilement aux développements de Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée (…)*, op. cit., pp. 344-348 ; cf. également Pierre-Yves Moreau, *La notion de délibération en droit constitutionnel français*, op. cit., pp. 346-349.

attaché à la citoyenneté, et nécessairement individuel[1386]. L'article 1er de la loi précitée va en réalité faire la part à ces deux conceptions en considérant que « le droit de pétition appartient à tout individu et ne peut être délégué ; en conséquence, il ne pourra être exercé en nom collectif par les corps électoraux, administratifs, judiciaires, municipaux, par les communes, sections de commune, ni par des sociétés de citoyens. Tout pétitionnaire signera la pétition »[1387]. En déclarant que le droit de pétition est ouvert à tous, sans exception, à savoir aussi bien aux femmes, qu'aux étrangers ou qu'aux détenus, il permet de saisir l'opinion publique dans son acception sociologique, ce que ne permettait pas encore le scrutin. Néanmoins, le refus des pétitions collectives[1388] peut à bien des égards faire l'objet de plusieurs niveaux de lecture, nous amenant à penser que l'orientation choisie par le Législateur est significative du rôle et de la nature ambivalente de l'opinion publique.

En effet, il convient de rappeler que la suppression des corps intermédiaires par les Révolutionnaires s'expliquait par la volonté de confier le monopole de l'expression de la volonté de la Nation aux représentants que sont les députés et le Roi. C'est donc également un moyen pour lutter contre l'influence grandissante des sociétés populaires, des clubs qui prétendent s'arroger le contrôle de l'esprit public, puisque, comme le souligne COUTHON, « *les Jacobins sont plus suivis que jamais et font le plus grand bien par l'heureuse influence qu'ils ont sur l'opinion*

[1386] « *Dans un gouvernement libre, on ne supplie jamais, on se plaint hautement quand on est lésé dans l'exercice de ses droits ; on forme des pétitions, soit pour demander des lois nouvelles, soit pour demander la réformation des anciennes. Nous distinguons donc la plainte de la pétition. Tout citoyen a le droit de présenter son vœu, soit au Corps législatif, soit au Roi, soit aux corps administratifs. La plainte est un droit naturel de tout homme qui se croit lésé par une autorité ou un individu quelconque. Le droit de pétition, tout citoyen doit l'exercer par lui-même, d'après le principe que les citoyens ne doivent déléguer que les droits qu'ils ne peuvent exercer ; il est, par conséquence, un droit exclusif du citoyen* », AP, T. XXV, pp. 678-679. Ce distinguo entre la « pétition-plainte » (portant sur un intérêt particulier) et la « pétitition-vœux » est passablement confus. Ainsi que le souligne la doctrine, « *toute pétition est une plainte doublée d'un vœu, qu'elle intervienne dans l'une ou l'autre sphère d'intérêts. Le pétitionnaire se plaint limitativement de sa propre situation dans un cas et souhaite une réponse, il se plaint de la situation commune dans un autre et souhaite une réforme* », Jean-Pierre DIONNET, *La contribution de la pétition à l'évolution politique dans l'histoire contemporaine : évocation d'une difficile intégration*, DROITS, n°37, 2003, pp. 182-183.

[1387] Pour une mise en perspective historique des débats, cf. Jean-Jacques CLÈRE, *Le droit de pétition aux chambres de 1789 à nos jours*, IN BART Jean, CLERE Jean-Jacques, COURVOISIER Claude et VERPEAUX Michel (Dir.), *1791, La première Constitution française*, Économica, Coll. Droit public positif, 1993, pp. 299-319.

[1388] Comme le souligne Sonia DUBOURG-LAVROFF, il convient « *de distinguer les pétitions collectives des pétitions en nom collectif. Les premières sont une somme de pétitions individuelles portant la signature de chaque pétitionnaire et portées sur un document unique, par simple commodité ; les autres ne sont pas le droit de décisions individuelles juxtaposées puisqu'elles émanent d'un groupe au sein duquel une majorité s'est dégagée, permettant à certains de parler au nom de tous* », *Le droit de pétition en France*, op. cit., p. 1747.

publique »[1389]. Les Sociétés populaires revendiquent donc la capacité à représenter l'opinion de tous les citoyens, leur rôle étant finalement de la faire connaître. En d'autres termes, des réunions jacobines est sensée émerger la véritable opinion publique et leurs délibérations doivent nécessairement s'imposer. La multiplication des pétitions émanant des Clubs à partir de juillet 1791 témoigne de ce qu'il existe alors « *un pouvoir de censure qui se déploie dans l'espace public, au sein des sociétés patriotiques et dans la presse, par le médium de l'opinion et des pétitions, pour accorder la volonté générale et l'opinion publique* »[1390]. Le pouvoir exécutif décide alors de prendre un décret les 29-30 septembre 1791 interdisant aux Sociétés de mander des citoyens ou des fonctionnaires et de faire « quelques pétitions en nom collectif, quelques députations au nom de la Société, et généralement tous actes où elles paraîtraient sous les formes de l'existence politique ». Le rapport de Le Chapelier rappelle ainsi le rôle confié aux Sociétés populaires, à savoir la formation d'un public éclairé : les citoyens peuvent en effet « *s'instruire, disserter, se communiquer leurs lumières ; mais leurs conférences, mais leurs actes intérieurs ne doivent jamais franchir l'enceinte de leurs assemblées ; aucun caractère public, aucune démarche collective, ne doivent les signaler* »[1391]. Il s'agit donc de sauvegarder le régime représentatif, les clubs et les sociétés n'étant pas des autorités constituées ; une société populaire doit donc être « *les arsenaux de l'opinion publique, mais la Convention seule lui donne la direction qu'elle doit avoir, lui marque le but où elle doit frapper* »[1392]. Une telle limitation ne doit pas être uniquement appréhendée sous l'angle de la représentation, en ce qu'elle conforte également la parenté qui existe entre opinion publique et ordre public. La reconnaissance d'un droit individuel s'explique ainsi tant par la promotion d'un espace public qui ne se confond pas avec la place publique, que par l'idéal d'un sujet collectif abstrait qui se réaliserait au moyen de l'individualisation de l'accès à l'espace public, et donc *in fine* par le refus d'une participation active de l'opinion publique, en tant que masse, au processus de décision[1393]. Le parallèle avec le droit de réunion est alors pertinent : là où la

---

[1389] *Lettre au conseil général de la Commune de Clermont-Ferrand*, 22 nivôse an II – 11 janvier 1794, cité par Julien Boudon, *Les Jacobins. Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau*, op. cit., p. 475. L'auteur souligne bien que la rhétorique jacobine veille à faire apparaître la Société des Jacobins comme l'instance du peuple et non comme une autorité gouvernante qui formerait l'opinion publique.

[1390] Raymonde Monnier, *« Démocratie représentative » ou « République démocratique » : de la querelle des mots (République) à la querelle des Anciens et des Modernes*, AHRF, n°325, 2001, p. 7.

[1391] AN, AD I 91/ dos. B.

[1392] Comité de Salut Public, réponse datée de pluviôse à une lettre de Boisset, 1er pluviôse an II – 20 janvier 1794, cité par Julien Boudon, *Les Jacobins*, op. cit., p. 483.

[1393] Il s'agit là de la thèse précitée de Dominique Reynié. Rappelons que pour cet auteur, « *du point de vue de l'ordre public la solution n'est pas dans l'interdiction sommaire et frontale. Elle est dans une interdiction faite*

Constitution américaine comprend les droits de réunion et de pétition comme des moyens de restaurer la participation directe du peuple aux affaires publiques[1394], la conception révolutionnaire française va au contraire tenter de limiter le passage de l'opinion à l'action[1395]. Patrice ROLLAND résume alors parfaitement l'aporie révolutionnaire : « *la pétition peut constituer une forme organisée de l'expression de l'opinion publique mais il est difficile d'oublier les débordements auxquels elle donna lieu.* […] *L'individualisme républicain par sa peur des « corporations » et des groupes montre ici ses limites. Il manifeste sa peur de pouvoirs rivaux mais par là même celle de contre-pouvoirs collectifs, populaires ou simplement démocratiques. La peur de tout ce qui est collectif conduit même à se demander s'ils prennent au sérieux l'idée d'opinion publique à laquelle ils sacrifient pourtant si volontiers* »[1396].

La reconnaissance juridique du droit de pétition confirme donc d'une part la nature de l'opinion publique, comprise comme une somme d'individus[1397], et d'autre part le statut conféré à l'opinion publique : elle ne peut pas être une force agissant directement mais elle se doit d'être un Tribunal attentif face aux abus éventuels des gouvernants. Ainsi que le rappelle LA BOURDONNAYE, « *s'il existe un droit protecteur de la liberté, s'il est une garantie contre l'abus de la force et une sauvegarde contre les coups de l'autorité, l'envahissement progressif du pouvoir, s'il existe, enfin,*

---

d'autorisations. […] *Aussi longtemps que le législateur n'aura pas aménagé un espace autorisé, il ne pourra interdire l'accès à l'espace social comme espace politique. Aussi longtemps que le législateur n'aura pas autorisé un espace public de droit, la place publique sera l'espace politique de fait* », *Le triomphe de l'opinion publique (…)*, op. cit., p. 52.

[1394] C'est le Premier amendement qui affirme que « le Congrès ne fera aucune loi […] restreignant […] le droit qu'à le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au Gouvernement pour le redressement de ses griefs ». La position américaine est à rapprocher de l'article 32 de la Constitution de 1793 qui propose une conception elle aussi absolutiste du droit de pétition puisque « le droit de présenter des pétitions aux dépositaires de l'autorité publique ne peut en aucun cas être interdit, suspendu, ni limité ».

[1395] Cf. Paula COSSART, *S'assembler en Provence sous la Révolution. Légitimité des réunions des sociétés populaires comme mode de participation collective au débat public (1791-1794)*, AHRF, n°1-2003, pp. 55-75.

[1396] *La garantie des droits*, IN BART Jean, CLÈRE Jean-Jacques, COURVOISIER Claude et VERPEAUX Michel, *La Constitution de l'An III ou l'ordre républicain*, Dijon, Presses de l'Université de Bourgogne, 1998, p. 60. L'auteur ajoute que les débats des Conventionnels se caractérisent, « *au-delà de la rhétorique classique sur l'opinion publique fondement de la démocratie, par une peur des formes collectives d'expression de l'opinion publique, réduisant de façon un peu paradoxale celle-ci à la collection inorganisée des opinions individuelles éclairées. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ils craignent l'opinion publique concrète soupçonnée de n'être jamais l'opinion raisonnable* », ibid., p. 61.

[1397] Il s'agit de la définition libérale, confirmée par ces propos de Benjamin CONSTANT selon qui il existe un droit, « *pour chacun, d'influer sur l'administration du gouvernement, soit par la nomination de tous ou certains fonctionnaires, soit par des représentations, des pétitions, des demandes, que l'autorité est plus ou moins obligée de prendre en considération* », *De la liberté des Anciens et des Modernes*, Vol. II, op. cit., p. 541.

dans la Charte, une barrière constitutionnelle contre l'ambition et le despotisme, c'est dans le droit de pétition qu'on les trouvera parce que c'est là que l'intérêt personnel, placé en sentinelle vigilante, s'empresse d signaler aux Chambres tout acte arbitraire, toute mesure injuste, et leur offre l'occasion d'exercer cette surveillance légale que la Charte leur a conférée comme la plus noble, la plus sacrée, la plus paternelle de leurs attributions »[1398]. En ce sens, le droit de pétition a bien une fonction politique, puisqu'il sera ainsi présenté comme l'un des éléments de la mise en œuvre du régime parlementaire[1399]. Comme l'a souligné la doctrine, le droit de pétition, tel qu'il était prévu dans les dispositions constitutionnelles, notamment l'article 53 de la Charte de 1814[1400] repris mot pour mot par l'article 45 de la Charte Constitutionnelle de 1830, a permis aux députés d'interpeller les ministres ou de demander la constitution d'enquêtes parlementaires[1401]. Toutefois, cela ne signifie pas que le droit de pétition a en lui-même une dimension politique, mais que l'on doit simplement le considérer « *comme un support, parmi d'autres, de la collaboration fonctionnelle des pouvoirs* »[1402]. Finalement, pour reprendre la formule de ROYER-COLLARD, « *pour la chambre, il est un droit politique parce qu'il donne à la Chambre un moyen d'exercer la haute surveillance qui lui appartient* »[1403]. Le droit de pétition permit ainsi aux députés d'exercer le pouvoir censorial de l'opinion à l'encontre des ministres, notamment en les obligeant à répondre aux pétitions qui leur étaient transmises. Néanmoins, cette consécration politique de l'opinion publique se fit au détriment d'une vision sociologique de cette dernière puisque les conditions successivement posées quant à la recevabilité de la pétition ont progressivement renforcé le rôle des groupes

[1398] Discours du 18 novembre 1816, cité par Sonia DUBOURG-LAVROFF, *Le droit de pétition*, op. cit., p. 1756.

[1399] Toutefois, certains n'hésitèrent pas à proclamer que le droit de pétition « *n'est pas un usage très important dans un gouvernement libre et représentatif, parce que les citoyens peuvent toujours y suppléer par d'autres moyens qui lui ressemblent si fort, qu'à la définition près, ils produisent presque le même effet, c'est-à-dire qu'il n'y a aucune espèce de pétition que l'on ne puisse suppléer par exemple par la liberté de la presse.* […] *il est clair qu'un bon livre* […] *répand plus de lumières, fait mieux connaître le vœux public lorsqu'il a du succès, et par conséquent détermine plus puissamment les administrateurs et les législateurs qui ne méprisent pas l'opinion publique, que ne pourrait le faire une pétition signée d'un nombre de citoyens quel qu'il soit* », BRIOIS-BEAUMETZ, Séance du 10 mai 1791 à l'Assemblée Nationale, cité par Jean-Gabriel CONTAMIN, *La réception parlementaire d'une pratique politique périphérique. Le droit de pétition entre réfraction et réflexion*, IN CURAPP, Paris, PUF, 1998, *La politique ailleurs*, p. 45.

[1400] « Toute pétition à l'une ou l'autre des Chambres ne peut être faite et présentée que par écrit. La loi interdit d'en apporter en personne et à la barre ».

[1401] Cf. Alain LAQUIÈZE qui parle d'une « *émergence empirique des techniques de contrôle de l'activité gouvernementale* », *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 2002, pp. 298-299.

[1402] Jean-Pierre DIONNET, *La contribution de la pétition (…)*, op. cit., p. 184.

[1403] Discours lors de la séance de la Chambre du 14 janvier 1819, cité par Sonia DUBOURG-LAVROFF, *Le droit de pétition*, op. cit., p. 1757.

sociaux lettrés au détriment de la masse. Là où DE CORMENIN pouvait rappeler que, par la pétition, « *le dernier des prolétaires monte à la tribune et parle publiquement devant toute la France. Par elle le français, non éligible, ni même électeur, ni même citoyen, peut exercer l'initiative comme les députés, comme le Gouvernement lui-même* »[1404], le refus de pétitionner à la barre[1405], ainsi que celui de règles coutumières de bienséance[1406], ont profondément modifié la composition sociale des pétitionnaires. Dès lors, ainsi que le souligne Pascal MBONGO, « *il semble que c'est moins « l'opinion publique » qui se trouve véritablement représentée dans les pétitions adressées aux Chambres au XIX*ème *siècle que les demandes et les aspirations de différents détenteurs de pouvoirs sociaux* »[1407].

Sous-Paragraphe 2. La renaissance du droit de pétition ou la fausse consécration de l'opinion publique

« *Le droit de pétition n'a guère plus aujourd'hui qu'une importance historique* »[1408]. Le constat sévère dressé par Joseph BARTHÉLÉMY sous la IIIème République fut longtemps de mise pour l'étude de la Vème République. En effet, la consécration textuelle de ce droit témoigne d'un « déclassement » dans la hiérarchie normative puisqu'il n'est prévu que par l'article 4 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des Assemblées qui renvoie à son tour aux règlements de chacune des Assemblées[1409]. En outre, la fonction médiatrice du Parlement a progressivement été rognée puisque le Conseil constitutionnel a refusé, d'une part qu'un sénateur puisse motiver sa saisine de l'Assemblée d'une proposition de renvoi d'une pétition devant la Commission compétente sous peine de tendre « *à orienter ou à contrôler l'action gouvernementale* [ou] *à constituer une modalité d'exercice du droit d'initiative des parlementaires en matière législative, dans des conditions autres que celles* […] *de la Constitution* »[1410], d'autre part que les Assemblées imposent des délais de réponse aux ministres puisque « *le droit de pétition dans son fondement et sa nature ne saurait être considéré comme mettant en cause les principes*

[1404] Cité par Joseph BARTHÉLÉMY, *Précis de droit public*, Paris, Dalloz, 2006 (1ère Éd. 1937), p. 284.

[1405] C'est le décret du 28 fructidor an III qui a interdit la comparution personnelle des pétitionnaires.

[1406] Cette règle fut instituée par l'article 364 de la Constitution de l'an III qui énonça que « les pétitionnaires ne doivent jamais oublier le respect dû aux autorités constituées ».

[1407] *Les pétitions populaires à la Chambre des députés sous la Monarchie de Juillet (1830-1835). Contribution à l'histoire du régime représentatif*, RRJ, n°1-1999, p. 274. Pour une analyse strictement historique, cf. Guillaume GAREL, *En quête d'une opinion publique sous la monarchie de Juillet*, DEA d'Histoire, Paris VIII, 1998.

[1408] Joseph BARTHÉLÉMY, *Précis de droit public*, op. cit., p. 284.

[1409] Articles 147 à 151 du règlement de l'AN et article 87 à 89 du règlement du Sénat. Pour une analyse détaillée du régime juridique du droit de pétition sous la Vème République, cf. Stéphanie RENARD-BIANCOTTO, *Le droit de pétition sous la Cinquième République*, RRJ, n°1-2000, pp. 223-240.

[1410] Décision n°76-64 DC du 2 juin 1976, RÈGLEMENT DU SÉNAT, Cons. 6-7.

constitutionnels qui régissent les rapports du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif »[1411]. Les causes du déclin du droit de pétition sont bien connues : ainsi, comme le rappelle Jacques MOREAU, « *le droit de pétition était adapté à la civilisation du suffrage censitaire, de la diligence et d'une presse à tirage limité ; il entre fatalement en décadence à l'ère de la radio, du suffrage universel et de la démocratie de masse* »[1412]. En d'autres termes, c'est parce que les moyens d'expression d'opinion publique se sont développés que le droit de pétition revêt aujourd'hui une certaine inutilité.

Sa résurgence récente peut alors surprendre. En effet, en introduisant dans la Constitution un nouvel article 72-1 qui confère aux citoyens un droit de pétition aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales ainsi qu'un droit d'initiative populaire, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a consacré pour une partie de la doctrine la démocratie participative au niveau constitutionnel[1413]. Ainsi, désormais, tout citoyen d'une collectivité territoriale a le droit de présenter aux assemblées délibérantes compétentes des demandes, des protestations, des requêtes ou suggestions visant la défense de droits précis, le respect de la loi, le perfectionnement du servie public, ou plus largement encore, l'épanouissement de l'intérêt général. Selon nous, cette reconnaissance ne peut être comprise que sous un triple éclairage. Tout d'abord, il ne fait aucun doute que la généralisation du droit de pétition dans les Constitutions européennes a été un facteur d'inspiration pour le Constituant français[1414]. Ensuite, le développement progressif d'un droit de pétition à l'échelle communautaire[1415], dont l'article I-

---

[1411] Décision n° 59-3 DC du 24 et 25 juin 1959, RÈGLEMENT DU SÉNAT, Cons. 9.

[1412] *Un inconnu : le droit de pétition sous la IVème République. Essai sur la notion de recours parlementaire*, Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes, T. XXI, 1958, p. 10. On pourrait également ajouter à cette liste le développement du contentieux administratif puisque Léon DUGUIT avait estimé pour sa part que « *l'individu qui se prétend victime d'un acte arbitraire est, dans le droit moderne, assuré des recours contentieux qui garantissent ses droits de manière bien plus énergique et bien plus efficace que la pétition.* […] *L'individu est de mieux en mieux protégé contre l'arbitraire et le droit de pétition devient de plus en plus inutile* », *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 450.

[1413] André ORAISON, *La reconnaissance de la démocratie participative par l'article additionnel 72-1 de la Constitution (remarques sur les référendums locaux reconnus dans l'ensemble des collectivités territoriales de la république à la suite de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003)*, RDP, n°3-2004, pp. 634-658 ; Elsa FOREY, *Le droit de pétition aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales. Réflexions sur l'article 72-1 alinéa 1 de la Constitution*, RDP, n°1-2005, pp. 151-169.

[1414] Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut mentionner l'article 28 de la Constitution Belge, l'article 17 de la Loi Fondamentale allemande, l'article 11 de la Constitution autrichienne, l'article 50 de la Constitution italienne, l'article 63 de la Constitution polonaise ou encore les articles 52 et 265 de la Constitution portugaise. Pour une analyse de ces mécanismes, cf. Mathilde PHILIP-GAY, *La démocratie participative dans les Constitutions européennes*, op. cit., pp. 86-88.

[1415] L'article 194 du Traité des Communautés européennes dispose que « tout citoyen de l'Union ainsi que toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre, a le droit

47 du Traité Constitutionnel Européen[1416] était l'aboutissement, a également contribué à la volonté de développer le pétitionnement au niveau local en France. Enfin, d'un point de vue politiste, le développement moderne de la pétition, telle qu'elle s'exerce dans l'espace public, s'éloigne certes du modèle traditionnel en ce qu'elle n'est souvent pas adressée directement aux pouvoirs constitués, mais il contribue, au même titre que les pamphlets et les manifestes d'autrefois, à la création d'une opinion publique[1417].

Néanmoins, cette reconnaissance apparaît comme fort timide. Deux types d'arguments ont été posés par la doctrine. D'une part, alors que le projet initial du gouvernement indiquait que dans les conditions prévues par la loi un quantum d'électeurs pouvait « obtenir » dans chaque collectivité territoriale l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence, les sénateurs ont remplacé ce terme par « demander », ce qui démontre bien la marge de manœuvre laissée aux Assemblées délibérantes des collectivités.

---

de présenter, à titre individuel ou en association avec d'autres citoyens ou personnes, une pétition au Parlement européen sur un sujet relevant des domaines d'activité de la Communauté et qui le ou la concerne directement ». Cf. Paul MAGNETTE, *Vers une citoyenneté européenne directe ? Pratiques du droit de pétition dans l'Union Européenne*, RIPC, Vol. 9, n°1-2002, pp. 65-78 ; Hélène SURREL, *Le pétitionnement. Étude de droit international public*, Thèse, dactyl., Montpellier I, 1994. L'article du TCE a été repris *in extenso* à l'article 44 de la Charte des droits fondamentaux.

[1416] Aux termes de son quatrième alinéa : « Les citoyens de l'Union, au nombre d'un million au moins, ressortissants d'un nombre significatifs d'États membres, peuvent prendre l'initiative d'inviter la Commission, dans le cadre de ses attributions, à soumettre un proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fons de l'application de la Constitution. La loi européenne arrête les dispositions relatives aux procédures et conditions requises pour la présentation d'une telle initiative citoyenne, y compris le nombre minimum d'États membres dont les citoyens qui la présentent doivent provenir ». Pour un commentaire de cet article, cf. Thierry DEBARD, *La démocratie participative et la constitutionnalisation de l'Union Européenne*, IN ROBBE François (Dir.), *La démocratie participative*, op. cit., pp. 113-123 ; Elsa BERNARD, *La démocratie participative sous l'angle du dialogue civil et du dialogue social*, IN CONSTANTINESCO Vlad, GAUTIER Yves et MICHEL Valérie (Dir.), *Le Traité Constitutionnel Européen. Analyses et commentaires*, op. cit., pp. 365-382. Il est intéressant de noter que cet article avait été rédigé suite aux demandes insistantes des associations représentant la société civile dans le processus d'élaboration du Traité, cf. Emmanuel AUBIN, *Le rôle de la société civile dans les conventions sur l'élaboration de la charte des droits fondamentaux et sur l'avenir de l'Union Européenne*, LPA, n°27-2003, pp. 9-14.

[1417] La pétition « moderne » est tenue « *pour une manifestation politique par nature et est obligatoirement conçue comme un phénomène de masse, une sorte de scrutin non institutionnel confinant à la mise en œuvre du principe majoritaire hors de son cadre organique. Cependant, comme elle ne peut atteindre ce but de majorité, elle n'est qu'une manifestation de l'esprit propre aux élites intellectuelles actives cherchant à agir sur les autorités politiques.* […] *Cette néo-pétition commet de plus le paradoxe assez fréquent de n'être adressé à personne, sauf à l'opinion publique.* […] *Elles sont une autre forme d'exercice de la liberté de pensée et d'expression* », Jean-Pierre DIONNET, *Pétition*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1158.

Si la doctrine s'est majoritairement prononcée contre cette restriction[1418], il n'en demeure pas moins que celle-ci s'inscrit pourtant dans une certaine continuité historique. Reste ensuite à savoir qui est titulaire de ce droit. Par analogie avec la loi du 1er août 2003[1419], on peut ainsi déduire que la qualité d'électeur exigée par l'article 72-1 alinéa 1 interdit à des résidents étrangers qui ne sont pas citoyens européens de participer à une quelconque activité de la collectivité territoriale. Dès lors, ainsi que le souligne André ORAISON, le droit de pétitionner ne semble appartenir qu'aux citoyens de la collectivité intéressée[1420]. La reconnaissance du droit de pétition se heurtait ainsi à une double tradition contradictoire : la première qui tend à considérer ce droit comme un droit naturel inhérent, donc, à tout individu, et la seconde qui considère que « *les droits de participation à la prise des décisions politiques ne peuvent être accordés à toute personne se trouvant même durablement sur le territoire de l'État en cause : ils sont réservés aux citoyens membres actifs de la société politique qu'organise l'État, qui, sauf dérogation exceptionnelle, doivent eux-mêmes posséder la nationalité de cet État* »[1421]. La solution retenue par le Constituant peut alors s'expliquer par un refus très net du risque communautarien et d'une préférence pour la définition libérale

---

[1418] Danièle QUINTY considère par exemple que « *le constituant risque d'être à l'origine d'un sentiment de malaise, de frustration de la part des électeurs qui, après avoir déposé leur pétition, ne seront pas du tout certains que celle-ci sera inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée concernée.* […] *Paradoxalement il y a là un risque nouveau d'agrandissement de la distance entre les gouvernés et les gouvernants* », *Référendum local et autres formes de participation*, Mélanges Lachaume, op. cit., p. 869. Dans le même sens, Jean-François LACHAUME, *Libres propos sur des techniques de démocratie directe appliquées aux collectivités territoriales*, Mélanges Hélin, op. cit., pp. 387-398.

[1419] Qui dispose que « seuls peuvent participer au scrutin les électeurs de nationalité française inscrits […] sur les listes électorales de la collectivité territoriale ayant décidé d'organiser le référendum et, pour un référendum local décidé par une commune, les ressortissants d'un État membre de l'Union européenne inscrits sur les listes électorales complémentaires établies pour les élections municipales ».

[1420] André ORAISON, *Réflexions sur le droit de pétition reconnu aux électeurs des diverses collectivités territoriales par la loi constitutionnel du 28 mars 2003*, LPA, n°160-2004, pp. 3-7.

[1421] Patrick WACHSMANN, *Participation, communication, pluralisme*, op. cit., p. 173. Á titre d'exemple, on peut également mentionner la décision MAASTRICHT I du Conseil constitutionnel qui subordonnait à la révision préalable de la Constitution la ratification de dispositions conférant à d'autres que des nationaux français le droit de participer à l'élection des conseillers municipaux ou des membres du Conseil de Paris. L'ajout d'un article 88-3 à notre charte fondamentale a ainsi confirmé pour Patrick WACHSMANN une « *volonté d'ouverture de la citoyenneté aux non-nationaux réduite au strict minimum* », ibid.,p. 173.

de la citoyenneté[1422] : l'opinion publique ne peut être définie en termes sociologiques, mais uniquement dans le cadre des procédures définies par le droit[1423].

Sous-section 2. Vers une participation « continue » ou le rôle des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans le débat public

« *On parle sans cesse de consulter l'opinion publique ; c'est une intention fort louable, dont le résultat doit être fort utile au gouvernement et à la nation. Mais qu'est-ce que l'opinion publique ? Est-ce celle de ma coterie ? Est-ce celle du café du coin ? Est-ce en écoutant aux portes, en décachetant les lettres qu'on apprendra ce que c'est ?* »[1424]. Ces propos de Pierre-Louis Roederer témoignent de la difficulté à laquelle firent face les partisans d'une participation accrue de l'opinion publique au processus décisionnel, eux qui se heurtèrent pendant longtemps à l'indicible, à l'impossibilité de mesurer de manière exacte l'opinion publique. En France, la première tentative pour quantifier l'opinion publique remonte donc probablement au projet du Conseiller d'État Roederer, lequel, on le sait, n'hésitait pas à confier à l'opinion publique un rôle de pouvoir censorial. Une fois nommé à la « Direction de l'instruction publique et de l'esprit public » en mars 1802, Roederer tentât ainsi de mettre en place une « statistique de l'opinion publique » sur le modèle des enquêtes statistiques départementales. Ce modèle statistique est néanmoins profondément ambigu : en effet, il semble

---

[1422] Les citoyens libéraux sont classiquement envisagés en tant qu'individus rationnels et autonomes, c'est-à-dire indépendants de leurs insertions sociales et du contexte social dans lequel ils s'inscrivent : l'individu et non pas son ancrage social constitue le référent ultime de tout principe libéral. Pour tous ces débats, nous nous permettons de renvoyer à Sébastien Bénétullière, *Démocratie participative et citoyenneté*, in Robbe François (Dir.), *La démocratie participative*, op. cit., pp. 59-78.

[1423] On retrouve là finalement les propos d'Habermas, pour qui le concept même de « *citoyenneté démocratique engendre une solidarité relativement abstraite, en tous cas fondée sur le droit, entre personnes qui sont des étrangers les uns pour les autres ; or, cette forme d'intégration sociale* […] *se réalise sous la forme d'un contexte de communication dont les effets se font sentir jusque dans la socialisation politique.* [les moyens administratifs] *comprennent entre autres les conditions dans lesquelles l'idée éthico-politique que les citoyens ont d'eux-mêmes peut se développer et se reproduire par la communication, mais ils ne comprennent nullement une identité collective indépendante du processus démocratique lui-même et qui serait en ce sens préalablement donnée. Ce qui unit une nation de citoyens – à la différence d'une nation au sens ethnique – n'est pas un substrat préalablement donné mais un contexte intersubjectivement partagé d'entente possible* », *L'intégration républicaine*, op. cit., p. 155.

[1424] AN, Archives Roederer, 29 AP 75 (Activités administratives, Conseil d'État. Ministre de l'instruction publique, 1800-1802). Lettre à Maret, citée par Lucien Jaume, *Le Discours jacobin et la Démocratie*, op. cit., p. 106.

ne s'intéresser qu'aux propriétaires[1425], postulant qu'en interrogeant les élites il lui sera alors capable de connaître les opinions de la masse[1426]. L'échec du projet de ROEDERER, outre qu'il doit beaucoup à la conception du pouvoir de Bonaparte, a pour conséquence le désintérêt relatif pour une étude statistique et quantitative de l'opinion publique et la prédominance des approches psychologiques de ce phénomène. Ce qui n'est pas sans poser problème du point de vue de la science du droit puisque JELLINEK n'hésitait pas à souligner que « *la difficulté du problème est en rapport avec son importance : il s'agit en effet, en cette matière, des manifestations de la psychologie collective, et les méthodes dont nous disposons sont bien insuffisantes pour en étudier l'objet comme il conviendrait* »[1427]. De même James BRYCE, pourtant grand défenseur de ce qu'il appelle « *le gouvernement populaire* », rappela-t-il que « *les difficultés mécaniques* […] *du fonctionnement d'un pareil système de gouvernement sont évidentes. Comment s'assurer de la volonté de la Nation autrement qu'en comptant les voix ? Comment sans de très grandes difficultés, recueillir fréquemment des votes sur toutes les grandes questions qui surgissent ?* »[1428]. On sait que BRYCE proposera alors de faire « comme si » un mécanisme de mesure existait hors des périodes électorales, rompant par là même avec l'esprit du régime représentatif, et insistant sur la participation active des masses au processus politique comme idéal démocratique. Le détour par la pensée de James BRYCE s'avère fécond tant celle-ci a été considérée par les sondeurs des années 30, et en particulier GALLUP[1429],

---

[1425] « *Sur quoi peut-on connaître l'opinion publique ? Sur l'intérêt de la majorité des hommes qui composent ce que l'on appelle le public, c'est-à-dire de cette partie de la nation qui a des intérêts communs avec le peuple tout entier, mais qui a de plus que le peuple, de l'aisance du loisir, de l'éducation, de la lecture, de la conversation, une opinion enfin et l'influence pour la faire prévaloir, c'est-à-dire, des propriétaires.* […]. *Pour connaître l'opinion publique de France, il faut donc connaître l'état et l'intérêt des propriétaires français. C'est l'affaire de l'administration* », AN, Archives Roederer, 29 AP 75, op. cit., cité par Jean-Luc CHAPPEY, *Pierre-Louis Roederer et la presse sous le directoire et le consulat : l'opinion publique et les enjeux d'une politique éditoriale*, AHRF, n°4-2003, p. 16.

[1426] « *Je crois qu'être instruit des intérêts des différentes classes de la société ; de leurs lectures quotidiennes et habituelles ; de leurs amusement publics ; de l'esprit des transactions civiles et commerciales, des prédicateurs qu'on suit, des orateurs du barreau qu'on préfère, des avocats, des médecins que l'on consulte etc.., et recevoir cette espèce d'information tous les trois mois, ou dans des circonstances données, ce serait avoir un critérium de l'opinion* », ibid., p. 18.

[1427] Georg JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, op. cit., pp. 180-181.

[1428] James BRYCE, *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 384.

[1429] « *Bryce a désigné le sondage comme le meilleur test de l'opinion.* […] *Il y a plus de quarante-quatre ans, en 1891, James Bryce, l'une des grandes autorités en matière de politique américaine, écrivait prophétiquement : « la faiblesse évidente du gouvernement par l'opinion est la difficulté d'établir objectivement cette dernière ». Bryce n'avait pas prévu la machinerie de « America speaks », le sondage national hebdomadaire de l'opinion publique, mais il avait prédit qu'une méthode d'enregistrement du sentiment public sur les questions du jour serait inventée* », *America speaks : a national weekly of poll of opinion*, Washington Post, 20 octobre 1935, cité par Loïc BLONDIAUX, *La fabrique de l'opinion*, op. cit., p. 188.

comme une prophétie de l'apparition des sondages. Car, il est un fait aujourd'hui que les sondages d'opinion se sont arrogés le monopole d'édiction de l'opinion publique, revitalisant un idéal d'auto-gouvernement (**Paragraphe 1**). Internet de son côté semble prolonger ces réflexions, étant considéré par beaucoup comme le ferment d'une nouvelle démocratie électronique, « *transformant les internautes en citoyens éclairés, capables de s'engager dans d'authentiques discussions politiques et il instaurerait un dialogue direct* »[1430]. Internet contribuerait ainsi à l'élargissement de l'espace public[1431] et serait un pas significatif vers ce rêve, sans cesse renaissant, qu'est la démocratie directe (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Sondages et gouvernement représentatif : une controverse politico-juridique

La légitimation des enquêtes d'opinion relève d'une stratégie intellectuelle et doctrinale assez fine[1432]. En effet, arguant de ce que les sondages sont une technique démocratique sous-estimée[1433], les partisans des sondages tentent de s'arroger l'idéologie démocratique, en renouant avec certains idéaux fondateurs, et notamment celui de la souveraineté populaire. Ainsi, les sondeurs participent tout d'abord d'une entreprise de réfutation de grands principes du régime représentatif, et en premier lieu celui selon lequel l'élection serait le moyen le plus adéquat pour mesurer l'opinion publique ; à titre d'exemple, il est ainsi possible de citer ces propos de James Bryce qui, avant même l'apparition des premiers sondages d'opinion, estimait que « *l'opinion, telle qu'elle se manifeste par le vote, peut différer totalement de celle que l'on découvrirait, si l'on interrogeait secrètement (à supposer que pareille enquête fût réalisable sur une grande échelle), les citoyens qui ont ce que l'on peut appeler une opinion. Cette dernière, ainsi obtenue, serait très probablement plus juste que la première* »[1434]. Dans un premier temps, on doit comprendre ce

---

[1430] Thierry Vedel, *La Révolution ne sera plus télévisée. Internet, information et démocratie*, pouvoirs, n°119, 2006, p. 43.

[1431] Pierre-François Docquir et Léon Ingber, *Internet : lieu commun ou véritable espace public ?*, Mélanges Kirkpatrick, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 425-438.

[1432] La thèse de Loïc Blondiaux est désormais incontournable sur ce sujet et nous nous contenterons d'exposer ici certaines de ses conclusions.

[1433] Roland Darnoux, *Les techniques de démocratie semi-directe sous la Vème République*, rdp, n°2-1995, pp. 442-446.

[1434] *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 183. George Gallup reprendra à son compte l'analyse du publiciste américain : « *L'élection est la seule expression du jugement public qui soit à la fois officielle et capable de contraindre. Mais, considérées d'un point de vue strictement objectif, les élections expriment l'opinion nationale d'une manière confuse et imparfaite. En premier lieu, elles interviennent à des intervalles peu fréquents. En second lieu, comme Bryce l'a souligné dans The American Commonwealth, il est virtuellement impossible de séparer les*

discrédit porté sur le pivot du régime représentatif, non pas comme une volonté de substituer la méthode du sondage à la désignation des gouvernants par les gouvernés, mais davantage comme le souhait que « *dans les pays qui adhèrent à la théorie démocratique du gouvernement, le sondage d'opinion publique est appelé à rester, aux côtés de techniques aussi anciennes que l'initiative populaire, le référendum, le recall, le legislative hearing et la commission of inquiry, comme un nouvel instrument d'évaluation de la volonté du peuple* »[1435]. Puis, il s'agit de mettre en avant les potentialités démocratiques de ce nouvel instrument, notamment en insistant sur ce caractère de « référendum permanent » dont parle BRYCE. Il ne s'agit donc plus seulement de créer les conditions effectives d'un contrôle des gouvernants, mais plus largement de mobiliser le peuple dans la prise de décision politique. En d'autres termes, il convient selon eux de mettre en évidence que les sondages et le suffrage universel reposent sur le même postulat, sur la conception selon laquelle le peuple - l'échantillon représentatif dans le cas du sondage - est composé de citoyens libres et égaux et juxtapose ces volontés particulières[1436]. Cet argument de l'identité entre le suffrage universel et le sondage désire établir qu'il est justifié de traiter les individus de manière abstraite, indépendamment des rapports de force qui structurent l'espace public, conformément aux principes normatifs de l'individualisme démocratique. C'est donc dans ce cadre interprétatif que l'on doit comprendre les multiples références de la doctrine américaine aux fameux *town meetings*, ces assemblées de citoyens en Nouvelle-Angleterre au XVIIIème siècle, dont l'idéal façonne encore un certain nombre d'études sur le *self-gouvernment*[1437].

---

enjeux des candidats », *Public opinion in a Democracy*, Princeton, Stafford lectures, University Expansion Funds, 1939, p. 6, reproduit IN HERMÈS, n°31, 2001, p. 171.

[1435] Harold GOSNELL, *The polls and the other mecanisms of democracy*, Public opinion Quarterly, Vol. 4, n°2-1949, pp. 224-228, cité par Loïc BLONDIAUX, ibid., p. 222.

[1436] En ce sens, cf. Alain LANCELOT, *Sondage d'opinion et suffrage universel*, COMMENTAIRE, n°10, 1980, pp. 217-221 ; Gérard GRUNBERG, *Les ennemis de l'opinion. L'opinion publique, les politologues et le suffrage universel*, LE DÉBAT, n°66, 1991, pp. 44-53.

[1437] « *L'une des formes les plus anciennes et les plus pures de la démocratie dans ce pays fut le « town meeting » de la Nouvelle Angleterre. Les habitants se rassemblaient dans une salle pour discuter ensemble et voter sur des questions concernant la communauté. Il s'agissait d'un échange libre des opinions en présence de tous. Le town meeting constituait une manière simple et efficace de faire parler l'opinion publique, et les décisions prises par l'assemblée restaient liées à la volonté du public. Lorsqu'une communauté démocratique opère ainsi à une petite échelle, elle est capable de s'exprimer directement avec rapidité et certitude.* [Aujourd'hui], *grâce à la technique du référendum par échantillon, le peuple, après avoir écouté les arguments des deux camps sur chacun des enjeux, peut faire connaître sa volonté. Après un siècle et demi, nous revenons au town meeting. Cette fois, la Nation toute entière y prend part* », GALLUP, *Public opinion in a Democracy*, op. cit., p. 179. LOWELL, pour sa part, rappelle « *qu'en dehors de la formation de l'opinion sur des questions particulières, l'assemblée ou town meeting a un autre avantage : son rôle plus précieux est celui d'inspection, de surveillance et de critique* », *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., p. 155. On retrouve donc là la fonction traditionnelle de pouvoir censorial

En résumé, les sondages d'opinion abaissent le coût de la participation politique pour les individus et contribuent à une formation pacifique de l'opinion publique qui peut désormais se faire entendre quotidiennement[1438]. Comme le souligne la doctrine, la démocratie d'opinion basée sur les sondages serait alors perçue comme une démocratie plus continue et plus fine, permettant un réajustement permanent de l'offre politique à la demande des citoyens, et surtout une démocratie plus directe[1439]. La démocratie sondagière ressort donc d'une logique qui porte clairement atteinte à la représentation parlementaire[1440].

Les critiques des politistes et des sociologues concernant cette question sont suffisamment connues pour que nous ne nous y attardions pas. Tout au plus peut-on rappeler la critique de Pierre BOURDIEU selon laquelle les sondages agrégeraient comme semblables des opinions de nature et de valeur différentes. Ce que BOURDIEU met en cause, à juste titre, c'est que, dans l'intervalle entre les élections, l'opinion ne fonctionne pas autour de citoyens atomisés mais est faite de forces et de rapports de forces dans lesquels toutes les opinions ne se valent pas. Entre deux élections, le sondage construit une opinion dont BOURDIEU juge qu'elle est artificielle. Au moment de l'élection, en revanche, le sondage trouve, ou retrouve, sa validité dans la mesure où le scrutin met lui aussi en suspens, de manière artificielle, toutes les différences de savoir et de pouvoir et repose sur la fiction selon laquelle toutes les opinions se valent. Le sondage décalque ce postulat et c'est ce qui fait sa force. Or, selon le sociologue français, les sondages imposent aux sondés des questions que ceux-ci ne se posent pas, tout en limitant le débat public. En effet, il est classique de relever que les sondages n'enregistrent qu'une somme de préférences individuelles agrégées, empêchant la construction d'une opinion publique rationnelle qui reposerait sur la controverse et la libre discussion des individus, mais favorisant tout au contraire une « *spirale du silence* »[1441]. Le dispositif sondagier ne prend donc pas en compte les dimensions normatives et discursives de l'opinion publique et tient pour accessoires les compétences morales des agents.

---

généralement dévolue à l'opinion publique.

[1438] Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., p. 297.

[1439] Slobodan MILACIC, *La communication politique dans les démocraties contemporaines. Le gouvernement d'opinion comme trouble-fête ?*, IN *Constitution et communication*, AIDC, Recueil de Cours, Vol. VII, 1999, pp. 137-180.

[1440] Certains, tel le sénateur SEILLER, s'en émeuvent : « *ne doit-on pas redouter que le sondage n'apparaisse insensiblement dans l'opinion comme une modalité de la démocratie directe plus adaptée au monde de la vitesse que celle de la démocratie représentative ?* […] *Les tendances et opinions des français ne peuvent être connues autrement que par la représentation parlementaire et il serait très dangereux pour la démocratie de croire que l'on pourrait substituer au rôle des élus l'activité des ordinateurs* », JO, Débats Sénat, 13 juin 1990, p. 1559, cité par Dominique ROUSSEAU, *De la démocratie continue*, p. 9 et 12.

Alors que la démocratie est un processus de formation des volontés, le sondage « *met l'accent sur le contenu de l'opinion publique plutôt que sur la façon dont elle se forme et attire l'attention sur les divergences d'opinion plus que sur le processus d'ajustement et d'intégration* »[1442]. En d'autres termes, les sondages d'opinion renforcent « *les mécanismes par lesquels la démocratie délégative se protège contre la démocratie dialogique* »[1443].

Néanmoins, pour pertinente qu'elle soit scientifiquement, la mise en évidence du caractère construit de l'opinion publique sondagière n'intéresse que de manière restreinte le juriste. Dominique ROUSSEAU indique ainsi à juste titre que « *peu importe ici la question de savoir si l'opinion existe en tant que telle ou si elle est fabriquée par les sondages, l'essentiel est que s'est installée dans la société, par un travail particulier, la croyance en l'existence d'une opinion publique qu'exprime et qui s'exprime par les sondages* »[1444]. En outre, il est également possible de rappeler que la Nation, titulaire de la souveraineté, est elle-même un construit juridico-politique[1445]. Comme le souligne Slobodan MILACIC, le juriste doit donc davantage se préoccuper de « *l'assimilation entre le corps électoral et l'opinion publique, alors que ces deux instances ont des modes de fonctionnement*

[1441] L'on doit cette expression à la sociologue allemande Élisabeth NOËLLE-NEUMANN, *The Spiral of silence : public opinion, our social skin*, The University of Chicago Press, 1984 ; du même auteur, *La spirale du silence. Une théorie de l'opinion publique*, HERMÈS, n°4, 1989, pp. 181-191. Ce modèle repose sur plusieurs hypothèses : d'une part, les individus craignent l'isolement, ce qui les conduit en permanence à évaluer dans leur environnement social quelles sont les opinions qui ne les placeront pas dans des situations d'isolement ; ensuite, les individus se forgent une représentation de la répartition et du succès des opinions eu sein de leur environnement social. Ils observent les points de vue qui acquièrent de la force et ceux qui sont en déclin. La disposition d'un individu à exposer publiquement son point de vue est d'autant plus grande qu'il pense que son point de vue est ou sera dominant. Une minorité convaincue de sa domination future et donc disposée à s'exprimer, verra son opinion devenir dominante si elle est confrontée à une majorité doutant que ses vues prévalent encore dans le futur et par conséquent moins disposée à les défendre en public. On assiste alors à un phénomène de spirale qui installe graduellement une opinion dominante. L'opinion publique est donc définie comme l'opinion qui peut être exprimée en public sans risque de sanction, celle-ci étant l'isolement social.

[1442] John C. RANNEY, *Do the polls serve democracy ?*, IN BERRELSON Bernard et JANOWITZ Morris (Dir.), *Reader in public opinion and communication*, The Free Press, Glencoe, III, 1953, p. 139, cité par Bernard MANIN, *Le concept d'opinion publique*, op. cit., p. 286.

[1443] Michel CALLON, Pierre LASCOUMES, Yannick BARTHE, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris, Le Seuil, Coll. La Couleur des idées, 2001, p. 213. C'est ce qu'avait affirmé Jürgen HABERMAS qui considérait qu'avec les sondages, « *l'opinion publique devient un objet de recherche en psychosociologie. On l'analyse en tant qu'« opinion de masse »*, [de sorte qu'elle est] *immédiatement dépouillée de son caractère authentiquement public, elle n'est plus considérée que comme le produit d'un processus de communication qui se déroule au sein des masses* » ; elle ne respecte plus « *les principes de la discussion publique* », *L'espace public*, op. cit., pp. 250-251.

[1444] *De la démocratie continue*, op. cit., p. 9.

[1445] Cf. Dominique SCHNAPPER, *La communauté des citoyens*, précité.

profondément différents »[1446]. Cette assimilation semble en effet reposer pour une grande majorité de la doctrine sur un postulat qui ne saurait être accepté en droit constitutionnel, procédant d'une confusion entre l'opinion publique et la volonté générale[1447]. En effet, l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 fait du vote la seule forme de la souveraineté, y compris lorsque la Nation s'exprime directement. Le droit constitutionnel ignore donc largement l'opinion publique comme possible titulaire de la souveraineté[1448]. Comment expliquer alors les références multiples de la doctrine politiste et publiciste, surtout anglo-saxonne, à la souveraineté populaire lorsque celle-ci aborde la question des sondages sous un angle politique et juridique ? Il nous semble qu'une telle assimilation ne peut se comprendre que par le biais d'une théorie de la représentation directement empruntée à HOBBES. Selon l'auteur du *Léviathan*, on le sait, les individus ne forment une entité politique que lorsqu'ils se donnent un représentant qu'ils habilitent à vouloir pour eux et auquel ils se soumettent volontairement. Cette théorie organiciste de la représentation suppose donc que « *le peuple n'est pas un existant premier, mais une entité seconde, fictive ou artificielle* […]. *Le peuple est la conséquence de la souveraineté, elle-même fictive et issue de la « multitude » des individus* »[1449]. C'est donc le Léviathan qui, de l'extérieur, donne l'unité politique et la capacité d'agir à ce qui n'est dans son existence immédiate qu'une multitude[1450]. Carl SCHMITT en tirera à son tour une théorie de la Représentation originale dont l'objet est « *de rendre visible et de présentifier un être invisible par un être présent dans la sphère*

[1446] Slobodan MILACIC, *Constitution, élections et sondages ; un trio démocratique ambigu sur quelques promiscuités du jeu moderne de légitimation*, IN *Constitution et élections*, AIDC, Recueil de Cours, Vol. X, 2002, p. 393. Cf. également en ce sens, Patrick CHAMPAGNE, *Les sondages, le vote et la démocratie*, ARSS, n°109, 1995, pp. 73-92.

[1447] Cf. François BARLOY et Michel CLAPIÉ, *Du suffrage au sondage ou de la confusion entre volonté et opinion*, Mélanges Constans, Perpignan, PUP, 1998, pp. 51-66. Selon le Doyen VEDEL, « *les sondages d'opinion ne pourraient pas constituer un instrument permanent de la démocratie et tenir lieu d'élection et de référendum.* […] *D'abord, parce que l'approximation inévitable qui le caractérise, très satisfaisante dans la prévision, serait intolérable dans la décision* […]. *En outre, l'expression d'une pensée et un vote ont des valeurs d'engagement très différentes : on se sent responsable devant l'urne beaucoup plus que devant l'enquêteur* », *Le rôle de l'opinion en démocratie*, op. cit., p. 321.

[1448] Slobodan MILACIC, *La souveraineté du peuple électoral ou de l'opinion sondagière ?*, IN BEN ACHOUR Rafaâ et GICQUEL Jean (Dir.), *Regards croisés sur les constitutions tunisienne et française à l'occasion de leur quarantenaire*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2003, pp. 53-77.

[1449] Lucien JAUME, *Peuple et individu dans le débat Hobbes-Rousseau. D'une représentation qui n'est pas celle du peuple à un peuple qui n'est pas représentable*, IN D'ARCY François (Dir.), *La représentation*, op. cit., p. 44.

[1450] « *Une multitude d'hommes devient une seul personne quand ces hommes sont représentés par un seul homme ou une seule personne de telle sorte que cela se fasse avec le consentement de chaque individu singulier de cette multitude. Car c'est l'unité de celui qui représente, non l'unité du représenté, qui rend une la personne. Et c'est celui qui représente qui assume la personnalité. Et il n'en assume qu'une seule. On ne saurait concevoir l'unité dans une multitude, sous une autre forme* », *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971, p. 166.

publique »[1451], s'opposant ainsi à la représentation-mandat (*Stellvertretung*) comprise comme une caractéristique des régimes parlementaires libéraux. Arguant de ce que le scrutin secret pervertirait l'idée démocratique, SCHMITT rappelait ainsi que l'acclamation était l'expression démocratique par excellence et que l'opinion publique en était la forme moderne. Á l'aune de ces théories, il est alors possible de présenter l'opinion publique sondagière « *comme une entité fictive cohérente formée à partir d'une multitude d'opinions individuelles, atomisées et réelles, mais qui ne font corps que dans la représentation qu'en donne le sondage* »[1452]. Est-ce à dire que l'opinion publique sondagière est, au sens schmittien du terme, le souverain ? Une telle conclusion s'avèrerait erronée pour deux raisons principales. D'une part, l'opinion publique créée par les sondages repose sur une confusion entre le jugement et l'acte de volonté. Là où Carl SCHMITT considère l'opinion publique comme une volonté qui s'est manifestée de manière collective sur un forum, les sondages ne recueillent que des jugements. Or, ceux-ci ne sont pas de purs actes de volonté « *car les objets sur lesquels nous nous prononçons sont donnés à la volonté de l'extérieur, par l'entendement et la perception* »[1453]. Ainsi que le souligne Bernard MANIN, le distinguo est d'importance car il permet de saisir la différence entre la conception anglo-saxonne du gouvernement par l'opinion publique et la conception fondée sur la volonté du peuple, qu'on la définisse comme volonté générale ou volonté de tous. D'autre part, les propos de SCHMITT relatifs au scrutin secret peuvent très bien s'appliquer à l'opinion publique produite par le sondage : en effet, lorsque le juriste allemand écrit qu'il « *n'y aurait plus d'opinion publique, car l'opinion concordante de millions de personnes privées ne produit pas l'opinion publique, le résultat est seulement la somme des opinions privées* »[1454], on ne voit pas en quoi l'opinion publique produite par le sondage, somme agrégée de préférences individuelles, échapperait à la critique, sauf à considérer que l'opinion publique ne résultant pas de la communication physique entre individus ne mérite pas l'appellation d'opinion publique. Dès lors, nous nous accordons à penser que l'identité absolue entre gouvernants et gouvernés prônée par SCHMITT empêche tout au contraire la liberté de l'opinion publique. En effet, là où la représentation absolue et l'auto-gouvernement reposent sur l'abolition de la distance entre gouvernants et gouvernés, le

---

[1451] Cité par Olivier BEAUD, « *Repräsentation* » *et* « *Stellvertretung* » *: sur une distinction de Carl Schmitt*, DROITS, n°6, 1987, p. 13.

[1452] Loïc BLONDIAUX, *La fabrique de l'opinion*, op. cit., p. 16.

[1453] Bernard MANIN, *Le concept d'opinion publique*, op. cit., p. 342.

[1454] *Théorie de la Constitution*, op. cit.

gouvernement représentatif permet à l'opinion publique de s'exprimer, de manière critique, en dehors de la personne du représentant et à tout moment[1455].

Paragraphe 2. Internet et espace public

La démocratie électronique est souvent présentée comme un moyen de transformer la passivité des citoyens en un comportement actif en favorisant le débat permanent[1456]. Pour les tenants d'une telle conception, « *en fluidifiant la circulation de l'information et en facilitant l'interaction des individus, les réseaux électroniques permettraient aux citoyens de participer plus activement à la vie de la Cité et annonceraient une démocratie revitalisée* »[1457]. Internet apparaît dès lors comme une opportunité technique favorisant la mise à disposition d'informations pour le citoyen[1458]. De fait, Internet peut stocker un certain nombre d'informations à bas coût, de manière décentralisée, et évitant l'effet d'agenda qui structurent les grands médias traditionnels[1459]. Dès lors, certains auteurs envisagent la mise en place d'une véritable ingénierie institutionnelle permettant l'émergence d'une vraie démocratie participative. Deux possibilités apparaissent : soit Internet n'est qu'un simple mécanisme de circulation de l'information qui se surajoute aux mécanismes ou dispositifs créés pour consulter ou associer les citoyens aux choix publics ; soit on peut penser qu'Internet est en soi un vecteur politique supplémentaire générant une dynamique propre et des effets originaux. Bien davantage qu'un simple moyen de communication commode entre élus et citoyens, il « *créerait un canal d'expression civique qui modifierait le rapport de forces entre gouvernants et gouvernés* »[1460]. En d'autres termes, « *le Web favoriserait l'avènement d'une*

[1455] En ce sens, cf. Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., pp. 222-223.

[1456] La pierre de touche intellectuelle peut se retrouver dans l'ouvrage de Benjamin Barber précité, *Strong Democracy : Participatory Politics for a New Age*.

[1457] Thierry Vedel, *L'idée de démocratie électronique. Origines, visions, questions*, in Perrineau Pascal (Dir.), *Le désenchantement démocratique*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, 2003, pp. 243.

[1458] Ainsi que le souligne Thierry Vedel, pour les défenseurs de la démocratie électronique, Internet est paré de nombreuses vertus susceptibles de revitaliser le débat démocratique : il est tout à la fois un lieu de liberté et d'authenticité, un lieu qui transcende les frontières géographiques, sociales et culturelles, un lieu de compréhension mutuelle, un lieu qui génère du lien social et enfin un lieu d'auto-régulation, ibid., p. 252.

[1459] Cf. en ce sens les propos de Richard Posner : « *De vastes masses d'informations sont mises en commun et triées à un rythme que les médias traditionnels sont incapables de suivre. Non seulement il existe des millions de blogs et des milliers de blogueurs spécialisés dans tel ou tel domaine, mais, de surcroît, les lecteurs publient des commentaires qui enrichissent les blogs eux-mêmes, circule dans la blogosphère à l vitesse des transmissions électroniques* », Courrier international, 20-26 octobre 2005, p. 65, cité par Agathe Lepage, *Présentation générale*, in Lepage Agathe (Dir.), *L'opinion numérique. Internet un nouvel esprit public*, op. cit., p. 38.

[1460] Thierry Vedel, *L'idée de démocratie électronique*, op. cit., p. 255.

citoyenneté renouvelée où les individus, par l'entremise de la machine, deviendraient toujours plus impliqués et participeraient à la mise en place directe de la décision collective »[1461].

Néanmoins, une telle hypothèse optimiste se heurte à deux objections majeures relatives tant à sa nature, qu'à sa fonction. Sur le premier point, un certain nombre de critiques ont mis en évidence que l'usage d'Internet dévoie l'ambition d'une opinion publique rationnelle et autonome. En effet, les utilisateurs ont tendance à aller chercher les informations qui les confortent dans leur point de vue et les forums de discussion auxquels ils participent sont le plus souvent marqués par une forte homogénéité idéologique[1462]. Ce phénomène que l'on qualifie d'« homophilie » nuance ainsi fortement la dimension délibérative de l'opinion publique[1463]. La critique qu'adresse Jürgen HABERMAS aux sondages peut alors parfaitement s'appliquer à Internet : « *le contexte de communication spécifique à un public de personnes privées faisant usage de leur raison s'est désintégré ; l'opinion publique qui autrefois s'y formait s'est* […] *décomposée en opinions informelles de personnes privées qui ne forment plus un public* »[1464]. Ensuite, concernant sa fonction, il n'est pas certain qu'Internet ait pour objet une participation accrue de l'opinion publique. Certains n'hésitent pas au contraire à voir là la résurgence du Tribunal de l'opinion publique, sous la forme d'une démocratie de surveillance. S'appuyant sur les propos d'ALAIN[1465], Pierre ROSANVALLON souligne ainsi que le rôle effectif majeur d'Internet ne réside pas

[1461] Christophe GIBOUT, *Internet : de la citoyenneté retrouvée à la citoyenneté confisquée*, IN *Invention et réinvention de la citoyenneté*, op. cit., p. 565.

[1462] Cf. Marc DUMOULIN, *Les forums électroniques : délibératifs ou démocratiques ?*, IN MONIÈRE Denis (Dir.), *Internet et la Démocratie*, Québec, Monière et Wollank Éd., 2002, pp. 141-157. Thierry VEDEL souligne ainsi que les forums de discussion politique « *apparaissent avant tout comme des lieux où se développent des monologues interactifs plus que des lieux où sont mises en œuvre de véritables discussions délibératives, par la confrontation systématique aux points de vue adverses et l'argumentation* », *La révolution ne sera plus télévisée (…)*, op. cit., p. 48.

[1463] Cf. Azi LEV-ON et Bernard MANIN, *Internet, la main invisible de la délibération*, ESPRIT, n°5-2006, pp. 195-212. C'est l'un des principaux reproches adressés par les tenants d'une conception délibérative de la démocratie : ainsi James FISHKIN souligne-t-il que « *si les personnes n'étaient en relation qu'électroniquement, elles perdraient à la fois l'occasion de délibérer en face à face et l'occasion de donner à voir à tous, dans le cadre d'un évènement national télévisé, le processus de la décision collective* » tel qu'il le propose avec le sondage délibératif, *Vers une démocratie délibérative: l'expérimentation d'un idéal.* Extrait de *Citizen Competence and Democratic Institutions*, IN ELKIN Stephen et SOLTAN Karol Edward (Dir.), Pennsylvania State University press, 1999, Chap. XII, pp. 279-290, reproduit IN HERMES, n°31, 2001, p. 221.

[1464] *L'espace public*, op. cit., p. 258.

[1465] « *Je voudrais proposer comme idéal que le citoyen restât inflexible de son côté, inflexible d'esprit, armé de défiance, et toujours se tenant dans le doute quant aux projets et aux raisons du chef* », *Propos sur les pouvoirs*, Paris, Gallimard, Coll. Folio, 1985, p. 160. En d'autres termes, la vision libérale d'ALAIN le conduit à ne concevoir la démocratie comme un système qui permet le contrôle effectif des éventuels abus des gouvernants : « *la fausse bonne idée de la démocratie est que le peuple gouverne ; mais aussi ce n'est pas, comme on*

tant dans une dimension « *électorale-représentative* » de la vie publique mais bien davantage « *dans son adaptation spontanée aux fonctions de vigilance, de dénonciation et de notation* »[1466]. Pierre ROSANVALLON met ici en évidence la profonde ambiguïté du terme participation : soit on appréhende la notion dans un sens positif et l'on doit considérer qu'il s'agit d'évoluer vers un régime politique où le peuple interviendra de manière plus directe pour régir les affaires de la Cité ; soit l'on adopte le point de vue libéral qui comprend la participation de manière essentiellement négative comme un moyen de contrôler les agissements des gouvernants[1467]. Les nouvelles technologies de la communication ne remettent pas en cause selon nous cette ambivalence et l'on peut même considérer que leur part dans le processus de formation de l'opinion publique est probablement surdéterminée. On rappellera alors avec Jean RIVERO que croire que « *ce sont les techniques qui façonnent l'esprit public, de telle manière que l'esprit public ne donnera que ce que les techniques auront mises est un faux cercle vicieux. Il ne faut pas faire trop exclusive la part des techniques de diffusion dans la formation de l'opinion.* […] *les techniques ne sont pas toutes-puissantes : l'esprit public, pour partie, leur échappe ; il peut conserver leurs exigences, et les leur imposer* »[1468].

Section 2. L'opinion publique délibérante ou la recherche moderne de l'autodétermination collective

La théorie démocratique s'est, ces dernières années, profondément renouvelée, notamment sous l'impulsion des théories délibératives. Celles-ci postulent ainsi que la volonté générale rousseauiste ne peut être considérée comme le fondement du droit, puisque celle-ci préexiste à toute procédure discursive. De même, la logique libérale repose sur une simple agrégation statistique de préférences individuelles qu'opère le vote et ne créerait ainsi pas une authentique opinion publique. Ce que propose la logique habermassienne, c'est donc une tentative de dépassement de ces deux manières d'appréhender le phénomène démocratique : HABERMAS considère ainsi que « *la légitimité démocratique repose sur l'accord intersubjectif auquel les citoyens*

---

dit, une erreur de la démocratie ; c'est une erreur sur la démocratie. La démocratie réserve au peuple un pouvoir de regard et de jugement. Il n'en faut pas plus », *Propos de politique*, Paris, 1934, p. 324. Cf. Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, op. cit., pp. 64-66.

[1466] Ibid., p. 75.

[1467] De même, participation et contrôle sont associés pour Guillaume TUSSEAU puisque ce dernier considère que « *l'interactivité permet une réaction en temps réel, un véritable dialogue, qui rend tout son actualité au concept de démocratie directe, et assure pour le moins au Tribunal de l'opinion publique de nouveaux instruments pour se faire entendre* », *Sur le panoptisme de Jeremy Bentham*, op. cit., p. 32.

[1468] Jean RIVERO, *Le statut des techniques de formation de l'opinion*, op. cit., pp. 135-136.

sont susceptibles de parvenir dans leurs discussions dans l'espace public et grâce aux procédures de l'État de droit démocratique »[1469]. Ce qui importe, ce n'est donc plus tant l'opinion publique déjà formée que les procédures qui permettent à cette dernière d'émerger. Combinée à des références à la démocratie athénienne, ces théories prétendent donc faire de la délibération le seul fondement de l'État de droit (**Sous-section 1**). La légitimité démocratique repose dès lors sur la capacité qu'ont les citoyens, dotés de capacités de rationalité et placés dans un rapport d'intersubjectivité, de parvenir à un consensus par le débat et l'argumentation. Mais, même en admettant que « *l'espace du débat public n'est pas celui du miroir fondateur de l'intersubjectivité, mais celui du forum et de l'agora, c'est-à-dire l'espace de la confrontation entre acteurs et entre logiques antinomiques* »[1470], force est de constater les imperfections des expériences concrètes mises en place. Ainsi, l'utopie d'une démocratie forte ne pourra se transformer en un système politique opérationnel sans la résolution des dilemmes de la délibération citoyenne (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. La délibération, fondement de l'État de droit

L'émergence d'un nouveau modèle délibératif a grandement contribué au développement de nouveaux dispositifs procéduraux dans toutes les démocraties modernes. Toutes les théories de la délibération, mais plus particulièrement la théorie habermassienne, accordent à l'échange argumentatif un rôle essentiel dans la construction des préférences axiologiques : il est ainsi le seul processus réflexif permettant l'émergence de l'opinion publique et de la norme, car, comme le souligne Habermas, « *le modèle délibératif met plutôt l'accent sur ce que les discussions et les négociations ont de conforme à la raison que sur le caractère éthique de la volonté nationale ou sur les mobiles purement rationnels* »[1471]. En d'autres termes, le paradigme délibératif repose sur une institutionnalisation de procédures susceptible de faire émerger des structures normatives par la

[1469] Loïc Blondiaux et Yves Sintomer, *L'impératif délibératif*, politix, Vol. 15, n°57, 2002, p. 23. Dans le même sens, Pierre Bourdieu souligne qu'il « *faut travailler à créer les conditions sociales de l'instauration d'un mode de fabrication de la « volonté générale » (ou de l'opinion collective) réellement collectif, c'est-à-dire fondé sur les échanges réglés d'une confrontation dialectique supposant la concertation sur les instruments de communication nécessaires pour établir l'accord ou le désaccord et capable de transformer les contenus communiqués et ceux qui communiquent* », *Le mystère du ministère (…)*, op. cit., p. 11.

[1470] Bernard Lamizet, *La communication délibérative*, in Castagna Bernard (Dir.), *La situation délibérative dans le débat public*, Presses Universitaires François Rabelais, Coll. Perspectives « Villes et Territoires », Vol.1, n°11, 2004, p. 42.

[1471] Jürgen Habermas, *Trois versions de la démocratie libérale*, le débat, n°127, 2003, p. 126.

discussion, dans des conditions démocratiques[1472] (**Paragraphe 1**). En soulignant la dimension pragmatique des actes de parole, Habermas en déduit qu'un énoncé peut être vrai à condition que celui-ci soit universellement valide. Or, cette prétention à la validité repose sur quatre conditions que sont l'intelligibilité[1473], la vérité[1474], la sincérité et la justesse[1475] qui font l'objet d'un constant effort de vérification. Ainsi, si les locuteurs respectent ces quatre exigences, alors il pourra se dégager un consensus rationnel. La démocratie d'opinion oscille alors entre consensus et unanimisme (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La procédure dialogique et communicationnelle comme fondement de l'idéal délibératif

Le dialogue démocratique est censé permettre la construction, l'élaboration d'une citoyenneté capable de penser en termes d'intérêts collectifs. Par rapport à l'information, le dialogue marque une étape supplémentaire dans l'approfondissement démocratique. Or, en théorie, toute démocratie est nécessairement dialogique. Reste que, selon ses partisans, la démocratie délibérative amorce pour sa part un véritable changement dans la conception de la légitimité qui prévaut dans nos ordres juridiques : « *la source de la légitimité n'est plus la volonté déjà déterminée des individus, mais son processus de formation, la délibération* […]. *Comme le propre de la décision politique est de s'imposer à tous, on est amené à poser la délibération de tous, ou plus exactement le droit pour tous de participer à la délibération comme la condition de légitimité essentielle.* […] *La décision légitime n'est pas la volonté de tous mais celle qui résulte de la délibération de tous ; c'est le processus de*

[1472] « *La théorie de la discussion ne conditionne pas le succès de la politique délibérative par l'existence d'un ensemble de citoyens capable d'actions collective, mais par l'institutionnalisation de procédures et de conditions appropriées de la communication et par le jeu combiné des délibérations institutionnalisées et des opinions publiques qui se sont formées de façon informelle* », Jürgen Habermas, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 323.

[1473] « *Le locuteur associe à chaque énonciation effective la prétention selon laquelle l'expression symbolique employée est susceptible d'être comprise dans la situation donnée* », Jürgen Habermas, *Sociologie et théorie du langage*, Paris, Armand Colin, 1995, p. 76.

[1474] « *Les constatations, les affirmations, les explications, impliquent une prétention à la vérité. Celle-ci n'est pas légitime si l'état de choses affirmé n'existe pas. J'appelle cognitif cet emploi du langage. Nous engageons alors une communication en cherchant à faire savoir quelque chose sur la réalité objectivée* », ibid., p. 76.

[1475] « *Toutes les énonciations expressives au sens étroit (sentiments souhaits, expressions de volonté) impliquent une prétention à la sincérité. Celle-ci s'avère fausse dès lors qu'on découvre que le locuteur n'entendait pas les intentions de la manière dont il les a énoncées. Toutes les énonciations ayant une orientation normative (les ordres, les conseils, les promesses, etc.) impliquent une prétention à la justesse. Celle-ci est illégitime lorsque les normes ne peuvent pas être justifiées. J'appelle communicationnel cet emploi du langage. Nous mentionnons alors quelque chose qui existe dans le monde pour créer des relations interpersonnelles déterminées* », ibid., p. 77.

formation des volontés qui confère sa légitimité au résultat, non les volontés déjà formées »[1476]. En d'autres termes, une norme est une construction humaine n'émergeant qu'à travers un dialogue entre des sujets capables d'argumenter. La totalité des citoyens doit alors s'unir en communauté sur la seule base d'un consensus sur les processus démocratiques. HABERMAS considère en effet que « *seules peuvent prétendre à une légitimité les lois juridiques qui sont à même, dans un processus d'institution du droit par la discussion ayant lui-même été établi dans une perspective juridique, de trouver l'adhésion de tous les sociétaires juridiques* »[1477]. Les citoyens doivent donc se comprendre comme les auteurs des droits auxquels ils doivent obéir en tant que destinataires. Loin d'être aliénés par les lois qu'ils produisent, les hommes peuvent à tout moment, et donc en dehors du moment électoral, se saisir d'une norme pour réaffirmer sa valeur, en changer le sens ou en proposer une nouvelle « *puisque c'est le principe de discussion qui fonde, dans le modèle de l'État de droit, la légitimité de la règle* »[1478]. S'opposant ainsi à la philosophie contractualiste classique qui réduit la délibération à la décision déjà formée, les partisans de la démocratie délibérative estiment que « *la norme n'est légitime que si elle résulte d'un processus de délibération inclusif et équitable auquel tous les citoyens peuvent participer et dans lequel ils sont amenés à coopérer librement* »[1479].

Le modèle délibératif débouche donc naturellement sur un principe « d'auto-législation » par la combinaison de deux exigences élémentaires : d'une part, le « principe de discussion », qui veut que les normes qui unissent les citoyens soient le résultat d'un processus de discussion publique[1480], et d'autre part le « principe de procédure », qui veut que la justification des normes soit le résultat d'une certaine procédure formelle d'argumentation. Dès lors, le paradigme communicationnel impose l'institutionnalisation des procédures qui permettent l'expression intersubjective, par les actes de langage, d'exigences de validité : « *les procédures et les conditions communicationnelles de la formation démocratique de l'opinion et de la volonté fonctionnent, en effet, comme l'écluse la plus importante d'une rationalisation au moyen de la discussion, des décisions que*

[1476] Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., p. 83.

[1477] Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, op. cit., pp. 126-127.

[1478] Dominique ROUSSEAU, *L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ?*, Mélanges Pactet, *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, p. 892.

[1479] Loïc BLONDIAUX, *La délibération, norme de l'action publique contemporaine*, PROJET, n°268, 2001, p. 82.

[1480] « *Seules peuvent prétendre à la validité les normes qui pourraient rencontrer l'accord de toutes les parties prenantes d'une discussion pratique* », Jürgen HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, op. cit., p. 17.

prennent un gouvernement et une Administration liés par les lois et par la justice »[1481]. Le modèle délibératif insiste donc sur la recherche de consensus au moyen de la délibération.

Paragraphe 2. Unanimité, consensus et délibération

Ainsi que le soulignait Charles EISENMANN, « *le mot « consensus » qui, de soi, est synonyme de consentement, n'est pas très fréquemment employé dans la langue du droit* »[1482]. De fait, lorsque les publicistes l'emploient, c'est davantage, à quelques très rares exceptions[1483], sous la forme d'un concept psycho-sociologique puisqu'ils le définissent comme « *une disposition de l'esprit collectif qui traduit un accord avec une situation* »[1484] voire « *comme une attitude psychologique de la collectivité, un accord sur des valeurs* »[1485]. Tout en adhérant à cette conception, André GIRARD fait, pour sa part, explicitement le lien entre consensus et opinion publique puisque cette dernière, « *en tant qu'expression de la conscience collective, représente d'abord la zone d'accord fondamental qui existe entre tous les membres d'une communauté. Sans cet accord sans ce véritable consensus, la vie ne serait pas concevable dans cette communauté. L'opinion publique est d'abord ce fonds commun entre tous les membres, qui n'a pas besoin de s'exprimer à chaque instant* »[1486]. Le modèle délibératif n'échappe qu'en partie à cette définition a-juridique. HABERMAS explique ainsi que la validité des normes juridiques peut être éclairée par le test de l'universalité des normes défini ainsi : « *chaque norme doit satisfaire à la condition selon laquelle les conséquences et les effets secondaires qui, de manière prévisible, résultent de son observation universelle dans l'intention de satisfaire les intérêts de tout un chacun peuvent être acceptées sans contraintes par toutes les personnes concernées* »[1487]. Cet horizon

---

[1481] Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 325. Cette hypothèse témoigne de ce que la sphère administrative est également concernée par la logique délibérative. Ce que confirme Jean RIVERO, pour qui « *l'administré cesse alors d'être étranger à la préparation de l'acte qui le concerne ; entre l'autorité et lui, un dialogue se noue ; il peut faire valoir son point de vue, verser au dossier les éléments qu'il possède ; simultanément, il prend connaissance des données qui lui échappent ; ainsi collabore-t-il à l'élaboration de son propre destin* », *Á propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui (…)*, op. cit., pp. 822-823.

[1482] *Le consensus. Essais de définition*, POUVOIRS, n°5, 1978, p. 28.

[1483] Hans KELSEN considère par exemple que le compromis signifie « *mettre en retrait ce qui brise les liens pour favoriser ce qui unit. Chaque échange, chaque contrat est un compromis ; ainsi le compromis signifie contracter. En dernier lieu, chaque intégration sociale n'est possible que par un compromis. La majorité même ne peut résulter que d'un tel compromis* », *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Julius Springer, 1925, p. 324, cité par Sandrine BAUME, *Kelsen. Plaider la démocratie*, op. cit., p. 63.

[1484] Georges BURDEAU, *L'État entre le consensus et le conflit*, POUVOIRS, n°5, 1978, p. 3.

[1485] Jean RIVERO, *Consensus et légitimité*, POUVOIRS, n°5, 1978, p. 59.

[1486] *L'opinion publique et la presse*, op. cit., p. 255.

[1487] *De l'éthique de la discussion*, op. cit., p. 34.

universaliste doit alors permettre la structuration de notre argumentation : « *en effet, les normes sont présentées par des personnes concrètes et leur prétention à la validité sont argumentativement testées dans l'espace public en vue d'obtenir un consensus garantissant leur validité. L'universalité des normes juridiques dont témoigne cette vision n'est rien d'autre qu'un consensus obtenu discursivement* »[1488]. La qualité de l'argumentation sera donc fonction de la capacité de chacun de généraliser les intérêts divers, de leur découvrir un dénominateur commun. Reprenant la distinction kantienne entre persuasion et conviction[1489], HABERMAS postule que l'opinion publique, en tant que résultat de la publicité, doit donc aboutir à des propositions universellement valables et objectives. En d'autres termes, chacun des participants doit se projeter dans le monde de l'autre et de ses attentes spécifiques, tentant ainsi de concilier l'universalisation des points de vue avec l'enracinement culturel de chaque individu[1490]. La délibération et le débat politique sont donc envisagés comme les moteurs du changement, les différentes conceptions du bien étant nécessairement amenées à changer. En effet, pour les tenants de la démocratie délibérative, la délibération ne repose pas sur un consensus entre les valeurs qui soit préexistant à la délibération, mais suppose au contraire que c'est au travers du processus de délibération que l'on peut parvenir à une entente entre des opinions et des valeurs différentes. L'entente et le consensus ne seraient pas antécédents à la délibération mais en seraient le résultat. Dès lors, ce

---

[1488] Bjarne MELKEVIK, *Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain*, IN BOULAD-AYOUB Josiane, MELKEVIK Bjarne, ROBERT Pierre (Dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Montréal, L'Harmattan, Coll. Les presses de l'Université de Laval, 1996, p. 383.

[1489] « *Quand une croyance est valable pour chacun, en tant du moins qu'il a de la raison, son principe est objectivement suffisant et la croyance se nomme conviction. Si elle n'a son fondement que dans la nature particulière du sujet, elle se nomme persuasion. La persuasion est une simple apparence parce que le principe du jugement qui est uniquement dans le sujet est tenu pour objectif. Aussi un jugement de ce genre n'a-t-il qu'une valeur individuelle et la croyance ne peut-elle pas se communiquer.* […] *La pierre de touche grâce à laquelle nous distinguons si la croyance est une conviction ou simplement une persuasion* […] *consiste dans la possibilité de communiquer sa croyance et de la trouver valable pour la raison de tout homme* […] *mais l'essai que l'on fait sur l'entendement des autres, des principes qui sont valables pour nous, afin de voir s'ils produisent exactement sur une raison étrangère le même effet que sur la nôtre est un moyen qui, tout en étant seulement subjectif, sert non pas à produire la conviction, mais cependant à découvrir la valeur particulière du jugement, c'est-à-dire ce qui n'est en lui que simple persuasion* », *Critique de la raison pure*, Paris, PUF, 1944, pp. 551-552, cité par Jürgen HABERMAS, *L'espace public*, op. cit., p. 117.

[1490] Jürgen HABERMAS ne comprend pas cette prise en considération des opinions d'autrui comme un acte de « sympathie », pour reprendre la célèbre formule d'Adam SMITH. En effet, pour lui, les discussions menées en son for intérieur « *ne sont pas les équivalents des discussions réelles qui ne sont pas menées à bien* », *De l'éthique de la discussion*, op. cit., p. 61. Cf. Estelle FERRARESE, *Que peut-on espérer du débat public, ou l'inflation normative autour de l'idée de délibération*, IN CASTAGNA Bernard (Dir.), *La situation délibérative dans le débat public*, op. cit., p. 302.

n'est pas tant le consensus qui représente la notion centrale de la délibération politique, mais c'est surtout la possibilité qu'un réel dissensus puisse s'exprimer[1491]. C'est donc la création d'un consensus dans une situation où l'expression d'un dissensus est possible qui confère la légitimité des institutions démocratiques dans un univers marqué par des conflits sociaux et politiques[1492]. S'appuyant sur une longue tradition libérale[1493], la théorie délibérative suppose ainsi qu'une décision démocratique légitime découle nécessairement d'une délibération des citoyens mais aussi du fait que les opinions politiques peuvent changer, et les opinions non formées peuvent se construire : en d'autres termes, « *l'individu libre n'est pas celui qui sait déjà absolument ce qu'il veut, mais celui qui a des préférences incomplètes et cherche à déterminer par la délibération intérieure et par le dialogue avec autrui ce qu'il veut précisément* »[1494]. La conception délibérative conçoit ainsi l'État de droit comme l'institutionnalisation de procédures et de conditions communicationnelles qui permettent de former l'opinion publique par la discussion, cette dernière devenant, à son tour, le moyen d'exercer l'autonomie politique, c'est-à-dire d'édicter légitimement des normes permettant d'assurer la coexistence pacifique pour les membres d'une société[1495].

[1491] En ce sens, François Ost et Michel van de Kerchove perçoivent que « *si l'on veut en effet préserver la notion de consensus d'un usage apodictique, il faut absolument l'équilibrer par l'idée de dissensus. Loin de représenter l'écueil ou l'échec des processus de légitimation pratique, l'émergence de dissensus représente leur enjeu le plus propre* », *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, pufsl, Coll. Travaux et recherches, 1987, p. 539.

[1492] Comme le souligne Daniel Boy à propos des conférences de consensus, « *il ne s'agit pas de parvenir à un consensus final absolu mais seulement de travailler dans un esprit de consensus* », *Les conférences de consensus françaises: la difficile adaptation d'un modèle "venu d'ailleurs"*, in *Cultures et pratiques participatives : un perspective comparative*, colloque organisé par le LAIOS et l'AFSP, 20-21 janvier 2005, en ligne http://www.afsp.msh-paris.fr/activite/diversafsp/colllaios05/laios200105.html.

[1493] Par exemple dans la pensée de Mill qui estime que toute discussion repose sur une confrontation des idées et des propositions, une mise à l'épreuve de chacune par exposition aux objections. Comme le souligne Bernard Manin, « *à l'issue de ce processus contradictoire, une idée fait sans doute un certain accord parce qu'elle a mieux survécu que d'autres à l'épreuve. Mais la vertu principale de la discussion ne réside pas pour Mill en ce qu'elle fait accord, son principal mérite tient à ce qu'elle est la meilleure réponse connue à la faillibilité humaine* », *Libéralisme et puissance de l'État : la critique manquée de Carl Schmitt*, Mélanges Leca, *Être gouverné*, Paris, Presses de Sciences Po, 2003, p. 161.

[1494] Bernard Manin, *Volonté générale ou délibération. Esquisse d'une théorie de la délibération politique*, le débat, n°33, 1985, p. 93. Les conférences de consensus répondent ainsi à cette logique même si l'on s'empressa de remplacer cette expression par celle de « conférences de citoyens », au motif que contrairement aux pays du Nord de l'Europe où l'obtention de consensus fait partie intégrante du substrat culturel, nous faisons partie en France de civilisations latines où la règle demeure le conflit et où le consensus ne peut être qu'une imposture…

[1495] « *En accord avec le républicanisme, elle* [la conception délibérative] *accorde une place centrale au processus de formation de l'opinion et de la volonté politiques, mais sans appréhender la Constitution de l'État de droit comme un phénomène secondaire ; au contraire, elle conçoit les principes de l'État de droit comme une réponse conséquente à la*

Le processus de communication porte donc en lui-même l'idéal d'une discussion transparente menée selon la loi du meilleur argument. En d'autres termes, « *la transparence se réalise dans le consensus qui est lui-même un équilibre évolutif entre le sens produit par une élite et la voix du peuple* »[1496]. Bien sûr, la situation idéale de parole n'est pas une donnée empirique : elle est contrefactuelle, à savoir que « *ce n'est pas un fait mais un idéal et pourtant elle est effective car toute discussion pratique anticipe cette situation et par là contribue à la réaliser* »[1497]. Mais, ce qui importe, c'est que la force du meilleur argument ne peut s'affirmer qu'au travers de l'argumentation qui prévaut dans un forum, au contraire du marchandage qui opère sur le marché. L'objet est donc de convaincre et non de persuader[1498]. Comme le souligne Bernard MANIN, « *le processus d'argumentation se déroule face à l'auditoire universel, l'ensemble de tous les citoyens, et chaque point de vue a donc intérêt, pour accroître son audience, à montrer qu'il est plus universel que les autres. L'universel joue donc ici un rôle, mais il n'est pas présupposé, il apparaît plutôt comme le résultat du processus* »[1499]. La référence à l'auditoire universel emprunte directement à Chaïm PERELMAN et peut sembler à première vue justifiée : l'argumentation ne sera efficace que pour autant qu'elle s'adresse à l'homme raisonnable qui reconnaîtra la validité des arguments avancés. Il s'agit donc bien de s'adresser à un auditoire « *constitué par l'humanité toute entière ou du moins par tous les hommes adultes et normaux* »[1500]. Or, l'une des critiques majeures que l'on peut faire à HABERMAS ou à ELSTER repose sur la croyance en la forte contrainte institutionnelle qui mobiliserait davantage le *logos*, comprise comme une sorte de rationalité immanente à laquelle se soumet tant l'orateur que l'auditoire[1501]. Toutefois, ainsi que l'ont souligné certains auteurs, on ne peut pas distinguer

---

question de savoir comment institutionnaliser les formes de communication exigeantes que requiert une formation démocratique de l'opinion et de la volonté », Jürgen HABERMAS, *L'intégration républicaine*, op. cit., pp. 322-323.

[1496] Carine DOGANIS, *Secret et transparence dans la démocratie athénienne*, CITÉS, n°26, 2006, p. 83.

[1497] Benoît FRYDMAN, *Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation*, IN GÉRARD Philippe, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel (Dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, FUSL, Coll. Droit, 2002, p. 247.

[1498] La dialectique kantienne est également reprise dans les travaux de PERELMAN : « *nous nous proposons d'appeler persuasive une argumentation qui ne prétend valoir que pour un auditoire particulier et d'appeler convaincante celle qui est censée obtenir l'adhésion de tous* », *Traité de l'argumentation (…)*, op. cit., p. 36.

[1499] *Volonté générale ou délibération. Esquisse d'une théorie de la délibération politique*, op. cit., p. 89.

[1500] Chaïm PERELMAN (en collaboration avec Lucie OLBRECHTS-TYTECA), *Traité de l'argumentation (…)*, op. cit., p. 39. Cf. Emmanuelle DANBLON, *La nouvelle rhétorique de Perelman et la question de l'auditoire universel*, IN MEYER Michel (Dir.), *Perelman, le renouveau de la rhétorique*, Paris, PUF, Coll. Débats philosophiques, 2004, pp. 21-37.

[1501] Cette croyance ressort évidemment chez HABERMAS de la définition physiocratique de l'opinion publique. Comme le rappelle Mona OZOUF, pour les physiocrates, « *quand un individu se met à l'écoute de l'opinion publique, il n'a pas à pratiquer une conversion, où joueraient aussi ses dispositions et ses inclinations particulières, il se soumet à un éclairage auquel il pourra d'autant moins se soustraire qu'il émane de sa propre*

entre l'argumentation sincère et l'argumentation à usage stratégique[1502]. Même Benjamin BARBER, promoteur d'une démocratie délibérative, est contraint de l'admettre : le dialogue démocratique s'appuie « *autant sur l'écoute que sur la parole.* […] *Il est aussi affectif que cognitif* »[1503]. La rhétorique ne peut donc pas se limiter aux seuls arguments fondés en raison et écarter le rôle des émotions et des stéréotypes. Toute théorie de l'argumentation tend dès lors à confondre l'*éthos* – l'image que l'individu projette – le *logos* –le message – et le *pathos* – les sentiments de ceux qui écoutent le locuteur[1504]. Si la théorie perelmanienne revalorise bien la délibération, elle ne néglige ainsi pas pour autant le rôle de l'affect et le risque de la sophistique. Cela ne veut pas dire que le discours n'a pas pour objet de susciter un consensus, mais celui-ci doit s'appuyer sur l'économie du vraisemblable[1505]. Pour cela, les agents mobilisent donc des lieux communs, des topoï culturellement sédimentés, des formes convenues et socialement acceptables pour, en même temps, mettre en forme et exprimer leurs attitudes envers un enjeu du débat public. Ainsi que le souligne Laurence KAUFMANN, « *ce lieu commun, c'est l'opinion de tous, non pas au sens du cumul factuel des opinions de chacun ou du catalogue des opinions mais au sens de ce que tout un chacun doit dire pour que son discours soit tenu pour vraisemblable* »[1506]. Reste qu'en recherchant le consensus, le locuteur se soumet alors à une « *juridiction linguistique* », l'opinion publique, comprise ici comme

---

raison. Le souverain des physiocrates lui-même, ce despote « pénétré par ses obligations » n'est rien d'autre qu'une raison mue par l'évidence, incapable d'ériger autre chose qu'un gouvernement rationnel », *Le concept d'opinion publique au XVIIIème siècle*, op. cit., pp. 41-42. MABLY, à l'époque, avait déjà rétorqué que « *nous ne sommes pas assez difficiles pour ne croire qu'à la vérité de l'évidence ; nous voulons croire, nous avons besoin de croire ; une opinion passablement raisonnable nous suffit ; au défaut d'une opinion vraisemblable, nous en adopterons une ridicule* ».

[1502] Cf. Pierre URFALINO, *La délibération et la dimension normative de la décision collective*, IN COMMAILLE Jacques, DUMOULIN Laurence et ROBERT Cécile (Dir.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, n°7, 2000, pp. 165-193 et plus particulièrement pp. 190 et s.

[1503] Benjamin BARBER, *Strong democracy*, op. cit., p. 196. BARBER attribue au dialogue démocratique neuf fonctions spécifiques : formuler des intérêts, persuader, établir l'agenda politique, rechercher la compréhension mutuelle, reconnaître, maintenir l'autonomie, écouter et exprimer, reformuler et reconceptualiser, ibid., pp. 199-200.

[1504] Pour une présentation, cf. Christian PLANTIN, *L'argumentation : histoires, théories et perspective*, Paris, PUF, Coll. QSJ, 2005.

[1505] Au demeurant la doctrine constitutionnelle avait conscience de cette force du discours sophistique et ne le regrettait pas nécessairement. Ainsi que le soulignait par exemple BAGEHOT à propos des discours publics des parlementaires, « *par sa nature, l'homme dédaigne les longs arguments quand ils n'aboutissent à rien, les grands discours qui ne sont suivis d'aucune résolution, les dissertations abstraites qui ne touchent pas aux faits et les laissent dans l'immobilité. Mais on aime les grands résultats* […]. *Et les débats qui ont un pareil dénouement ou qui peuvent l'avoir, ne sont-ils pas assurés d'attirer l'attention de l'opinion publique et de pénétrer profondément dans l'esprit national ?* », *La Constitution anglaise*, op. cit., p. 27.

[1506] *L'opinion publique : oxymoron ou pléonasme*, RÉSEAUX, n°117, 2003, p. 277.

une grammaire spécifique qui s'impose au locuteur. Se trouve ainsi mise en évidence l'une des fragilités démocratiques de l'opinion publique. L'approche linguistique remet donc en cause l'approche délibérative en démontrant que le conflit d'idées tend à se niveler vers une position moyenne acceptable par tous. En outre, la prise en compte des arguments non universalisables, voire passionnels, interroge quant à la nature même de l'opinion publique qui résulterait de la libre discussion. Contrairement à ce que pensaient les philosophes des Lumières, celle-ci n'est pas nécessairement éclairée, et certains auteurs n'hésitent pas à considérer que « *le génie de l'opinion publique tend à nous éloigner du débat d'idées politiques pour aller vers la confrontation des valeurs idéologiques.* […] *Et l'échange d'arguments, qui en démocratie débouche sur le compromis, devient la confrontation de sentiments, par la surenchère dans la promotion… ou la dénonciation.* [Dès lors,] *les modes de fonctionnement de l'opinion publique relèvent davantage des logiques monistes que pluralistes. C'est pourquoi l'opinion publique s'écrit au singulier, jamais au pluriel !* »[1507]. Dans cette hypothèse, il est difficile de nier que le consensus se transforme en un unanimisme aux antipodes de la logique représentative. Dès lors sans doute François OST et Michel VAN DE KERCHOVE ont-ils raison de souligner combien, « *menacé de dissolution dans le pragmatique ou inversement, d'évaporation dans le transcendant, le consensus échappe à l'identification réelle et à la reconstruction rationnelle. C'est que, dans son fond, le consensus est d'ordre mythique. Il fonctionne à la croyance, à l'adhésion, à l'invocation rituelle.* […] *Le couple scientifique moderne : opinion publique-consensus exerce aujourd'hui les mêmes fonctions que le couple rationaliste : volonté nationale-raison, à l'époque des Lumières, ou le couple théologique : Dieu-mandat divin* »[1508].

Sous-section 2. Les dilemmes de la délibération citoyenne

Le modèle délibératif prétend donc créer une opinion publique rationnelle et éclairée, qui ne trouve pas à s'exprimer dans le cadre du régime représentatif classique. Ainsi que l'exprime Yves SINTOMER, « *la délibération est un travail performatif qui crée un artefact, l'opinion du peuple telle*

[1507] Slobodan MILACIC, *Faut-il réinventer la démocratie ? Du « néodémocratisme pour équilibrer le « néolibéralisme »*, RHDH, n°27, 2006, pp. 736-737. De manière paradoxale, le modèle délibératif achoppe au même titre que les sondages d'opinion sur la question de l'unanimité puisque BOURDIEU avait bien démontré que « *l'effet fondamental de l'enquête d'opinion* [était de] *constituer l'idée qu'il existe une opinion publique unanime, donc légitimer une politique et renforcer les rapports de force qui la fondent* », *L'opinion publique n'existe pas*, op. cit., p. 224.

[1508] *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique*, Bruxelles, PUFSL, 1981, pp. 108 et 121.

qu'elle pourrait être s'il avait les moyens de délibérer correctement »[1509]. Néanmoins, cet idéal se heurte de front à deux types de problèmes : d'une part, les différents dispositifs institutionnels mis en œuvre semblent pour une large part éloignés des préceptes délibératifs (**Paragraphe 1**) ; d'autre part, le modèle délibératif achoppe sur l'argument de l'ignorance du peuple jadis utilisé tant par les philosophes grecs pour justifier l'exclusion des citoyens de la prise de décision que par les tenants d'une conception élitiste de la démocratie[1510] (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Des modalités de participation délibérative encore incertaines

De nombreux auteurs constatent que, derrière le vocable de « démocratie délibérative », se cachent « *des dispositifs, outils, démarches, procédures…très divers dont le point commun est de produire du jugement public à travers des dispositifs de débat collectif (dispositifs ad hoc, liés à un enjeu ou une controverse donnés ou plus institutionnalisés et pérennes)* »[1511]. Cette grande hétérogénéité explique sans nul doute l'écart, souvent relevé, entre l'idée délibérative et ces dispositifs mis en œuvre. Ainsi, doit-on reconnaître que ni les dispositifs institutionnels existants (**Sous-Paragraphe 1**), pas plus que les dispositifs expérimentaux (**Sous-Paragraphe 2**) ne parviennent encore à retranscrire l'essence même du modèle de démocratie délibérative.

Sous-Paragraphe 1. Les dispositifs institutionnels existants

Si l'intérêt pour la démocratie délibérative en France a connu un renouveau avec l'expérience brésilienne des budgets participatifs[1512], tout en étant très développée dans les autres États

---

[1509] Yves Sintomer, *Le pouvoir au peuple. Jurys citoyens, tirage au sort et démocratie participative*, Paris, La Découverte, Coll. Cahiers libres, 2007, p. 146.

[1510] Ainsi que l'avait exprimé par exemple Schumpeter, les États démocratiques étant caractérisés par une vie politique hautement complexe, un système démocratique représentatif est plus adéquat qu'un système participatif, car les citoyens n'auraient pas les compétences nécessaires pour se former une opinion politique bien fondée et rationnelle. Le rôle des citoyens n'est pas dans cette optique de participer au débat public en vue de parvenir aux décisions politiques qui règlent la vie commune, mais se limite essentiellement au choix de ses représentants, choisis cette fois en toute rationalité. Dès lors, le gouvernement du peuple par le peuple n'est plus le critère central de la démocratie, au contraire de la concurrence entre les élites politiques pour s'attirer les votes du peuple : la démocratie se réduit alors « *au système institutionnel aboutissant à des décisions politiques, dans lequel des individus acquièrent le pouvoir de statuer sur des décisions à l'issue d'une lutte concurrentielle portant sur les votes du peuple* », *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Paris, Payot, 1998, p. 367. Pour une mise en perspective historique et philosophique, cf. Catherine Colliot-Thélène, *L'ignorance du peuple (…)*, op. cit., pp. 17-40.

[1511] Rémi Lefebvre, *Non-dits et points aveugles de la démocratie participative*, in Robbe François (Dir.), *La démocratie participative*, op. cit., p. 3. Dans le même sens, cf. Michel Callon, *Des différentes formes de démocratie technique*, csi, n°38, 1999, pp. 37-54.

européens[1513], l'idée d'une association du public à la prise de décision est plus ancienne puisqu'elle émerge au début des années 1980, notamment avec la loi Bouchardeau du 12 juillet 1983[1514] qui fixe le régime juridique de l'enquête publique applicable aux documents d'urbanisme : celle-ci a ainsi pour objet d'informer le public et de recueillir ses appréciations, ses suggestions et ses contre-propositions, afin de permettre à l'autorité compétente de disposer de tous les éléments nécessaires à son information[1515]. Si la loi SRU du 13 décembre 2000 a généralisé cette procédure concernant les documents d'urbanisme[1516], il n'en demeure pas moins que la portée de l'enquête publique demeure relativement faible : celle-ci n'est en effet que consultative et n'intervient qu'en fin de procédure d'élaboration du document, lorsque le projet est suffisamment abouti, juste avant l'approbation finale[1517].

Plus intéressante est la procédure du débat public, qui est justement née de la contestation croissante de grands projets d'aménagement et d'équipement au début des années 90, notamment dans les domaines de la politique d'infrastructures routières et ferroviaires et de la politique énergétique de la France[1518]. Inspirée de l'expérience québécoise du « Bureau d'audiences publiques sur l'environnement »[1519], la procédure du débat public fut à l'origine prévue par deux circulaires : une circulaire Bianco du 15 décembre 1992 relative à la conduite des grands projets nationaux d'infrastructures et une circulaire Billardon du 13 janvier 1993 relative aux procédures d'instruction des projets d'EDF. Puis sous la pression du droit

---

[1512] Consultation instituée des citoyens d'une municipalité qui leur offre la possibilité d'effectuer des choix ayant une véritable incidence budgétaire à hauteur d'un pourcentage non négligeable – 1%, 5%, 10% voire même 20% - des dépenses d'investissement. Cf. Marion Gret et Yves Sintomer, *Porto Alegre. L'espoir d'une autre démocratie*, Paris, La découverte, Coll. Sur le vif, 2005.

[1513] Notamment en Espagne et au Royaume-Uni. Pour des développements, cf. Jean-Bernard Auby, *Droit administratif et démocratie*, op. cit., pp. 9-10.

[1514] Articles L. 123-1 et s. et R. 123-1 et s. du Code de l'environnement.

[1515] Article L. 123-3 du Code de l'environnement. La loi a également assoupli la procédure en confiant la désignation du commissaire-enquêteur au président du tribunal administratif et non plus au préfet.

[1516] Cf. Isabelle Michallet, *La participation du public à l'élaboration des documents d'urbanisme*, in Robbe François (Dir.), *La démocratie participative*, op.cit., pp. 167-176.

[1517] Articles L. 111-1-1 (DTA), L. 122-10 (SCOT), L. 123-10 (PLU), L. 124-2 (carte communale), L. 313-1 (plan de sauvegarde et de mise en valeur) du Code de l'urbanisme.

[1518] Cf. Bénédicte Delaunay, *Le débat public*, tdp, n°2-2003, pp. 283-294.

[1519] Celui-ci est en effet un organisme consultatif indépendant dont la fonction est d'informer et de consulter la population sur les projets d'aménagement ou d'équipement susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement.

international[1520] et communautaire[1521], le Législateur intervint le 2 février 1995 pour consacrer dans l'article 1er de la loi relative au renforcement de la protection de l'environnement un principe de participation du public, compris de manière restrictive comme le principe selon lequel « chaque citoyen doit pouvoir avoir accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses ». La loi du 27 février 2002 dite « démocratie de proximité » va alors élargir le concept en exigeant en son article 132 que « le public soit associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire »[1522]. Bien sûr, la délibération ne peut se passer d'information et il est notable que la doctrine loue le rôle joué par la Commission nationale du débat public (CNDP) en la matière[1523]. En effet, depuis la réforme de 2002, le débat public et contradictoire se veut garanti par une autorité administrative indépendante, de composition pluraliste et tripartite[1524], la CNDP, dont le rôle est donc de « veiller au respect de la participation du public au processus d'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des personnes privées, relevant de catégories d'opérations dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État,

---

[1520] On pense notamment à la déclaration de Stockholm en 1972, à l'acte final de la Conférence d'Helsinki en 1975 et de la déclaration de Rio du 13 juin 1992 sur l'environnement et le développement qui en son article 10 affirme que « la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient ».

[1521] Une directive n°85/377 du Conseil en date du 27 juin 1985 soumettait les projets, publics et privés, susceptibles d'avoir une incidence notable sur l'environnement à une « évaluation » préalable de ces incidences, le texte et les annexes déterminant différentes informations à fournir par le maître d'ouvrage à cette occasion (art. 5 al. 3). Cf. René HOSTIOU, *Le principe de « participation du public » au processus décisionnel en matière d'environnement*, Mélanges Raux, op. cit., pp. 286-287. Le Conseil d'État a ainsi préciser la portée de cette directive en estimant que « *lorsqu'un État membre décide de soumettre un projet à une évaluation de ses incidences sur l'environnement, il doit veiller à ce que la demande d'autorisation de ce projet et le contenu de l'étude d'impact soient mis à la disposition du public dans un délai raisonnable afin de lui permettre d'exprimer son avis avant que l'autorisation ne soit délivrée* », CE, 3 mars 2004, SOCIÉTÉ PLOUDALMEZEAU BREIZ AVEL ; dans le même sens, CE, 6 juin 2007, ASSOCIATION LE RÉSEAU SORTIR DU NUCLÉAIRE.

[1522] Ces dispositions sont codifiées aux articles L. 121-1 et s. du Code de l'environnement et ont été précisées par le décret n°2002-1275 du 22 octobre 2002. Cf. Christine FERRARI-BREEUR, *Brève présentation du décret relatif à l'organisation du débat public relatif à l'organisation du débat public et à la Commission nationale du débat public*, JCPA, n°4-5/2002, pp. 141-142.

[1523] Ainsi, la Commission n'hésite pas à distribuer par voie postale un *Journal du débat* à ceux qui s'y abonnent, dispose d'un site internet performant, et n'hésite pas à annoncer les réunions publiques par la voie d'encarts publicitaires.

[1524] La Commission comprend vingt-et-un membres nommés pour cinq ans ou, s'agissant des élus, pour la durée de leur mandat. Elle est composée de trois collèges : huit élus, quatre magistrats administratifs et judiciaires et six représentants de la société civile. Elle comprend en outre un président et deux vice-présidents, nommés par décret.

dès lors qu'ils présentent de forts enjeux socio-économiques ou ont un impact significatif sur l'environnement ou l'aménagement du territoire »[1525]. L'enjeu est donc de permettre à cette instance de « *jouer un rôle d'interface entre l'opinion et le décideur* » selon les mots de son premier président[1526]. Appréhendé de manière abstraite, on ne peut alors que s'accorder avec Bénédicte DELAUNAY lorsqu'elle affirme que le débat public apparaît comme « *une procédure profondément novatrice, de nature à améliorer tant la transparence et la participation, que la conception des projets notamment du point de vue de leur insertion dans l'environnement* »[1527].

Reste que cette procédure pose un certain nombre de problèmes juridiques. Ainsi, si les modalités de saisine sont parfois contestées[1528], ce qui semble regrettable c'est surtout le large pouvoir d'appréciation conféré à la CNDP quant à la mise en œuvre d'un débat public[1529]. En effet, si le Conseil d'État a accepté de contrôler les motifs de refus de la Commission d'organiser un débat public[1530], le juge administratif n'en a pas moins admis que, même en cas de saisine obligatoire, l'autorité administrative indépendante peut invoquer des critères qui ne figurent pourtant pas dans la loi, et notamment l'état d'avancement du projet et l'existence d'une concertation préalable approfondie[1531]. Cette discrétionnarité de la Commission, si elle est parfois justifiée par des modalités pratiques et budgétaires, nous semble toutefois éloignée de l'esprit de

---

[1525] Art. L. 121-1 du Code de l'environnement.

[1526] Hubert BLANC, *La concertation en amont, une exigence contemporaine de la démocratie*, IN VALLEMONT Serge (Dir.), *Le débat public : une réforme dans l'État*, Paris, LGDJ, 2001, p. 54.

[1527] *Le débat public*, AJDA, n°42, 2006, p. 2322.

[1528] En 1995 ont ainsi été refusées tant l'auto-saisine que la possibilité d'une saisine directe par les citoyens sous la forme d'une pétition comportant au moins 10 000 signatures. Depuis 2002, la saisine est obligatoire pour les projets autoroutiers et ferroviaires de même que pour les équipements industriels, dont le coût est estimé à plus de 300 millions. Pour ceux dont le coût oscille entre 150 millions et 300 millions, l'information du citoyen est obligatoire mais la saisine facultative. La CNDP peut alors être saisie par le maître d'ouvrage, dix parlementaires, un conseil régional, un conseil général, conseil municipal ou un EPCI ayant une compétence en matière d'aménagement de l'espace et territorialement intéressés par le projet et enfin une association agréée de protection de l'environnement exerçant son activité sur l'ensemble du territoire national.

[1529] L'article L. 121-9-1 du Code de l'environnement dispose qu'elle « apprécie, pour chaque projet, si le débat public doit être organisé en fonction de l'intérêt national du projet, de son incidence territoriale, des enjeux socio-économiques qui s'y attachent et de ses impacts sur l'environnement ou l'aménagement du territoire. Si la Commission estime qu'un débat public n'est pas nécessaire, elle peut recommander au maître d'ouvrage ou à la personne responsable du projet l'organisation d'une concertation selon des modalités qu'elle propose ».

[1530] CE, 17 mai 2002, ASSOCIATION FRANCE NATURE ENVIRONNEMENT.

[1531] CE, 20 avril 2005, COLLECTIF CONTRE LES NUISANCES DU TGV DE CHASSENEUIL DU POITOU ET MIGNE-AUXENCES. Cf. la note de Bénédicte DELAUNAY, AJDA n°32- 2005, pp. 1787-1791.

la loi et, surtout, est très en retrait au regard de certains textes internationaux, et plus particulièrement des stipulations de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement signée à Aarhus le 25 juin 1998 et ratifiée par la France en 2002. En effet, l'article 6 de la Convention d'Aarhus est consacré à la « participation du public aux dispositions relatives à des activités particulières ». Les différentes associations de défense de l'environnement invoquent systématiquement la violation de cet article, qu'ils contestent, soit le refus de la CNDP d'organiser un débat public, soit les modalités de ce dernier[1532]. Pour l'instant, bien que ce texte ait une influence considérable sur le droit interne des États parties[1533], le Conseil d'État ne lui confère qu'une portée limitée. Ainsi, s'il a reconnu aux dispositions des articles 6 § 2[1534] et 6 § 3[1535] un effet direct dans l'ordre juridique interne, il a parallèlement dénié tout effet direct aux articles 6 § 4 et 8[1536] de la Convention en estimant que celles-ci ne créaient des obligations qu'entre États[1537]. Il a en outre jugé que ces dispositions n'impliquaient pas par elles-mêmes l'organisation d'un

---

[1532] Pour une illustration, cf. Benoît BUSSON, *Le débat public*, IN ROBBE François (Dir.), *La démocratie participative*, op. cit., pp. 203-210.

[1533] Ainsi, suite au rapport du Conseil d'État *L'utilité publique aujourd'hui* en 1999, la loi du 27 février 2002, et plus particulièrement son titre IV, a eu pour objet de renforcer l'information du public, ainsi que la participation de ce dernier à l'élaboration des grands projets, procédant de la sorte à l'adaptation des textes de droit interne aux exigences de la Convention. Et il en va de même en droit communautaire avec les dispositions de la directive n°2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et la directive n°2003/35/CE du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement.

[1534] Cette disposition stipule que « lorsqu'un processus décisionnel touchant l'environnement est engagé, le public concerné est informé comme il convient de manière efficace et en temps voulu, par un avis au public ou individuellement, selon le cas, au début du processus […] ». Néanmoins le juge administratif a précisé que l'activité concernée devait figurer au nombre de celles énumérées à l'annexe 1 de la Convention, les activités non énumérées devant alors faire l'objet de mesures nationales de mise en œuvre, CE, 28 juillet 2004, COMITÉ DE RÉFLEXION, D'INFORMATION ET DE LUTTE ANTI-NUCLÉAIRE (CRILAN), LE RÉSEAU SORTIR DU NUCLÉAIRE ET GREENPEACE, AJDA, n°33-2004, p. 1838.

[1535] « Pour les différentes étapes de la procédure de participation du public, il est prévu des délais raisonnables laissant assez de temps pour informer le public […] et pour que le public se prépare et participe effectivement aux travaux tout au long du processus décisionnel en matière d'environnement », CE, 28 décembre 2005, SYNDICAT D'AGGLOMÉRATION NOUVELLE OUEST-PROVENCE, note de Bénédicte DELAUNAY, *Le contentieux de la procédure de débat public*, AJDA, n°30-2006, pp. 1661-1668.

[1536] L'article 6 § 4 stipule que « chaque partie prend des dispositions pour que la participation du public commence au début de la procédure, c'est-à-dire lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence […] » alors que l'article 8 énonce que « chaque partie veille à ce que, au moment de prendre sa décision, les résultats de la procédure de participation du public soient dûment pris en considération ».

[1537] CE, 28 décembre 2005, ASSOCIATION CITOYENNE INTERCOMMUNALE DES POPULATIONS CONCERNÉES PAR LE PROJET D'AÉROPORT DE NOTRE-DAME-DES-LANDES et CE, 4 août 2006, CRILAN.

débat public, celui-ci n'étant « *qu'une des procédures possibles pour assurer l'information et la participation, en temps utile, du public au processus décisionnel en matière d'environnement* »[1538]. En d'autres termes, le juge administratif admet qu'une simple concertation menée par les collectivités territoriales, voire une simple enquête publique, puisse suffire pour satisfaire aux exigences de la participation. On pourrait alors estimer que la consécration constitutionnelle du droit de participer en matière d'environnement par l'article 7 de la Charte de l'environnement[1539] permettrait, sur le modèle du droit du travail[1540], d'associer pleinement le citoyen à la prise de décision. Or, une majorité de la doctrine semble ne retenir qu'une obligation minimale de ce principe : en effet, l'article 7 ne mentionne que la délibération des décisions et non leur détermination, conférant ainsi à cet article une « *portée essentiellement procédurale* », consultative, qui ne remet pas en cause les principes de l'article 3 de la Constitution[1541]. La traduction juridique de l'idéal délibératif se trouve ainsi, pour l'instant, à l'opposé de l'utopie d'une démocratie dialogique où toutes les décisions seraient le fruit d'un échange permanent entre les autorités publiques et la société civile.

Sous-Paragraphe 2. Les dispositifs expérimentaux

Parmi les expériences menées dans les grandes démocraties libérales, sans doute convient-il de distinguer celles qui tendent à effectivement associer le citoyen à la prise de décision par le biais d'une politique délibérative, à l'instar du sondage délibératif[1542] et des conférences de consensus, des propositions où, derrière une rhétorique délibérative, se trouve en réalité mise en avant une simple logique de contrôle.

[1538] CE, 28 décembre 2005, SYNDICAT D'AGGLOMÉRATION NOUVELLE OUEST-PROVENCE.

[1539] « Toute personne a le droit, dans les conditions et limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Cf. Karine FOUCHER, *La consécration du droit de participation par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ?*, AJDA, n° 42-2006, pp. 2316-2322.

[1540] Alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 relatif à la participation des travailleurs. Á ce titre, le rapprochement entre ces deux formes de participation semble fallacieux. Contra. Patrick DE FONTBRESSIN, *La participation idée gaullienne, avenir du droit*, Mélanges Decocq, *Une certaine idée du droit*, Paris, Litec, 2004, pp. 233-240.

[1541] Bertrand MATHIEU, *Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement*, op. cit., p. 149.

[1542] L'idée des sondages délibératifs doit être associée à James FISHKIN, *The voice of the People Public. Opinion and democracy*, New Haven, Yale University Press, 2ème Éd., 1997. Cf. également Robert LUSKIN, James FISHKIN et Roger JOWELL, *Considered opinions : deliberative polling in the UK*, British Journal of Political Science, n°32, 2002, pp. 455-487 et Nonna MAYER, *Le sondage délibératif au secours de la démocratie*, LE DÉBAT, n°96, 1997, pp. 67-72.

Malgré une logique intrinsèque quelque peu différente[1543], il convient d'étudier ensemble les sondages délibératifs et les conférences de consensus. En ce qui concerne les sondages délibératifs, cette technique, héritière des « *plannungzelle* » allemands, a pour objet de réunir un groupe de citoyens pendant plusieurs jours afin qu'ils reçoivent une information et débattent ensemble de problèmes d'intérêt général. Bien qu'encore confidentielle[1544], l'expérience menée à Austin ou à Manchester a consisté à réunir environ trois à quatre cents personnes le temps d'un week-end dans un même lieu où on les interroge sur un sujet donné et d'intérêt général[1545]. Puis ce public est divisé en sous-groupes ; lesquels suivent tous des sessions d'informations sur le sujet en question. Puis on réinterroge les participants sur le sujet. Pour James FISHKIN, le sondage délibératif réunit ainsi les quatre conditions de la démocratie : *l'égalité politique* (le sous-échantillon délibératif était bien représentatif de la population et chacun avait les mêmes droits à l'expression), *le respect du pluralisme* (chaque point de vue a pu s'exprimer), *la participation* et *la délibération* (les participants ont pu librement discuter entre eux, entendre les arguments opposés à leurs opinions, obtenir le maximum d'informations disponibles sur le sujet auprès de spécialistes ou de personnes concernées et discuter avec eux). Il s'agit donc de « *stimuler l'attitude qu'aurait l'ensemble des citoyens s'ils pouvaient participer à un processus délibératif en disposant d'une bonne information, de savoir ce qu'ils penseraient s'ils pouvaient faire leur choix dans de bonnes conditions, constituant ainsi un public éclairé* » : en d'autres termes, alors que le sondage traditionnel tel que le pensait GALLUP est prédictif, le sondage délibératif est au contraire prescriptif puisqu'il ne s'agit pas de saisir les préférences collectives telles qu'elles sont mais telles qu'elles auraient pu être si le public avait pu recevoir une information satisfaisante sur un sujet donné. Si elle ambitionne surtout d'appréhender la formation de l'opinion des délibérants, la démarche repose également clairement sur une logique d'apprentissage puisque c'est l'information dispensée avant la délibération, celle que vont glaner volontairement les

---

[1543] Ainsi que le souligne Pierre-Yves MOREAU, les sondages délibératifs ont avant tout pour objet d'améliorer l'expression des opinions individuelles lors des sondages, là où les conférences de consensus reposent davantage sur une réflexion quant à la composition de nos Parlements, *La notion de délibération en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 361.

[1544] En 2002, 18 sondages délibératifs avaient eu lieu aux États-Unis, au Royaume-Uni, en Australie et au Danemark sur des sujets d'intérêt national comme la politique criminelle, le rôle de la Grande-Bretagne dans l'Union européenne, l'avenir du service national de santé etc…

[1545] « *Tout sondage délibératif commence par un sondage traditionnel réalisé en face-à-face auprès d'un échantillon représentatif de la population concernée. Une offre est faite au cours de cette enquête aux personnes interrogées de participer, moyennant rémunération, à une expérience démocratique d'une durée de deux jours* », LOÏC BLONDIAUX, *Sondages et délibération. Une épistémologie alternative de l'opinion publique ?*, POLITIX, Vol. 15, n°57, 2002, p. 169.

participants sensibilisés à la thématique abordée, celle qu'ils vont obtenir des experts externes sollicités, celle encore qu'ils vont extraire de la confrontation entre représentants des points de vue en présence mais aussi de l'interaction avec les autres délibérants qui va permettre la construction d'une opinion publique authentique. Dans cette optique, il est alors évident que l'opinion publique exprimée au terme des sondages délibératifs est une opinion rationnelle et éclairée, et que l'on peut comparer selon Robert DAHL à l'opinion du corps électoral : en effet, « *les choix ratifiés dans un* Deliberative Poll *sont, en fait, ceux que les autres américains seraient susceptibles de faire si l'occasion leur était pareillement offerte d'en délibérer, les jugements des citoyens qui y participent sont significatifs, voire légitimes, comme ne saurait l'être aucune enquête d'opinion* »[1546]. En renouant avec l'esprit de l'associationnisme tocquevillien[1547], tout en l'actualisant à l'ère des médias de masse, le projet peut apparaître séduisant ; mais il laisse également perplexe si son objectif est, à terme, de proposer une alternative crédible à la démocratie représentative classique, car, ainsi que le souligne Jean-Marc FERRY, « *les sondages délibératifs risquent de perturber le schéma de la démocratie représentative* » en remplaçant le suffrage électoral périodique par « *une forme de harcèlement incontrôlable en matière de calendrier mais aussi d'agenda* »[1548].

Le principe des conférences de consensus trouve pour sa part son origine première aux États-Unis et surtout au Danemark il y a une dizaine d'années[1549]. Comme le souligne Daniel BOY, « *le principe général consiste à recruter un panel d'une quinzaine de profanes, à lui assurer une formation (au cours de deux week-ends séparés d'environ un mois), puis à organiser une confrontation entre ces profanes et un panel d'experts. Á la suite de cette séance, les profanes rédigent un avis motivé qui est donné à la presse* »[1550]. Si le recrutement du panel de citoyens (confié à un institut de sondages), le choix des formateurs ou des experts a soulevé peu de critiques lors des expériences menées[1551], il

[1546] *De la démocratie délibérative. Comment réformer le système de santé ?*, LE DÉBAT, n°97-1997, p. 88.

[1547] On peut se référer à l'ouvrage coécrit par James FISHKIN et Bruce ACKERMAN, *Deliberation Day*, London, Yale University Press, 2004 où les deux auteurs proposent d'instituer une ou plusieurs journées de délibération (*Deliberation Day*) mobilisant des millions de citoyens avant des élections. Les références à TOCQUEVILLE y sont nombreuses et clairement revendiquées par les deux auteurs.

[1548] Jean-Marc FERRY, *L'Europe, l'Amérique et le Monde*, Nantes, Éd. Pleins feux, 2005, p. 89.

[1549] Á ce jour, 24 conférences ont été organisées dans douze pays.

[1550] Daniel BOY, *Les nouveaux modes de délibération*, Mélanges Lancelot, *Le citoyen*, Paris, Presses de Science Po, 2000, p. 300. Cf. également BOY Daniel, *Les nouveaux modes de délibération*, IN PERRINEAU Pascal (Dir.), *Le désenchantement démocratique*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, 2003, pp. 291-307.

[1551] En France trois tentatives d'adaptation du modèle des conférences de consensus danoises ont été réalisées au niveau national : la conférence de 1998 qui portait sur les organismes génétiquement modifiés, celle de 2002 sur « Changements climatiques et citoyenneté » et une conférence en 2003 sur « Les boues des stations d'épuration ». Pour un développement plus complet sur ces conférences, cf. Daniel BOY, *Les*

n'en va pas de même de la très faible notoriété donnée aux trois conférences qui ont eu lieu en France. Or, « *l'organisation des conférences de consensus n'est pas seulement destinée à faire aboutir un processus de délibération original, il est aussi, et peut-être surtout, de promouvoir l'idée de débat public et d'en fournir un exemple concret que l'on souhaite exemplaire : montrer que quinze citoyens ordinaires peuvent être mis en capacité, moyennant une formation sérieuse, de débattre d'enjeux scientifiques et techniques, c'est mettre en question le paradigme de la compétence universelle des experts* »[1552]. Reste que l'échec relatif des conférences de consensus peut aussi s'expliquer par la réserve des acteurs politiques ou associatifs à reconnaître une compétence concurrente du citoyen sur des domaines aussi techniques[1553].

Enfin se pose la question du jury populaire[1554]. Á première vue, ceux-ci partagent un certain nombre des caractéristiques des expériences évoquées plus haut, notamment quant à la sélection des participants qui s'effectue le plus souvent par tirage au sort[1555], renouant ainsi pour une partie de la doctrine avec un idéal démocratique que le régime représentatif aurait dévoyé[1556]. Ces expériences modernes remettent ainsi au goût du jour le lien entre l'opinion publique et le jury tel qu'il a pu s'exercer dans la pensée libérale. Rappelons, par exemple, que pour LOWELL, il

conférences de consensus françaises (…), op. cit.

[1552] Daniel BOY, *Les conférences de consensus françaises (…)*, op. cit.

[1553] En ce sens, Luc FERRY, *Tradition ou argumentation ? Des comités de « sages » aux comités de délibération*, POUVOIRS, n°56, 1991, pp. 5-21.

[1554] Nous nous reporterons utilement à l'analyse de Guillaume PROTIÈRE, *La démocratie représentative à l'épreuve des jurys citoyens*, POLITEIA, n°11, 2007, 17p, à paraître. Nous remercions chaleureusement son auteur pour nous avoir communiqué son propos avant publication.

[1555] L'expérience la plus connue est celle des jurys berlinois, même si ceux-ci sont composés à 49 % par des personnes issues des forces vives locales. En d'autres termes, les jurys de citoyens sont des instances décisionnelles composées exclusivement d'habitants (représentants pour moitié les associations du quartier et pour moitié tirés au sort) qui se sont vus attribuer chacun un demi-million d'euros pour une période de deux ans. A charge pour eux d'affecter ce « fonds de quartier » à des projets présentant un intérêt pour le quartier. Cf. Éléonore KOEHL et Yves SINTOMER, *Les jurys citoyens berlinois*, Rapport final pour la Délégation Interministérielle à la Ville, juillet – août 2002, pp. 42-44. Cf. également Yves SINTOMER et Anja RÖCKE, *Les jurys de citoyens berlinois et le tirage au sort : un nouveau modèle de démocratie participative ?*, IN BACQUÉ Marie-Hélène, REY Henri, SINTOMER Yves (Dir.), Gestion de proximité et démocratie participative : les nouveaux paradigmes de l'action publique ?, Paris, Éd. La Découverte, 2005, p.139-160. Pour les jurys espagnols, cf. Ismaël BLANCO, *Les jurys citoyens en Espagne : vers un nouveau modèle de démocratie locale ?*, Mouvements, n°18, 2001, pp. 132-137.

[1556] En ce sens, voir l'analyse désormais classique de Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., pp. 63-124. Guillaume PROTIÈRE a bien rappelé les trois arguments avancés en faveur d'une telle solution : le tirage au sort garantit une représentation sociologique de la population, une indépendance des jurés par rapport aux groupes de pression et enfin l'accès pour certains citoyens au processus politique qu'ils avaient pour partie délaissés, *La démocratie représentative à l'épreuve des jurys citoyens*, op. cit., pp. 5-6.

est des questions sur lesquelles l'opinion publique ne peut s'exercer directement. Dès lors importe-t-il de déléguer à une autorité le pouvoir de régler ces questions, l'une des méthodes de désignation envisagées par le publiciste étant de choisir des individus « *pour exercer leur jugement en les considérant comme de bons échantillons du peuple, en supposant que leur opinion sera la même que celle que le public lui-même se ferait s'il pouvait consacrer assez de temps à l'étude approfondie de la question* ». De cette méthode, qu'il appelait celle de « *l'opinion publique par échantillon* », considérait-il que le jury de droit commun en était un exemple « *particulièrement heureux* » puisque, incontestablement, « *les jurés sont un échantillon du grand public ; leur verdict peut être considéré comme l'expression de ce que serait l'opinion du peuple tout entier si chaque citoyen avait entendu les dépositions ; ils sont tirés au sort, comme nous prélevons un échantillon sur un ballot de marchandises, par un procédé qui donnera des spécimens moyens, non pas des spécimens choisis* »[1557]. Si LOWELL s'intéresse davantage aux méthodes de fonctionnement de la démocratie, les justifications théoriques sous-jacentes sont néanmoins assez claires. On peut distinguer deux types d'argument. D'une part, dans la tradition anglo-saxonne, le jury était unanimement perçu comme le remède le plus efficace contre l'exercice du pouvoir judiciaire par des juges corrompus et oppresseurs. Depuis son invention en Angleterre, le jury était considéré en matière criminelle « *comme le générateur principal de confiance populaire dans le système judiciaire parce qu'il engendrait un sentiment de participation aux processus d'autogouvernement chez les simples citoyens et dispersaient les cibles des critiques sur les verdicts* »[1558]. Mais, d'autre part, le jury était aussi pensé comme un forum de délibération démocratique autonome, un moyen de participation citoyenne directe à la vie des institutions et, par conséquent, d'essor de la vertu civique et de la raison publique : par conséquent, « *la consécration constitutionnelle du jury témoigne d'une conception hautement décentralisée de la démocratie, dont les règles juridiques doivent idéalement être compréhensibles aux citoyens moyens, voire codéterminées par ceux-ci en corps délibératifs* »[1559]. Le jury est donc tout à la fois une institution politique qui s'inscrit dans la logique représentative mais qui, par sa fonction éducative, participe de l'idéal du gouvernement de l'opinion[1560]. Reste que, derrière la rhétorique

---

[1557] Abbott Lawrence LOWELL, *L'Opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., p. 244-246.

[1558] Ioannis PAPADOPOULOS, *Individu et communauté : place des corps intermédiaires*, 27 mai 2003, en ligne www.ihej.org, p.10. L'auteur s'appuie ici naturellement sur les propos de TOCQUEVILLE pour qui « *le jury est avant tout une institution politique* […], *le moyen le plus énergique de faire régner le peuple,* [et] *aussi le moyen le plus efficace de lui apprendre à régner* », *De la démocratie en Amérique*, T. I, 2ème partie, Chap. VIII, *Du jury aux États-Unis considéré comme institution politique*.

[1559] Ibid., p. 10.

participative, il n'est pas certain que ne se dissimule pas une logique « *contre-démocratique* »[1561], qui renouerait avec la logique jacobine du jury[1562]. Ainsi, lors de la présentation du projet de la Constitution de 1793, HÉRAULT-SÉCHELLES proclamait-t-il que « *la plus profonde des injustices, la plus écrasante des tyrannies nous a saisi d'effroi. Nous en avons cherché le remède dans la formation d'un grand jury, destiné à venger le citoyen, opprimé dans sa personne, des vexations du Corps législatif et du Conseil : tribunal imposant et consolateur, créé par le peuple et à la même heure et dans les mêmes formes qu'il crée ses représentants ; auguste asile de la liberté, où nulle vexation ne serait pardonnée et où le mandataire coupable n'échapperait pas plus à la justice qu'à l'opinion* »[1563]. Les jurys populaires à la française s'analysent probablement davantage comme des « *observatoires citoyens* »[1564] dont le but est de permettre, le plus souvent au niveau local, la création d'une opinion publique éclairée qui pourrait jouer le rôle d'un Tribunal et contribuer ainsi à une repolitisation de la démocratie[1565]. Néanmoins, il n'est pas pour autant question que ces jurys possèdent une quelconque capacité de révoquer des élus, cette possibilité se trouvant en contradiction manifeste avec l'article 27 de la Constitution de 1958 prohibant tout mandat impératif[1566]. Il s'agit donc moins de promouvoir une participation effective que de renouer avec l'idée libérale d'un contrôle permanent sur les actions des gouvernants, notamment en créant les conditions « *d'une contrainte permanente d'argumentation et de justification* »[1567] des décisions prises par les représentants.

Paragraphe 2. De la compétence du citoyen dans le processus délibératif

[1560] Comme le souligne Olivier JOUANJAN, « *si le gouvernement libre ne peut être qu'un gouvernement de l'opinion publique,* […] *le gouvernement de l'opinion publique ne peut être un gouvernement juste que si cette opinion est éclairée, c'est-à-dire éduquée, et non expression des masses.* [Or] *une des clefs de cette affaire est dans l'institution judiciaire, dans la fonction éducative qu'aurait un jury généralisé en tant qu'il donnerait au peuple confecteur des lois le sens « légiste » un peuple non pas seulement en amont, mais en aval de la loi* », *Justice et espace public : convergences, tensions, contradictions ?*, IN YAMAMOTO Hajmé et JOUANJAN Olivier (Dir.), *Action publique et globalisation*, PUST, Coll. de l'Université Robert Schuman, n°8, 2006, p. 200.

[1561] Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, op. cit., pp. 217-222.

[1562] Cf. supra.

[1563] Réimpression de l'ancien moniteur, T. XVI, p. 617. Pour une présentation d'ensemble de ce débat, cf. Pierre ROSANVALLON, *La démocratie inachevée (…)*, op. cit., pp. 76-90.

[1564] Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, op. cit., p. 308. L'auteur parle également de « *commissions d'enquête composées de citoyens tirés au sort* », ibid.

[1565] On voit finalement poindre ici toute l'ambiguïté de la pensée libérale française, en ce que cette dernière est intimement liée à la pensée jacobine. Cf. Pierre ROSANVALLON, *Le modèle politique français : la société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, Coll. Points histoire, 2006.

[1566] En ce sens, Guillaume PROTIÈRE, *La démocratie représentative à l'épreuve des jurys citoyens*, op. cit., p. 13. Contra Yves SINTOMER, *Le pouvoir au peuple (…)*, op. cit., p. 157.

[1567] Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie*, op. cit.,, p. 310.

La technicisation et la complexification des enjeux politiques sont souvent décrites comme responsables de l'incapacité des citoyens à se former une opinion politique fondée et rationnelle, ainsi que de la relative apathie du corps social, se manifestant notamment par un taux d'abstention élevé. L'idéal du citoyen omnicompétent s'avère ainsi inaccessible, empêchant la formation d'une opinion publique rationnelle selon certains auteurs[1568]. Même si cette hypothèse du citoyen passif semble relever davantage du mythe[1569], elle révèle néanmoins que l'expertise ainsi que la professionnalisation de la vie politique sont considérées comme les garanties d'une administration scientifique et non partisane ou idéologique de la vie politique. Paradoxalement, la démocratie délibérative n'échappe pas à ce phénomène[1570] en ce qu'elle ne résout pas la contradiction entre une vision positive et libérale de l'opinion publique et un sens sociologique péjoratif qui la conçoit comme la multitude, dont la « *voix est celle de la méchanceté, de la sottise, de l'inhumanité, de la déraison et du préjugé,* [car] *la multitude est ignorante et hébétée* »[1571]. Dès lors voit-on poindre le risque, notamment en matière environnementale, d'une confiscation de la production normative par les experts au nom d'une rationalité technocratique (**Sous-Paragraphe 1**). Se pose finalement la question de savoir si l'on n'a pas surestimé les effets positifs de la démocratie délibérative (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. La démocratie délibérative ou l'opinion publique dirigée par des experts

Les expériences concrètes de démocratie délibérative qui ont été menées sont confrontées à un dilemme. L'objectif des dispositifs mis en place est en effet de déplacer le monopole d'édiction de la norme des représentants vers les citoyens. Pour atteindre cet objectif, il convient alors de

[1568] Ainsi Walter LIPPMANN considère-t-il que cet idéal « *est, à mon avis, faux. Il est inaccessible. Le poursuivre est une erreur.* […] *L'individu n'a pas des opinions sur toutes les affaires publiques. Il ne sait pas comment diriger les affaires publiques. Il ne sait pas ce qui se passe, pourquoi cela se passe, ni ce qui devrait se passer* », *The phantom public*, op. cit., p. 39.

[1569] Comme le souligne Pierre ROSANVALLON, si le vote est en déclin, d'autres formes de participation s'affirment : « *il convient donc de réviser l'idée paresseusement admise de l'avènement d'un nouveau citoyen passif. Elle trouvé un terrain fertile en France en consonant avec une idéologie décliniste qui sert actuellement trop souvent de prêt à pense à toute une catégorie d'orphelins des certitudes ou de cassandres médiatiques* », *Le mythe du citoyen passif*, Le Monde, 26 juin 2004.

[1570] La variabilité de l'opinion publique sur des questions sensibles, qui est confirmée par le modèle des sondages délibératifs, est souvent invoquée par les tenants d'une conception élitiste. Certains politologues n'hésitent toutefois pas à critiquer cette idée d'une inconsistance du citoyen ordinaire. Comme le souligne Marc SADOUN, « *paradoxalement, les problématiques de la compétence attendent de l'individu plus qu'il ne peut donner* », *Faut-il être compétent ?*, POUVOIRS, n°120, 2006, p. 69.

[1571] DIDEROT, article *Multitude* de *l'Encyclopédie*, Paris, Briasson, 1751-1780, T. X, p. 860a, cité par Nicolas VEYSMAN, *La mise en scène de l'opinion publique (…)*, op. cit., p. 449.

procéder au « *dessaisissement symbolique du monopole des experts sur la préparation des décisions collectives* »[1572]. En court-circuitant la tension entre « savoir profane » (celui du citoyen) et « savoir savant » (celui des experts et/ou des gouvernants), la démocratie délibérative espère introduire une obligation d'argumentation et de justification qui a longtemps été absente du processus décisionnel. Or, l'émergence d'un nouveau modèle de la décision démocratique est particulièrement nécessaire dans nos sociétés du risque, selon la formule bien connue d'Ülrich BECK. La démocratie délibérative se voit alors parée de nombre de vertus en ce qu'elle pense la gestion des risques au sein d'un espace public institutionnalisé ; l'enjeu se veut ainsi double : « *d'une part, faire adhérer la norme juridique aux faits à réguler sans vue idéaliste, d'autre part, assigner au droit un degré de réalisme suffisant pour dire son adaptation* »[1573]. Le principe de précaution, récemment constitutionnalisé[1574], joue ici la fonction d'un outil procédural permettant de dépasser les habituels modes de consultation des experts : « *la précaution désigne une démarche active et ouverte, contingente et révisable. Elle est exactement l'inverse d'une décision tranchée une fois pour toutes* »[1575]. Dans cette version, le principe de précaution apparaît donc comme un mode de décision en soi, à la fois procédural et communicationnel : procédural, parce qu'il ne préjuge en rien de la décision substantielle à prendre, se contentant de garantir les conditions équitable de formation de l'opinion publique ; communicationnel, parce que la décision n'est plus celle d'un seul qui décide souverainement après consultation, mais procède au contraire d'un processus de mise en commun par les acteurs sociaux concernés de réinterprétations successives de situations d'incertitude à la lumière de connaissances et d'informations évolutives[1576]. Le rôle de l'expert se veut alors primordial lorsqu'il s'agit d'éclairer l'opinion publique, puisque, comme le souligne

---

[1572] Loïc BLONDIAUX, *La délibération, norme de l'action publique*, op. cit., p. 87.

[1573] Eric NAIM-GESBERT, *Droit, expertise et société du risque*, RDP, n°1-2007, p. 46.

[1574] L'article 5 de la Charte de l'environnement énonce ainsi que « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». Notre propos n'a pour objet d'analyser les polémiques quant à la signification politique et à la portée juridique du principe de précaution. Pour des développements, nous nous permettons de renvoyer à notre article *Le temps et le droit constitutionnel. Un point de vue interdisciplinaire*, RFDC, à paraître.

[1575] Michel CALLON, Pierre LASCOUMES, Yannick BARTHE, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, op. cit., p. 264.

[1576] En ce sens, cf. Bernard MARIS, *Légitimation, autolégitimation, discours expert et discours savant*, Sciences de la société, n°55, 2002, pp. 109-121

HABERMAS, l'expert ne chasse pas la décision politique, même s'il contribue à en définir les termes[1577].

Reste que l'on peut craindre que, sous prétexte de donner la parole aux citoyens, de leur redonner du pouvoir, il ne s'agisse en fait « *de les observer dans leurs évolutions, de les placer dans une situation expérimentale et des les instrumentaliser à des fins expérimentales* »[1578]. Dès lors, le statut du discours d'expertise, censé donner une information équilibrée et neutre aux participants, pose problème. Sa prééminence peut en effet rendre caduque l'ambition originelle : l'autorité des experts peut alors dangereusement se substituer à l'échange démocratique de l'opinion et au débat public[1579]. Le modèle technocratique d'une politique « scientificisée », se basant sur une exigence de rationalité et impliquant, *in fine*, la réduction du politique à une administration rationnelle, peut rendre sans objet toute expression de la volonté démocratique. Plusieurs solutions sont invoquées. L'une des solutions proposées par Robert DAHL consisterait ainsi à ne faire intervenir une commission d'experts, non partisane, qu'en amont d'une procédure plus large associant un échantillon de citoyens choisi selon la méthode du sondage délibératif. L'expert n'a ici qu'un rôle informatif puisque son rapport public se devra d'être « *aussi compréhensible, clair et simple que possible dans les limites qu'exigent l'honnêteté intellectuelle et le sens des responsabilités* »[1580]. Il s'agit donc de démocratiser la procédure d'expertise en l'obligeant à s'ouvrir à des points de vue contrastés et « *à organiser une expertise plurielle ne s'arrêtant pas aux réseaux des seuls spécialistes et sachant faire une place aux vrais profanes* »[1581]. Ce modèle, qui repose sur des « *forums hybrides* »[1582], doit donc conduire à redistribuer les cartes de l'espace

[1577] *Scientifisation de la politique et opinion publique*, IN *La technique et la science comme idéologie*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 1973, p. 114. Dans le même sens, Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, *Quel statut pour l'expert ?*, RFAP, n°103, 2003, pp. 379-389.

[1578] Loïc BLONDIAUX, *Sondages et délibération (…)*, op. cit., p. 171.

[1579] Pierre LASCOUMES souligne que c'est en matière environnementale que l'émergence d'un « éco-pouvoir » est la plus probable, *L'éco-pouvoir. Environnements et politiques*, Paris, La découverte, 1994.

[1580] *De la démocratie délibérative. Comment réformer le système de santé ?*, op. cit., p. 87.

[1581] Pierre LASCOUMES, *L'expertise, de la recherche d'une action rationnelle à la démocratisation des connaissances et des choix*, RFAP, n°103, 2003, p. 377. L'auteur s'appuie notamment sur des propositions retenues dans le rapport Kourilsky-Villey, *Le principe de précaution*, Paris, Odile Jacob, 2001, pp. 69-73.

[1582] « *Forums, parce qu'il s'agit d'espaces ouverts où des groupes peuvent se mobiliser pour débattre de choix techniques qui engagent le collectif. Hybrides, parce que ces groupes engagés et les porte-parole qui prétendent les représenter sont hétérogènes : on y trouve à la fois des experts, es hommes politiques, des techniciens et des profanes qui s'estiment concernés. Hybrides, également, parce que les questions abordées et les questions soulevées s'inscrivent dans des registres variés qui vont de l'éthique à l'économie en passant par la physiologie, la physique atomique et l'électromagnétisme* », Michel CALLON, Pierre LASCOUMES, Yannick BARTHE, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, op. cit., p. 36.

communicationnel de nos démocraties en abolissant le double monopole des experts et des représentants pour instaurer des procédures authentiquement dialogiques. Une autre solution retient l'hypothèse de « *faire peser sur les citoyens une exigence d'information que seuls des « habitants professionnels » devenus à leurs tours experts, pourront relever, au risque de faire perdre à ces dispositifs leur capacité à impliquer les citoyens ordinaires* »[1583]. Or, ici, le risque est grand « *d'introniser de nouveaux professionnels de la représentation qui, progressivement, se couperaient de la dynamique du monde associatif vivant* »[1584]. Enfin, la dernière solution, plus utopique encore, repose sur l'idée que la démocratie délibérative créerait par elle-même des citoyens vertueux[1585]. Ainsi les institutions délibératives pourraient devenir de véritables « *écoles de démocratie* » selon le mot de Benjamin BARBER[1586]. Or, cette apologie de l'instruction publique ne convainc pas forcément, y compris parmi les défenseurs d'un gouvernement de l'opinion puisque LOWELL affirme par exemple que « *la diffusion des connaissances ne supprimera pas le besoin des techniciens ; au contraire, plus on saura, plus on aura recours aux services de ceux qui en savent davantage sur certains sujets* »[1587], tout en soulignant qu'il s'agit là d'un problème majeur du « gouvernement populaire » qu'il appelle de ses voeux. On le voit, aucune des solutions proposées ne résout finalement l'aporie relative à la place de l'expertise et à la question de la professionnalisation de la politique et du monopole du savoir par quelques-uns.

[1583] Loïc BLONDIAUX, *Démocratie délibérative et démocratie participative : une lecture critique*, op. cit., p. 18. Dans le même sens, cf. Daniel BOY, *L'expert citoyen, le citoyen expert*, Les Cahiers français, n°316, 2003, pp. 20-26.

[1584] Pierre SADRAN, *Délibération citoyenne et gouvernement représentatif*, IN BEN ACHOUR Rafaâ, GICQUEL Jean et MILACIC Slobodan (Dir.), *La démocratie représentative face à un défi historique ?*, op. cit., p. 280.

[1585] L'idée se retrouve déjà chez John Stuart MILL, soucieux de combiner justification de la représentation et promotion de la participation directe des citoyens au niveau local. Tout au long de ses considérations sur le gouvernement représentatif, MILL fait constamment référence à « *l'école de la participation* ». Comme le souligne Julien TALPIN, pour MILL, « *la participation citoyenne devrait permettre une forme de développement personnel que Mill subsume dans son concept de « sentiment of largeness ». Celui-ci supposerait la mise entre parenthèses des intérêts personnels afin d'œuvrer au service de la communauté. Un bon gouvernement suppose alors de bons citoyens, motivés par le bien commun plus que par la maximisation de leurs intérêts privés », Des écoles de démocratie ? Formation à la citoyenneté et démocratie participative*, p. 6. En ligne www.univ-paris8.fr/scpo/talpin.doc

[1586] Selon Benjamin BARBER, la démocratie forte peut se définir comme « *une politique de participation où le conflit est résolu en l'absence de toute rationalité extrinsèque, grâce à une auto-législation continue, une participation constante et la création d'une communauté politique capable de transformer les individus privés et indépendants en citoyens libres, ainsi que les intérêts privés, partiaux en bien commun* », *Strong democracy*, op. cit., p. 172.

[1587] *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., p. 260.

Sous-Paragraphe 2. Le modèle délibératif ou le « réenchantement » de la logique représentative

S'il s'agit bien d'introduire une certaine dose de délibération dans la formation de l'opinion publique, le statut de l'information n'en est pas moins une ressource centrale. Le processus délibératif implique en effet des cadres de référence et des jugements : autrement dit, le citoyen a besoin d'information mais aussi d'information sur l'information[1588]. Le reproche du caractère censitaire que l'on pouvait retrouver selon certains auteurs dans la démocratie représentative[1589] se trouve ainsi réaffirmé par la question déjà ancienne du monopole du savoir. La démocratie n'existe, en conséquence, que dans la mesure où elle permet aux citoyens de s'exprimer, dialoguer et décider en toute autonomie. Il convient donc de faire en sorte que nos intérêts prononcés particulièrement puissent être examinés dans leur prétention à l'universalité[1590]. Reste que le dialogisme des procédures demeure douteux puisque tous les citoyens ne possèdent pas le même capital social et que, par conséquent, l'égalité dans la prise de parole n'existe pas nécessairement[1591], ce que confirment en général les différentes expériences menées comme celle du débat public[1592]. En outre, les études empiriques mettent en avant le danger de l'effet « Nimby » (*not in my backyard*) posant ainsi la question de la pertinence de l'échelle retenue[1593]. Se

---

[1588] Giovanni SARTORI, *The Theory of democracy revisited*, Chatham, New Jersey, Chatham House Publisher, 1987, pp. 115-120.

[1589] Daniel GAXIE, *Le cens caché. Inégalités culturelles et ségrégation politique*, Paris, Éd. du Seuil, 3ème Éd., 1993. Du même auteur voir, *La démocratie représentative*, 4ème Éd., Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 2003.

[1590] Toutefois, tous les intérêts d'une société moderne ne peuvent prétendre à l'universalité. « *Par contre les intérêts minoritaires et les intérêts de la majorité peuvent souvent être avantageusement négociés en vue d'un compromis politique.* […] *La modernité, tant juridique que politique, ne peut que faire siens de tels compromis comme l'expression de la pluralité politique* », Bjarne MELKEVIK, *Intérêts général et intérêts particuliers*, IN BOULAD-AYOUB Josiane et BONNEVILLE Luc (Dir.), *Souverainetés en crise*, op. cit., p. 109.

[1591] Ce que confirme Pierre LASCOUMES : « *Tous les acteurs sociaux ne disposent pas d'un accès équivalent à la compréhension et à l'expression. Donner la parole ne signifie pas que tous les acteurs sociaux sont aptes à la saisir, c'est-à-dire disposent de compétences et de statuts équivalents les autorisant à s'en emparer et à l'utiliser de façon efficace. La prise de parole est une compétence bien spécifique et inégalement répartie, ce que les approches libérales veulent ignorer.* […] *La pratique de l'expression démocratique suppose apprentissage et légitimité. C'est pourquoi les différentes formes de « consultation du public » sont marquées par des profondes ambiguïtés* », *L'obligation d'informer et de débattre. Une mise en public des données de l'action publique*, IN GERSTLÉ Jacques (Dir.), *Les effets d'information en politique*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 333.

[1592] Ainsi que le souligne Bénédicte DELAUNAY, « *la parole y est parfois monopolisée par un petit nombre. L'écoute et le dialogue ne sont pas toujours là.* […] *La procédure du débat public ne garantit que le droit d'être informé et de participer à la discussion qui précède la décision. Elle ne garantit nullement une prise en compte des points de vue exprimés et ne permet pas nécessairement d'associer le citoyen à la décision collective* », *Le débat public*, op. cit., p. 2327.

[1593] Pour un développement de ces problématiques, cf. Catherine NEVEU, *La citoyenneté et le local : un lien problématique ? Réflexions à partir de l'analyse de comités de quartier et d'association de jeunes à Roubaix*, IN FIEVET

forme en effet l'idée que le local est « *le dépositaire de l'authenticité politique et le creuset de toute rénovation politique* »[1594], le niveau pertinent pour appréhender l'opinion publique. L'idée n'est pas neuve en ce qu'elle est fortement présente dans la doctrine américaine du gouvernement local[1595] et qu'elle fut popularisée par DEWEY[1596]. Néanmoins, certains auteurs n'hésitent toutefois pas à fustiger cette tendance en la qualifiant de « *fétichiste* »[1597]. La démocratie locale serait ainsi en proie à des dérives le plus souvent entretenues par les élus eux-mêmes, soucieux de ne pas voir leur capacité à énoncer l'intérêt général confisquée par la procédure délibérative. Deux stratégies sont alors possibles. Soit les élus locaux profitent de la tribune offerte par le débat public pour se repositionner dans l'espace public, les procédures délibératives s'apparentant alors davantage à des campagnes de promotion et de marketing dignes de la « Société du spectacle »[1598] : la montée en généralité des différents discours n'a finalement ici qu'une portée stratégique, consacrant « *la force civilisatrice de l'hypocrisie* » pour reprendre la formule de Jon ELSTER[1599]. Soit, le plus souvent, ils s'impliquent relativement peu dans ces procédures, leurs opinions étant déjà forgées[1600]. Á l'aune de ces expériences concrètes, il apparaît alors difficile de ne pas s'accorder avec Jacques CHEVALLIER lorsqu'il souligne que « *la participation ne constitue qu'en apparence un dispositif de dé-légitimation du gouvernement représentatif : elle est en réalité utilisée*

Claude (Dir.), *Invention et réinvention de la citoyenneté*, Presses de l'Université de Pau et du pays de l'Adour, 2000, pp. 505-515 ; Bruno JOBERT, *L'aménagement en politique ou ce que le syndrome NIMBY nous dit de l'intérêt général*, POLITIX, n°42, 1998, pp. 67-92.

[1594] Dominique WOLTON, *Le local, la petite madeleine de la démocratie*, HERMÈS, n°26-27, 2000, p. 89.

[1595] Comme le souligne Carl FRIEDRICH, « *la démocratie « enracinée » représente le point de vue continu et persistant des Américains de la communauté locale, surtout de la communauté rurale avec ses coutumes bien établies* », *La démocratie constitutionnelle*, op. cit., p. 206.

[1596] Partant du postulat qu'une amélioration des conditions de débat et de discussion déboucherait sur une opinion publique rationnelle, John DEWEY estimait que le public, masse inorganisée d'hommes et de femmes, ne pouvait se penser que dans le contact intime du voisinage, *The public and its problem*, précité.

[1597] Cf. par exemple, Christian LE BART et Rémi LEFEBVRE (Dir.), *La proximité en politique. Usages, rhétoriques, pratiques*, Rennes, PUR, 2005 ; Loïc BLONDIAUX, *Démocratie locale et participation citoyenne : la promesse et le piège*, Mouvements, n°18, 2001, pp. 44-51.

[1598] Cf. en ce sens, Pierre-Benoît JOLY et Claire MARRIS, *La gouvernance technocratique par consultation ? Interrogation sur la première conférence de citoyens en France*, CSI, n°38, 1999, pp. 97-124.

[1599] *Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes*, op. cit.

[1600] En ce sens, Pierre SADRAN, *Débat public et délibération démocratique*, Mélanges Douence, *La profondeur du droit local*, paris, Dalloz, 2006, pp. 426-427. Selon cet auteur, cette posture « *trahit une profonde méconnaissance de la procédure et une désinvolture à l'égard de la démocratie participative, pourtant rituellement invoquée, qui confine à l'aveuglement dans le contexte de la crise actuelle du gouvernement représentatif* ». Cf. également Roland PEYLET, *Quelques enseignements d'un débat public*, AJDA, n°42-2006, pp. 2328-2332.

par les élus comme un moyen de ré-assurance, afin de conforter leur légitimité »[1601]. Ou, pour reprendre les termes de François D'ARCY et de Guy SAEZ, « *le participationnisme est un élitisme ; il reproduit, à l'intérieur d'un domaine qui paraissait soustrait, par hypothèse aux dérapages habituels de tout système de représentation, le clivage masse-élites. Et, loin de modifier ou de rééquilibrer le fonctionnement de la représentation classique, il en renforce, à terme, les effets* »[1602].

Conclusion du Chapitre 2

> « *Cet hommage rendu par le souverain à l'opinion publique, contribue à la perpétuer ; et l'influence de l'opinion est le premier de tous les ressorts du gouvernement* »[1603].

La démocratie d'opinion est parfois présentée comme un remède face à l'incurie du régime représentatif. Deux réponses institutionnelles sont en effet souvent proposées : la première emprunte à des mécanismes de démocratie directe dont l'avènement doit « *autant à la force de l'opinion « claironnée » qu'à la reconnaissance de la maturité politique du peuple souverain* »[1604], tandis que la seconde s'appuie sur le paradigme délibératif qui « *au lieu de faire de* [la délibération] *une dimension qui caractérise d'abord l'activité des représentants et qui est toujours susceptible d'être opposée à l'opinion publique irrationnelle de la masse, l'ancre résolument dans les discussions ordinaires des citoyens. Le moment décisif n'est plus l'élection mais la formation de l'opinion publique, qui est conçue comme étant normalement de nature communicationnelle* »[1605]. La démocratie d'opinion, dans ses formes participative et délibérative, peut donc se concevoir comme la volonté de transcender un certain nombre de clivages (représentants/représentés, professionnels/profanes par exemple) considérés comme sclérosants. Entretenant le mythe d'une autodétermination collective, notamment par des références constantes à la démocratie athénienne, les projets participatif et

---

[1601] Jacques CHEVALLIER, *Synthèse*, IN CURAPP, *La démocratie locale. Représentation, participation et espace public*, Paris, PUF, 1999, p. 410.

[1602] *De la représentation*, op. cit., p. 25.

[1603] RAYNAL, *Histoire philosophique et politique des établissements et du commerce des Européens dans les deux Indes*, 3 Vol., Genève, 1775, T. I, p. 89, en ligne sur Gallica (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k894315).

[1604] Roland RUFFIEUX, *Esquisse d'une méthode d'analyse quantitative de la presse dans les campagnes référendaires en Suisse*, Mélanges Bridel, Lausanne, Imprimeries Réunies SA, 1968, p. 467. Et l'auteur d'ajouter : « *le fondement de l'autorité politique a progressivement glissé de ses assises traditionnelles vers une base nouvelle : l'opinion publique* ».

[1605] Loïc BLONDIAUX et Yves SINTOMER, *L'impératif délibératif*, op. cit., p. 23.

délibératif se proposent de construire la démocratie, non pas sur la base d'une« *agora cathodique* »[1606], mais autour du modèle du forum.

Néanmoins, l'étude, tant empirique que théorique, de ces mécanismes permet de relativiser la possibilité d'une participation directe de l'opinion publique au processus décisionnel. Comme le souligne Slobodan MILACIC, la montée en puissance de la démocratie d'opinion, sous sa forme participative et délibérative, semble finalement poser plus de problèmes qu'elle n'en résout, « *car, personne ne sait aujourd'hui, quelle est, exactement, la part de la nature démocratique de l'opinion publique, et la place qu'y occupe son mauvais génie démagogique. Pas plus qu'on ne peut mesurer son efficacité délibérative ou son effectivité arbitrale. Parfois, elle est suivie par les gouvernants décideurs, mais le plus souvent elle est instrumentalisée, après avoir été fabriquée* »[1607]. Dès lors, concevoir la démocratie d'opinion comme une démocratie dialogique apparaît bien délicat tant les défis face à sa mise en œuvre semblent dirimants. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille dévaloriser ces procédures mais bien davantage insister sur la nécessité pour le gouvernement représentatif de « *se régénérer en intégrant cette délibération citoyenne qui correspond à une aspiration profonde et naturelle en démocratie* »[1608].

Conclusion du titre 2

« Depuis trente ans seulement il s'est fait une grande et importante révolution dans nos idées. L'opinion publique a aujourd'hui en Europe une force prépondérante, à laquelle on ne résiste pas : ainsi, en estimant le progrès des lumières et le changement qu'elles doivent enfanter, il est permis d'espérer qu'elles apporteront au monde le plus grand bien et que les tyrans de toute espèce frémiront devant ce cri universel qui retentit et se prolonge pour remplir et éveiller l'Europe »[1609].

La construction juridique de l'espace public met en évidence la tension inhérente à la pensée libérale de l'opinion publique. Conçue comme un droit subjectif et qui à ce titre appartient à tout individu préalablement à son inscription dans un ordre politique et social, la liberté

[1606] Marie-France VERDIER, *Á propos d'une triple entrave à la liberté d'expression*, POLITEIA, n°9, 2006, p. 6.

[1607] Slobodan MILACIC, *La démocratie représentative devant un défi historique ?*, op. cit., p. 28.

[1608] Pierre SADRAN, *Délibération citoyenne et gouvernement représentatif,* op. cit., p. 282.

[1609] Louis Sébastien MERCIER, *Tableau de Paris*, 1782, Vol. 4, Chap. 352, p. 289, en ligne sur Gallica (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k89044d).

d'expression se voit toutefois assignée en parallèle une fonction, celle de permettre à l'opinion d'exercer un jugement éclairé sur les actes des gouvernants, « *préalable indispensable à la mise en œuvre de leur autonomie collective ou politique par les citoyens* »[1610]. Mais, on peut également avoir une interprétation plus large de l'espace public, compris dès lors comme un moyen de réinvestir le politique par la confrontation d'idées, articulant par là même l'autonomie privée et l'autonomie publique Ainsi, certains constitutionnalistes américains, tel Robert C. POST, considèrent le discours public comme étant l'ensemble de l'expression nécessaire à la formation de l'opinion publique, l'autodétermination collective se trouvant réalisée par la participation de tous les citoyens, sans exclusive, à ce discours public. Le but du Premier Amendement est alors de protéger le discours public de manière à garantir la légitimité et la possibilité de l'autodétermination démocratique[1611]. En d'autres termes, le modèle individualiste de l'espace public, compris comme la simple agrégation d'opinions individuelles, se voit désormais concurrencé par un modèle démocratique où l'espace public est cette fois-ci le lieu où se construisent des processus intersubjectifs de décision. Reste qu'une conception normative de l'opinion publique se heurte aux réalités du droit positif. La promotion de la publicité ne doit pas nous faire oublier que « *l'opinion n'est pas une institution juridique,* [même si] *elle joue un rôle effectif dans l'activité politique de la Nation. Elle s'exprime par les institutions du droit public. Le droit de réunion et d'association, la liberté de la presse et le droit de pétition vont ensemble ; ils deviennent tous, d'armes de lutte qu'ils étaient, institutions de droit, par cela seulement que le droit leur trace des limites et en même temps les consacre. Le droit est à l'opinion publique ce que le moyen est à la fin* »[1612].

[1610] Philippe GÉRARD, *Les droits de l'homme et les limites de l'individualisme : l'exemple de la liberté d'expression*, IN DUMONT Hélène, OST François et VAN DROOGHENBROECK Sébastien (Dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Coll. FUSL, 2005, p. 167.

[1611] « *Public opinion is this conceived as mediating between the particular wills of individual citizens and the general will of the state. It performs this function by including all citizens in an open invitation to participate in an ongoing process of rational deliberation.* […] *I propose* […] *a conception of the first Amendment that primarily protects speech in order to promote democratic self-determination, which is conceived as an open-ended process of creating individual and collective identity* », *First Amendments Rights*, IN RAYNAUD Philippe et ZOLLER Élisabeth (Dir.), *Le droit dans la culture américaine*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, pp. 47-48.

[1612] Conrad BORNHAK, Allgemeine Staatslehre, Berlin, Heymanns, 2eme Éd., 1909, cité par Jacques LECLERC, *Le droit de pétition. Etude de droit public comparé*, Châtillon-sur-Seine, Imprimerie Ernest Leclerc, 1913, p. 9.

Conclusion Partie 1

« L'opinion publique mérite donc aussi bien d'être appréciée que dépréciée, dépréciée pour son expression et sa conscience concrète, appréciée pour sa base fondamentale essentielle, qui, plus ou moins troublée, ne fait qu'apparaître dans cette réalité concrète »[1613].

La construction juridique de l'espace public suppose que « *des acteurs collectifs de la société civile qui sont suffisamment autonomes et une sphère publique qui est suffisamment sensible et inclusive peuvent tous deux percevoir des problèmes pertinents à l'échelle de toute société, les transcrire en terme de questions publiques et donc engendrer « l'influence » de l'opinion publique* »[1614]. L'étude des mécanismes juridiques permettant la participation de l'opinion publique au processus normatif déboucherait ainsi pour certains auteurs sur le constat d'une redéfinition du triptyque société civile, système politique et État ; comme le souligne par exemple Alain TOURAINE, la démocratie signifie dans cette hypothèse « *qu'à la logique qui descend de l'État vers le système politique puis vers la société civile se substitue une logique qui va de bas en haut* […], tout en précisant néanmoins qu'« *un gouvernement* […] *qui serait directement au service direct de l'opinion publique aurait des effets déplorables* »[1615]. Au mythe de l'élection comme critère du pouvoir et fondement de l'autorité[1616] se substituerait un paradigme d'auto-détermination. Il s'agirait finalement pour la doctrine d'une réponse aux apories du régime représentatif et de la pensée libérale en particulier qui, si elle se fonde sur la rationalisation des décisions, notamment par la publicité donnée aux actes des gouvernants, n'accepte pas pour autant la possibilité d'un auto-gouvernement de l'opinion publique. C'est pourquoi la théorie libérale tente de « *réintroduire certains aspects de la sphère publique fondée sur la représentation qui fertilisent cette opinion minoritaire et permettent la formation du public élitaire des représentants de la Nation* »[1617].

Finalement on voit poindre ici toute l'ambivalence de la pensée libérale quant à la forme du gouvernement. Contrairement au paradigme délibératif par exemple, la vision libérale de la

---

[1613] HEGEL, *Philosophie du droit*, § 318, op. cit., p. 371.

[1614] Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., p. 46.

[1615] *Qu'est-ce que la démocratie?*, Paris, Fayard, 1994, p. 72.

[1616] Bruno DAUGERON, *Existe-t-il un mythe de l'élection ?*, IN OWEN Bernard (Dir.), *Le processus électoral : permanences et évolution*, op. cit., pp. 199-208.

[1617] Jürgen HABERMAS, *L'espace public*, op. cit., p. 145.

démocratie ne considère pas la participation comme une fin en soi[1618]. La tradition du constitutionnalisme libéral s'est d'ailleurs construite non pas autour de l'élection mais autour du droit compris comme le moyen de limitation du pouvoir politique par la Constitution. Pour autant, le constitutionnalisme admet la nécessité d'une incorporation de l'opinion publique dans le régime représentatif. Claude LEFORT souligne ainsi avec raison que « *la représentation requiert l'établissement d'un espace public tel que puisse s'effectuer une modification mutuelle des points de vue et se faire reconnaître la légitimité de nouveaux droits par l'opinion publique* »[1619]. Dès lors, le projet libéral d'un Tribunal de l'opinion qui permettrait de lutter contre les abus éventuels des différents pouvoirs constitués nous rappelle le lien indissoluble qui existe entre la liberté de l'opinion publique et le régime représentatif, celui-ci s'organisant ainsi nécessairement autour du principe de la séparation des pouvoirs.

[1618] Néanmoins, l'opposition entre les modèles délibératif et représentatif n'est sans doute pas si tranchée. Pour la théorie délibérative, « *il s'agit avant tout d'une participation à la délibération et à la formation de l'opinion, et non d'une implication directe dans les décisions. Dans cette perspective, la place centrale de la représentation dans la politique contemporaine n'est pas considérée comme posant problème, dans la mesure où la représentation tend à se dissoudre dans la délibération, et ce d'autant plus que se multiplient des dispositifs délibératifs sur toutes les questions publiques. Dès lors que la délibération est conçue comme susceptible d'institutionnalisation dans les procédures démocratiques et juridiques, le fait que des représentants soient élus et que les décisions ne soient pas prises directement par les citoyens n'est pas envisagé comme une source particulière de distorsion* », Loïc BLONDIAUX et Yves SINTOMER, *L'impératif délibératif*, op. cit., p. 25.

[1619] *Démocratie et représentation*, IN PÉCAUT Daniel et SORJ Bernardo (Dir.), *Métamorphoses de la représentation politique au Brésil et en Europe*, Paris, Éd. du CNRS, 1991, p. 227. CHATEAUBRIAND avait également résumé l'enjeu d'une jolie formule : « *la censure a perdu tous ceux qui ont voulu s'en servir, parce qu'elle rend le gouvernement représentatif impossible* », CHATEAUBRIAND, *De la rédaction actuelle des lois*, 5 juillet 1824, *Polémique*, 1827 repris IN *Œuvres complètes*, Paris, Éd. Garnier, 1861.

Partie 2. La séparation des pouvoirs dans une démocratie d'opinion

« Le principe de la démocratie se corrompt, non seulement lorsqu'on perd l'esprit d'égalité, mais encore quand on prend l'esprit d'égalité extrême, et que chacun veut être égal à ceux qu'il choisit pour lui commander. Pour lors, le peuple, ne pouvant plus souffrir le pouvoir même qu'il confie, veut tout faire par lui-même, délibérer pour le sénat, exécuter pour les magistrats, et dépouiller tous les juges »[1620].

Á bien des égards, la notion de séparation des pouvoirs apparaît comme indéterminée, soumise à une pluralité de définitions[1621], tantôt pensée comme « *une maxime d'art politique* »[1622], tantôt comme « *un principe d'analyse du droit positif* »[1623]. Toutefois, en dégageant l'idée qu'il existerait des fonctions juridiques de l'État[1624], cette théorie est rapidement apparue comme indissociable d'une conceptualisation juridique du régime représentatif. Ainsi, la doctrine traditionnelle[1625] a-t-elle pu présenter la séparation des pouvoirs, entendue comme indépendance des organes et

---

[1620] MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Titre VIII, Chap. II.

[1621] « *Aussi bien en tant que principe de politique constitutionnelle, que comme principe juridique, la séparation des pouvoirs n'a pas un contenu clair et certain. Il n'y a pas d'accord pour savoir quelles sont les institutions qui s'y rattachent, quelles sont les règles qui en découlent et quelles sont celles qui y dérogent. C'est qu'il y a plusieurs interprétations de l'expression ou plusieurs principes différents désignés par la même expression* », Michel TROPER, *Séparation des pouvoirs*, IN RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 709.

[1622] Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 2ème Éd., 1980, p. 109. Georges VEDEL considérait également que « *la séparation des pouvoirs n'est pas un principe juridique proprement dit, mais un précepte d'art politique* », *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 157.

[1623] Michel TROPER, *Charles Eisenmann et la séparation des pouvoirs*, Cahiers de philosophie politique, n°1, 1986, p. 72.

[1624] La théorie des fonctions juridiques de l'État répond « *à la question de savoir au moyen de quels actes l'État remplit les diverses attributions qu'il a pu assigner.* [...] *Ainsi entendues, les fonctions étatiques sont, conformément à une tradition fort ancienne, ramenées par l'unanimité des auteurs à trois grandes sortes d'activité : la législation, l'administration, la justice* », Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 262.

[1625] Sous ce vocable, Michel TROPER réunit des auteurs comme CARRÉ DE MALBERG, ESMEIN, LAFFERRIÈRE ou encore BARTHÉLÉMY. Ainsi que le souligne OLIVIER BEAUD, l'homogénéité doctrinale supposée par Michel TROPER est très contestable, notamment au regard des travaux de Maurice HAURIOU par exemple. Cf. *Michel Troper et la séparation des pouvoirs*, DROITS, n°37, 2003, pp. 149-171, et plus spécialement pp. 168-171.

comme spécialisation des fonctions[1626], comme une simple technique constitutionnelle. D'évidence, ainsi que l'ont démontré Charles EISENMANN[1627] puis Michel TROPER, il s'agit là d'une interprétation abusive de la pensée de MONTESQUIEU et de celle des Lumières, certains auteurs n'hésitant d'ailleurs pas à y voir là l'expression d'un véritable mythe[1628]. Á la lecture de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, on se doit en effet de concevoir le concept de séparation des pouvoirs comme essentiellement négatif : ce qui importe, c'est l'interdiction pour un même organe de cumuler plusieurs fonctions, auquel cas sinon la République sombrerait dans le despotisme[1629]. La spécialisation des fonctions, telle notamment qu'elle se dégage dans la doctrine au XIXème siècle n'est qu'une des façons de penser la séparation des pouvoirs, l'analyse des faits tendant de surcroît à démontrer la participation de chaque autorité à l'exercice de plusieurs fonctions : en d'autres termes, ainsi que le signale Hans KELSEN, « *le rôle historique de ce principe est d'avoir contribué à la lutte contre la concentration des pouvoirs plutôt qu'en faveur de leur séparation* »[1630].

Notre propos n'est pas ici de revenir sur ces débats, et notamment sur la question de la hiérarchie des fonctions[1631], mais de nous interroger sur la place que l'opinion publique peut

---

[1626] Telle est la présentation qu'en fait Michel TROPER dans sa thèse de doctorat. Selon le premier principe, « *les organes doivent être indépendants les uns des autres* », c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas être nommés les uns par les autres et qu'ils ne peuvent en aucun cas être révocables l'un par l'autre ; selon le second principe, « *chaque organe, ou groupes d'organes étatiques, doit exercer une des grandes fonctions juridiques de l'État. Il ne doit pas s'immiscer dans l'exercice des autres fonctions, qui sont accomplies par d'autres organes ; symétriquement, les autres organes ne doivent pas participer à l'exercice de sa fonction* », *La séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 19.

[1627] *L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs*, Mélanges Carré de Malberg, Paris, Sirey, 1933, pp. 163-192.

[1628] Michel FROMONT, *Les mythes du droit public français : séparation des pouvoirs et État de droit*, Mélanges Courvoisier, *Utopies. Entre droit et politique*, Dijon, Presses Universitaires de Dijon, 2005, pp. 293-302.

[1629] L'article 16 de la DDHC énonce en effet que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Pour Michel TROPER, cela signifie simplement qu'« *une Constitution, c'est en effet une répartition des compétences. On n'indiquait pas une préférence pour un principe fondateur.* […] *On se bornait à énoncer cette vérité que, faute de répartition des compétences, il n'y avait, à la lettre, pas de constitution et que l'essence du despotisme, qu'il s'agissait précisément d'abolir, est qu'il n'a pas de Constitution* », *Actualité de la séparation des pouvoirs*, IN *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., pp. 229-231.

[1630] *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 330. Cf. également Michel TROPER, *La Vème République et la séparation des pouvoirs*, DROITS, n°43, 2006, pp. 33-44.

[1631] C'est là l'un des points essentiels de la démonstration de CARRÉ DE MALBERG. La fonction législative, en ce qu'elle est censée exprimer la volonté générale, prime inéluctablement sur le pouvoir d'exécuter la loi. De ce point de vue, la hiérarchie des organes suit alors celle des fonctions et l'exécutif est nécessairement subordonné au Parlement. Une telle analyse serait, selon Michel TROPER, commune à LOCKE, MONTESQUIEU ou ROUSSEAU.

occuper dans la théorie de la séparation des pouvoirs. Au préalable, il convient de préciser que l'analyse de la Vème République sera ici privilégiée du fait qu'elle renouvelle profondément les rapports qui existent entre l'État et la société civile, laissant ainsi la possibilité à une autorité extérieure de s'immiscer dans l'agencement des trois pouvoirs constitués. En effet, alors que la période révolutionnaire est caractérisée par l'assimilation entre l'État et la société civile, telle qu'elle s'exprime dans l'article 16 de la DDHC, la Vème République propose une typologie des fonctions profondément novatrice, qui, malgré tout, n'échappe pas à la classification traditionnelle[1632]. Dans cette perspective, la place de l'opinion publique dans cette nouvelle configuration des pouvoirs est soumise à controverse. En effet, si l'on accepte l'idée selon laquelle pouvoir et contre-pouvoir constituent des notions interdépendantes, « *une sorte de dédoublement fonctionnel* [dans] *un jeu à géométrie variable* »[1633], reconnaître à l'opinion publique un statut de contre-pouvoir reviendrait pour une majorité de la doctrine à éclipser la figure du peuple juridique qui est la seule reconnue par notre Constitution. En d'autres termes, l'opinion publique peut au mieux être considérée comme un contre-pouvoir politique, mais en aucune façon juridique. Pourtant, certains auteurs, tels Marcel GAUCHET, n'hésitent pas à voir en elle le contre-pouvoir démocratique par excellence, celui qui réside « *dans la censure virtuelle des pouvoirs en place par l'opinion publique, figure de substitution, à la fois évocatrice et anticipatrice, du corps électoral* »[1634]. La problématique du contre-pouvoir a en effet pour objet de modifier l'organisation du pouvoir : « *c'est la signification profonde de l'opinion dans nos régimes, qui, pour impalpable qu'elle soit, n'en forme pas moins une de leurs pièces essentielles, en tant que double symbolique du corps électoral, suppléant à l'absence du peuple souverain durant les intervalles du suffrage, et devant lequel aucun gouvernant ne peut se soustraire à l'obligation de rendre des comptes* »[1635]. Dès lors, puisque le pouvoir législatif a pour objet d'exprimer « *la volonté du corps*

[1632] Selon Michel TROPER, en refusant la spécialisation des pouvoirs, la Vème République tend pourtant à proposer une distinction parallèle qui regrouperait soit les fonctions gouvernementale et délibérative, soit les fonctions gouvernementale et une autre qualifiée « de contrôle », soit encore, aux côtés des deux premières, « *la fonction « d'arbitrage », consistant à intervenir pour régler les rapports entre organes investis des deux premières* », *Actualité de la séparation des pouvoirs*, op. cit., pp. 233-234.

[1633] Slobodan MILACIC, *Le contre-pouvoir, cet inconnu*, Mélanges Lapoyade-Deschamps, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 681.

[1634] Marcel GAUCHET, *Contre-pouvoir, méta-pouvoir, anti-pouvoir*, LE DÉBAT, n°138, 2006, p. 22.

[1635] Ibid., p. 21. Contra Slobodan MILACIC selon lequel « *dans l'hypothèse où elle* [l'opinion publique] *serait le substitut, alter ego du peuple électoral, elle ne pourrait être que « Le pouvoir » - souverain. Puisque le contre-pouvoir n'a été inventé que comme structure de protection du souverain. L'idée de la protection de soi-même par soi-même relèverait plutôt d'une inspiration psychanalytique, intransposable dans notre champ…* », *Le contre-pouvoir, cet inconnu*, op. cit., p. 693.

social »[1636], c'est bien lui en premier lieu qui va être concerné par l'émergence de ce « *méta-pouvoir* »[1637], dessinant les contours d'un nouveau rapport entre les gouvernants et les gouvernés, d'une redéfinition du principe électif. Toutefois, nos démocraties modernes, et l'architecture institutionnelle de la Vème République plus particulièrement, sont marquées par l'autonomisation de l'exécutif, résultat d'un processus engagé au cours du XIXème siècle. Le maintien de la séparation entre l'exécutif et le législatif apparaît dès lors comme de « *pure opportunité politique* »[1638], qui plus est étrangère à la science du droit : en effet, la *summa divisio* kelsenienne de la création et de l'exécution de la norme[1639] tend à faire du législatif et de l'exécutif des notions « *purement relatives* »[1640]. La théorie constitutionnelle ne dit pas autre chose, elle qui a relevé depuis longtemps la fusion progressive entre le législatif et l'exécutif au sein des régimes parlementaires : Walter BAGEHOT n'affirmait-il pas par exemple que « *l'efficacité secrète de la Constitution anglaise réside, on peut le dire, dans l'étroite union, dans la fusion presque complète du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif* »[1641] ? Reste à se demander si la prise en considération de

---

[1636] Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 116.

[1637] L'expression est empruntée à Marcel GAUCHET : l'opinion publique, selon cet auteur, se situerait au-dessus des pouvoirs constitués, s'instaurant alors comme une tutelle au-dessus d'eux, mais sans pour autant s'arroger un pouvoir de faire. « *Comment faire en sorte que ce méta-pouvoir ne devienne pas un super-pouvoir absorbant ou se soumettant les autres, mais reste cantonné dans son rôle spécifiquement « censorial » ?* [Cette perspective] *donne sens à l'exercice effectif du pouvoir d'opinion, qui fait de l'opinion un pouvoir. C'est grâce au relais d'un tel surplomb civique à l'intérieur des institutions que la pesée critique des citoyens acquiert sa pleine dignité de fonction politique à leurs propres yeux.* […] *Cet étrange méta-pouvoir est la clef de voûte de l'exercice représentationnel de la souveraineté du peuple.* […] *Tout l'art institutionnel est d'aménager cette mise en représentation au sens d'une mise en publicité.* […] *Dans la mesure où il dépend de lui, en dernier ressort, de garantir aux membres du corps politique à la fois l'intégrité de leur condition d'individu et leur inscription au sein d'un tout qui n'existe comme tel que par sa transcendance sur toute actualisation possible, le pouvoir de surveillance des autres pouvoirs est une pièce maîtresse de ce procès d'institution symbolique du souverain* », *La Révolution des pouvoirs*, op. cit., pp. 273-280.

[1638] Carlos Miguel PIMENTEL, *Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ?*, POUVOIRS, n°102, 2002, p. 128. C'est notamment ce qu'affirme KELSEN : « *Ce n'est nullement afin de frayer la voie à la démocratie que l'on a, depuis Montesquieu, fait valoir le dogme de la séparation des pouvoirs, mais plutôt en vue de conserver au monarque, à moitié éliminé de la législation par le mouvement démocratique, la possibilité d'exercer un pouvoir propre dans le domaine de l'exécution* », *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 92.

[1639] « *Les fonctions fondamentales de l'État ne sont pas au nombre de trois, mais de deux : la création et l'application (exécution) du droit ; en outre, ces fonctions ne sont pas coordonnées, mais sub- et supra- ordonnées. De plus, il n'est guère possible de tracer des lignes de démarcation entre ces fonctions, puisque la distinction entre la création et l'application du droit – sous-jacente au dualisme du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif (au sens large) – ne revêt qu'un caractère relatif, la plupart des actes de l'État étant à la fois des actes de création et d'application du droit* », *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., pp. 318-319.

[1640] Carlos Miguel PIMENTEL, *Le sanctuaire vide (…)*, op. cit., p. 130.

[1641] *La Constitution anglaise*, op. cit., p. 14. Le Doyen VEDEL fera également sienne cette analyse : « *si l'on identifie le législatif avec ce qu'il est littéralement, c'est-à-dire la majorité des Communes qui peut « tout faire sauf*

l'opinion publique confirme ou infirme ce jugement (**Titre 1**). Du point de vue de la science du droit, il est tout à fait possible de considérer que le schéma binaire de Kelsen induit nécessairement l'existence d'une fonction juridictionnelle : comme l'écrit le maître de Vienne, « *le pouvoir judiciaire vient contrebalancer le pouvoir législatif et exécutif* »[1642]. La notion d'État de droit suppose ainsi un juge capable de trancher les litiges, de manière autonome et en usant de son pouvoir d'interprétation. Toutefois, eux aussi se doivent de combiner avec cette puissance sociale extérieure qu'est l'opinion publique : en puisant dans l'espace public la source de leur légitimité, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire vont alors se soumettre au jugement de l'opinion et inaugurer l'émergence d'une nouvelle trilogie constitutionnelle (**Titre 2**).

Titre 1. Les pouvoirs législatif et exécutif face au défi de l'opinion publique

« Ce que je tiens à montrer, c'est que, même là où le mécanisme pour peser ou pour mesurer la volonté populaire d'une semaine à l'autre ou d'un mois à l'autre, n'a pas été inventé et n'est pas près de l'être, il peut se faire que les chefs, ministres ou législateurs soient portés à agir comme s'il existait ; c'est-à-dire qu'ils observent toutes les manifestations de l'opinion publique courante, et qu'ils cherchent à agir d'après les idées qu'ils se font des manifestations »[1643].

Ainsi que le souligne Pellegrino Rossi, « *toutes les fois que vous aurez une Assemblée délibérante qui, par son origine, par son organisation, par l'appui qu'elle trouvera dans l'opinion publique, aura la conscience de son importance et de sa force, les attributions qui lui appartiennent rationnellement, elle les aura bientôt ou par la loi écrite ou par les précédents* »[1644]. En d'autres termes, l'opinion du public,

---

changer un homme en femme », et l'exécutif avec le Cabinet, les relations du législatif et de l'exécutif ne sont rien d'autre que la forme que prennent les relations entre le Comité directeur et les cadres de chaque parti lorsque celui-ci est au pouvoir. […] *C'est d'un système d'unité du pouvoir qu'il s'agit en fait. La séparation des pouvoirs paraît en fait avoir cessé de signifier quoi que ce soit dans les institutions britanniques actuelles », Topologie et recherche politique*, op. cit., p. 423.

[1642] *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 330.

[1643] James Bryce, *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 384.

[1644] *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 110.

comprise en tant qu' « *idée force* »[1645], sera considérée comme le complément du corps électoral, un guide pour l'action du législateur. Mais une partie de la doctrine considère également que l'élection est le meilleur moyen pour connaître de l'opinion publique. Celle-ci n'est dès lors plus tant à l'extérieur de l'enceinte parlementaire que présente au sein de l'hémicycle en ce qu'elle se confond alors avec l'objet de la représentation. Que l'opinion publique soit une force législatrice ou critique, elle n'en demeure pas moins pour la doctrine un interlocuteur naturel du pouvoir législatif (**Chapitre 1**). La suprématie du corps législatif s'est longtemps caractérisée par la concentration de l'énonciation de la volonté générale dans une seule assemblée, la souveraineté étant pensée comme indivisible. Ainsi que l'avait exprimé Rousseau, l'exécutif se borne à agir, à savoir qu'il met en œuvre les règles préalablement définies par la volonté générale s'exprimant dans la loi[1646]. Or, on le sait, très vite, les régimes représentatifs se sont caractérisés par un renforcement de l'exécutif, tant sur le plan de l'organisation constitutionnelle que par sa symbolique même. En outre, selon les dires de Carl Schmitt, la représentation ne pourrait être un simple aménagement juridico-politique : « *l'unité politique d'un peuple en tant que telle ne peut jamais être présente sous une identité réelle* […] *elle doit toujours être représentée personnellement par des hommes* »[1647]. D'évidence, une société est inévitablement duale, oscillant entre l'abstraction universalisante et l'association de volontés particulières. Ainsi, la délégation de l'énonciation de la volonté générale revêt une forme éminemment procédurale ; mais, pour autant, la dimension symbolique du pouvoir continue de s'exprimer en une irréductible personnalisation de l'exécutif qui participe de ce que « *le gouvernement d'opinion devient un contact permanent entre chaque citoyen et l'homme d'État, où les sentiments et les instincts prennent le pas sur les jugements raisonnés* »[1648]. En d'autres termes, loin de refléter dans le réel la volonté du législateur, le pouvoir exécutif s'est progressivement affirmé par le truchement d'un rapport direct avec le citoyen, par-delà les

---

[1645] Lucien Jaume, *L'opinion publique selon Necker : entre concept et idée-force*, précité. L'auteur s'appuie notamment sur Fouillée pour qui « *une idée-force est à la fois un fait de « discernement » intellectuel et une « préférence » affective et éthique. L'idée-force est donc une incitation à agir, qui enveloppe une conception de la réalité. Elle combine l'être et le devoir-être, selon un mixte présent dans toutes les analyses néckeriennes de l'opinion publique* », p. 38.

[1646] « *Toute action libre a deux causes qui concourent à la produire, l'une morale, savoir la volonté qui détermine l'acte, l'autre physique, savoir la puissance qui l'exécute* […] *Le corps politique a les mêmes mobiles ; on y distingue de même la force et la volonté ; celle-ci sous le nom de puissance législative, l'autre sous le nom de puissance exécutive* », *Œuvres complètes*, T. III, Paris, Gallimard, 1964, p. 395.

[1647] *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 342.

[1648] Albert Mabileau, *La personnalisation du pouvoir dans les gouvernements démocratiques*, rfsp, Vol. 10, n°1-1960, p. 45.

forces partisanes, permettant l'émergence d'un interlocuteur nouveau, « *à la fois désigné pour être interpellé sans intermédiaire et formé de pures capacités individuelles d'opiner* »[1649] : l'opinion publique (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Le pouvoir législatif, interlocuteur naturel de l'opinion publique

« Voilà donc le ministère remis entre les mains de l'opinion publique, par l'opinion législative, plus nu, plus faible, plus pitoyable qu'il ne l'était encore avant l'ouverture de la session »[1650].

Lorsque l'on s'interroge sur les rapports qui peuvent exister entre l'opinion publique et le Parlement, ce qui est en réalité en jeu, c'est l'aménagement du régime représentatif qui « *est donc un délicat problème d'équilibre entre le Parlement et l'opinion publique, susceptible d'ailleurs d'une infinité de nuances, selon la valeur intellectuelle et morale du Parlement (dans une certaine mesure fonction du corps électoral qui le nomme), et selon le degré de développement et la valeur de l'opinion publique dans un pays donné à un moment donné* »[1651]. Tout dépend donc de la définition du régime parlementaire retenue. Selon l'analyse classique de René Capitant, il existe trois types de parlementarismes : le modèle orléaniste pur où le chef de l'État a de grande prérogatives (révocation du ministre, dissolution), le modèle prussien (Parlement et exécutif monocéphale sans chef d'État) et enfin le parlementarisme occidental, de type britannique ou IIIème République après 1877, où le chef de l'État n'a qu'une influence morale[1652]. Mais, au sein de ce dernier modèle, Capitant introduit ensuite une distinction entre le régime parlementaire britannique qui est « *dominé par le contrôle de l'opinion* » et le régime parlementaire français. En effet, dans notre régime, sous la IIIème République, « *l'assemblée gouverne en souveraine. L'opinion n'est pas un*

[1649] Marcel Gauchet, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799*, op. cit., p. 38.

[1650] Chateaubriand, *De la clôture de la session de la chambre des pairs*, 19 juillet 1826, *Polémique*, 1827 repris in *Œuvres complètes*, Paris, Éd. Garnier, 1861.

[1651] Joseph Barthélémy et Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 107.

[1652] René Capitant, *Régimes parlementaires*, Mélanges Carré de Malberg, Sirey, 1933, repris in *Écrits constitutionnels*, op. cit., pp. 237-253.

pouvoir politique. Aussi les institutions du gouvernement d'opinion font-elles défaut »[1653]. Or, l'appréciation de CAPITANT mérite d'être nuancée : d'une part, aux yeux des Révolutionnaires, il ne fait pas de doute que « l'*Assemblée des législateurs occupe une place centrale dans un dispositif de réception, de formation et de mise en circulation de l'opinion publique comme principe de souveraineté* »[1654] ; d'autre part, on peut également insister sur le fait que « *c'est au Parlement qu'il revient de formuler et de diriger la politique sociale, non pas parce qu'il possède une sagesse infinie et la connaissance de toutes choses, mais simplement parce que c'est précisément dans ce but que les députés sont élus dans une démocratie libre. De plus, le Parlement dispose des moyens (du fait qu'il est au courant de l'opinion publique) ainsi que du pouvoir politique de mettre à exécution ses décisions* »[1655]. C'est parce que le Parlement exerce une multitude de fonctions[1656] que la nature de l'opinion publique apparaît aussi incertaine, oscillant en permanence entre la volonté d'être législatrice ou force critique de surveillance (**SECTION 1**). En d'autre termes, il est possible de considérer avec MILL, que « *le Parlement a en outre un autre office qui ne le cède en rien à celui que nous venons de décrire : il doit être à la fois la commission des revendications et le congrès des opinions de la nation – une arène où non seulement l'opinion générale de la nation, mais celle de toutes les parties du pays, et autant que possible de toutes les personnalités éminentes qu'il contient, peuvent se produire en pleine lumière et susciter la discussion* »[1657]. Mais on peut également considérer que la démocratie parlementaire « *ouvre l'espace public, elle agit sous le contrôle permanent de l'opinion, elle soumet tout à la règle de la*

[1653] *La crise et la réforme du parlementarisme en France*, *Chronique constitutionnelle française (1931-1936)*, *Jahrbuch der öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen, 1936, pp. 1-71, reproduit IN René CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres*, op. cit., p. 353.

[1654] Sophie WAHNICH, *Fragments d'institutions parlementaires. Faire circuler la parole du Souverain*, POLITIX, Vol. 5, n°20, 1992, p. 119.

[1655] Cour suprême canadienne, Reine c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.

[1656] C'est à Walter BAGEHOT que l'on doit selon toute vraisemblance les premières analyses à ce sujet. Le publiciste anglais distingue en effet, selon nous, cinq fonctions : 1/ la fonction électorale ; 2/ la fonction d'interprète du pays qui veut que [la Chambre des Communes] *exprime les idées du peuple anglais sur toutes les questions qui passent sous ses yeux* » - l'auteur qualifie également cette fonction de lyrique puisque le Parlement « *sait exprimer convenablement, par le langage, l'opinion du pays, quand on attend de lui des paroles et non des lois* […] *il exprime dans un langage particulier les vues particulières du pays* » (p. 246) ; 3/ la fonction éducatrice : « *son devoir est de les* [les idées de la Nation] *modifier en bien ; son devoir est d'apprendre au pays ce qu'il ne sait pas* » ; 4/ la fonction informative : le Parlement se doit en effet d'exposer devant le souverain « *les griefs et les récrimination des particuliers. Depuis qu'on publie les débats du Parlement, la Chambre fait connaître les mêmes griefs et les mêmes récriminations au peuple qui est le souverain d'aujourd'hui. La nation a pour le moins autant besoin d'être éclairée que le roi en avait besoin autrefois* » ; 5/ la fonction législative, *La Constitution anglaise*, op. cit., pp. 198-202.

[1657] *Le gouvernement représentatif*, op. cit., p. 29. Il est toutefois important de noter que MILL rompt ici avec le dogme selon laquelle la Nation n'a pas de volonté en dehors de sa représentation.

délibération, et cela suffit à en garantir le caractère démocratique »[1658]. Reste qu'en se soumettant au regard critique de l'opinion, le Parlement s'expose à une remise en cause de son rôle. La loi ne serait plus alors l'expression de la volonté générale mais d'une volonté partisane qui se dévoilerait à la lumière de tous. Pourtant subsiste toujours ce culte de la loi, sans doute indissociable du développement progressif de l'État de droit. La loi apparaît alors comme un instrument autant revendiqué que contesté (**Section 2**).

Section 1. L'opinion publique au Parlement : une force critique et législatrice

La discussion publique des textes est un élément central du parlementarisme. Le Doyen Barthélémy va même jusqu'à considérer que « *dans son essence, le régime parlementaire est, avant tout, réflexion, discussion, délibération, contrôle. C'est par là qu'il est grand et fécond.* […] *Le rôle nécessaire inappréciable d'une Chambre est de « fournir à la nation un comité de griefs et un congrès d'opinions* » »[1659]. Il n'est pas dans notre propos de retracer ici la chronologie des débats parlementaires mais simplement d'exposer en quoi les principes de publicité et de délibération parlementaire s'avèrent nécessaires à la formation d'une opinion publique (**Sous-section 1**). Néanmoins, si l'on peut s'accorder sur l'idée que la discussion publique « *concerne directement une tierce partie, le public* »[1660], on ne peut contester que dans cette hypothèse l'opinion publique apparaît alors comme extérieure à l'institution parlementaire : tout au plus peut-on considérer que « *la force qui sous-tend les débats de l'Assemblée est l'opinion publique, importante survivance dans la vie civique moderne* »[1661]. Or, si le but des élections a pour objet, selon Benjamin Constant,

---

[1658] Marc Sadoun, *Opposition et démocratie*, pouvoirs, n°108, 2004, p. 20.

[1659] *La crise de la démocratie représentative*, rdp, 1928, p. 643. Même si l'auteur ne le précise pas, la citation entre guillemets est empruntée à Mill qui précise en outre du Parlement qu'il est « *une arène où non seulement l'opinion générale de la nation, mais également de chacune des parties, et dans la mesure du possible de chaque individu qu'elle contient, peut se produire en pleine lumière et proposer une discussion ; où tout le monde, de tout le pays, est susceptible de trouver quelqu'un qui exprime son opinion, aussi bien ou mieux qu'il ne l'aurait pu lui-même* », *Le gouvernement représentatif*, op. cit., p. 136.

[1660] Murielle Mauguin-Helgeson, *L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2006, p. 215. L'auteur cite au soutien de cette thèse une étude du Bundestag qui énonce que « *l'objectif principal d'un débat au Bundestag est non pas de donner la possibilité à chaque groupe parlementaire de convaincre les députés des autres groupes de son point de vue, mais de présenter au public en particulier, à la presse et aux médias, qui constituent les moyens les plus importants d'information du grand public sur le travail du Parlement, les différents points de vue politiques en présence* ».

[1661] Stephen Holmes, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne*, op. cit., p. 201.

« *d'établir l'empire de l'opinion par le renouvellement périodique et libre de ses interprètes* »[1662], alors la tentation existe de voir dans le Parlement un organe représentant l'opinion publique, assimilée ici au peuple réel. Combinée avec les exigences du gouvernement représentatif, l'opinion publique oscille ainsi entre majorité et minorité parlementaire (**Sous-Section 2**).

Sous-Section 1. Publicité et délibération : deux principes constitutifs du Parlement

Sans doute Jérémy Bentham est-il celui qui a le plus milité en faveur de la publicité de toutes les délibérations au sein du Parlement : comme il le souligne lui-même, « *avant d'entrer dans les détails des opérations de l'Assemblée, plaçons en exergue de son règlement la disposition la plus apte à gagner la confiance du peuple, et à l'amener à progresser constamment vers le but de son institution. Cette disposition est la publicité* »[1663]. Fin observateur du régime parlementaire britannique, le penseur utilitariste verra ses recommandations confirmées par l'analyse des dispositions constitutionnelles françaises puisque, dès 1789, l'expérience parlementaire s'inaugure avec l'affirmation du principe de publicité[1664]. Constamment réaffirmée depuis lors par les textes constitutionnels[1665], l'exigence de publicité bouleverse pourtant profondément la nature du gouvernement représentatif. Comme le souligne Guizot, « à *considérer la théorie, la publicité est*

[1662] *Fragments d'un ouvrage abandonné*, op. cit., p. 100. Ainsi que le souligne Stephen Holmes, si la pensée de Benjamin Constant en la matière n'a pas été toujours très claire, il semble néanmoins que celui-ci défende l'idée que le public pouvait être vivifié par les élections : « *la politique était une école où le peuple apprenait à compter sur lui-même* », *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne*, op. cit., p. 217.

[1663] *Essays on Political Tactics*, 1816, cité par Carl Friedrich, *La démocratie constitutionnelle*, op. cit., p. 312. Selon Friedrich, Jérémy Bentham donne six raisons à ce que les débats parlementaires soient publics : « *1/ La publicité oblige les membres de l'Assemblée à remplir leur devoir ; 2/ Elle assure la confiance du peuple, et son assentiment aux mesures prises par l'Assemblée ; 3/ Elle permet aux gouvernants de connaître les desiderata des gouvernés ; 4/ Elle permet aux électeurs d'agir intellectuellement aux élections ; 4/ Elle donne à l'Assemblée le moyen de profiter des informations du public ; 6/ Elle amuse* », ibid., pp. 263-264.

[1664] Et ce malgré l'opposition du Roi qui interdit lors de la séance royale du 23 juin l'entrée au Public. L'article 15 de la Déclaration royale affirmait ainsi : « *Le bon ordre, la décence et la liberté même des suffrages exigent que sa Majesté défende, comme elle le fait expressément, qu'aucune autre personne que les membres des trois ordres composant les états généraux, puisse assister à leurs délibérations, soit qu'ils les prennent en commun ou séparément* », AP, 1ère série, Vol. VIII, p. 144, cité par Jean-Philippe Heurtin, *L'espace public parlementaire (…)*, op. cit., p. 21.

[1665] La Constitution de 1791 énonce ainsi que « les délibérations du Corps législatif seront publiques et les procès-verbaux de ses séances seront imprimés », Titre III, Chap. III, Section II, Art. 1er. Cf. également Art 44 de la Charte du 4 juin 1814, Art. 39 de la Constitution de 1848, Art. 5 de la Loi Constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics, Art. 10 de la Constitution du 27 octobre 1946 et enfin Art. 33 de la Constitution du 4 octobre 1958.

peut-être la caractère le plus essentiel du gouvernement représentatif »[1666]. Á bien le lire, GUIZOT exprime ici une double idée qui sera toujours en filigrane des travaux des penseurs libéraux sur l'opinion publique : d'une part, il souligne la place prégnante de la publicité dans toute réflexion sur le gouvernement représentatif, « *la publicité entretenant des flux permanents de communication entre l'opinion et le gouvernement* »[1667] ; mais, d'autre part, il tend également à relativiser la place du mécanisme électif face à l'avènement d'une politique « post-représentative »[1668]. Néanmoins, l'analyse de la doctrine constitutionnelle confirme que c'est dans le cadre du régime représentatif que les arguments en faveur du principe de publicité prennent toute leur force[1669] (**PARAGRAPHE 1**). En outre, il importe de mettre l'accent sur le fait que l'usage public de la raison a besoin d'un échange argumenté d'opinions. Carl SCHMITT estime ainsi que la discussion publique est de l'essence même du régime parlementaire. Selon le juriste allemand, « *la* ratio *du parlement réside* […] *dans un processus où se confrontent des oppositions et des opinions, dont surgit, comme son résultat, la véritable* (richtige) *volonté de l'État. L'essentiel dans le parlement est l'échange public d'arguments et de contrearguments, les débats publics et la discussion publique, le fait de parlementer* »[1670]. Dès lors, il n'est pas possible de nier que si le Parlement se construit autour du

---

[1666] *Histoire des origines du gouvernement représentatif, T. I*, op. cit., p. 124. GUIZOT a confirmé cette hypothèse dans des écrits ultérieurs, allant même jusqu'à considérer que, « *à le bien prendre, ce qui caractérise les institutions que la France possède et où l'Europe aspire, ce n'est pas la représentation, ce n'est pas l'élection, ce n'est pas la délibération, c'est la publicité. Le besoin de publicité, dans l'administration des affaires publiques, est le trait essentiel de l'état social et de l'esprit du temps. C'est une condition impérieusement attachée à toutes les institutions, et sans lesquelles elles sont impuissantes à satisfaire les sociétés modernes. Où la publicité manque, il peut y avoir des élections, des assemblées, des délibérations ; mais les peuples n'y croient pas et ils ont raison* », *Des garanties légales de la presse*, Archives philosophiques, politiques et littéraires, Paris, 1818, T. V, p. 186, cité par Pierre ROSANVALLON, *La démocratie inachevée (…)*, op. cit., p. 116.

[1667] Pierre ROSANVALLON, ibid., p. 116. Ce que confirme Pellegrino ROSSI lors de son étude du régime parlementaire britannique : en effet, selon l'auteur, « *ce sont les besoins du système représentatif, c'est le développement de l'opinion publique qui ont ouvert les barrières dont les membres de la Chambre des communes voulaient soigneusement s'entourer* », *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 125.

[1668] Cette idée est, comme nous l'avons vu, particulièrement sensible dans les travaux de James BRYCE par exemple. Mais ici il convient de préciser que la vision de GUIZOT n'est pas si « démocratique » qu'elle y paraît puisqu'elle relativise les restrictions au suffrage, l'élection n'exerçant finalement qu'une fonction sociale limitée. La position des doctrinaires sur la publicité revient donc à légitimer l'ordre capacitaire en place. Pour des précisions, on peut se reporter aux développements éclairants de Pierre ROSANVALLON, ibid., pp. 115-138.

[1669] Comme le soulignent Joseph BARTHÉLÉMY et Paul DUEZ, « *le problème de la publicité des actes des gouvernants appartient au droit public des démocraties représentatives. Il ne se pose pas* […]. *Il est, au contraire, essentiel à la saine démocratie puisque l'opinion publique doit collaborer avec les représentants ; il faut pour cela qu'elle soit renseignée sur l'activité de ces représentants* », *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 107.

[1670] *Parlementarisme et démocratie*, op. cit., p. 42. L'auteur s'appuie notamment sur les travaux de GUIZOT qu'il considère comme « *le représentant absolument typique du parlementarisme* ».

principe de publicité, celui-ci n'a de sens que corrélé à la délibération de ses membres (**PARAGRAPHE 2**).

Paragraphe 1. Le principe de publicité, principe cardinal de l'institution parlementaire

La construction juridique de l'espace public dont nous avons exposé les fondations s'étend naturellement à l'institution parlementaire. Dès le 26 juin 1789, BARNAVE déclare ainsi qu'il « *est étrange et surprenant que l'on veuille défendre à la nation l'entrée de la salle nationale. C'est dans ce lieu auguste où l'on stipule ses intérêts, où l'on décide de son sort ; c'est donc sous ses yeux que nous devons agir* »[1671]. La publicité des séances et des votes répond alors à un double objectif : il s'agit d'une part d'informer l'opinion publique de l'activité de ses représentants, mais également de permettre un développement de la connaissance générale du public (**Sous-Paragraphe 1**). S'affirmant comme l'un des grands principes du régime représentatif, le principe de publicité ne s'en trouve pas moins soumis à un certain nombre de critiques. Son obsolescence est ainsi souvent avancée, même si le développement des nouvelles technologies de l'information revigore, pour une partie de la doctrine, l'idéal libéral et révolutionnaire (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Les fondements de la publicité au Parlement

Le premier objectif avoué des révolutionnaires est donc de soumettre à la sagacité publique les actes des gouvernants, rompant ainsi avec la politique du secret caractéristique de l'Ancien Régime. La publicité est en effet la condition pour que l'opinion publique puisse exercer ce pouvoir censorial dont parlait NECKER[1672]. Cette extériorité de l'opinion publique se retrouve en premier lieu dans la structuration spatiale du Parlement. En effet, le refus de reconnaître la place publique comme le lieu du politique, justifiant ainsi des restrictions au droit de manifestation et de réunion, oblige le constituant à instituer le principe de publicité des actes des représentants. Néanmoins, il ne s'agit pas de permettre à n'importe qui d'assister aux débats parlementaires et

---

[1671] AP, 1ère série, Vol. VIII, cité par Jean-Philippe HEURTIN, *L'espace public parlementaire (…)*, op. cit., p. 22.

[1672] « *La véritable balance du pouvoir suprême en France n'existait pas dans l'organisation du gouvernement, elle était tout entière dans l'autorité de l'opinion publique ; autorité dont la force s'était accrue avec le progrès des Lumières et de l'esprit de sociabilité. Aussi, quand on veut présenter sous son plus bel aspect l'ancien gouvernement français, on ne doit pas arrêter les regards sur les faibles barrières opposées au pouvoir arbitraire par la Constitution de l'État ; il faut le montrer environné tel qu'il était ;* […] *environné par cette opinion publique qui, sans lois écrites, sans aucune supériorité légale, servit de modérateur à tous les genres d'excès, et rendit à la nation de si grands services* », *De la Révolution française*, T. IV, pp. 38-39, cité par Léonard BURNAND, *Necker et l'opinion publique*, op. cit., p. 62.

encore moins de « mélanger », au sein d'un même forum, citoyen et député. Ainsi, « *l'objectivation du principe de publicité de l'espace parlementaire, dès les premiers temps des états généraux, a-t-elle consisté à diviser l'espace, pour distinguer députés et spectateurs, à créer un ici pour les parlementaires et un là bas pour le public.* […] *Renouant avec l'organisation qui, étymologiquement, est à la racine du secret, l'espace proprement parlementaire, séparé du public, s'est ainsi construit en opposition avec la place publique* […]. *La configuration de la publicité ne sera plus celle de la présence vivante du public, mais bien celle de sa représentation ; le principe de publicité sera figuré par une construction politique, celle de l'opinion publique* »[1673]. De cette organisation de l'espace parlementaire découle alors une opinion publique qui est avant tout celle d'un public éclairé, seul capable d'en manifester l'unité[1674]. Comme le souligne en 1791 François ROBERT, « *jusqu'à ce que l'esprit public ait embrassé tous les cœurs, jusqu'à ce que les lumières soient devenues générales, ceux-là seuls donneront leur sanction, qui voudront et pourront la donner, mais au moins la constitution n'en refusera le droit à personne, et l'on n'est pas moins libre pour ne pas user de toute l'étendue de ses droits.* […] *Enfin de deux choses l'une ; ou le peuple est assez instruit pour s'élever à ses fonctions, ou il ne l'est pas. Ceux qui sont assez instruits, les exerceront ; ceux qui ne le sont pas, sentiront leur incapacité, se retireront jusqu'à ce qu'ils soient familiarisés avec les règles de l'intérêt public* »[1675]. Toutefois, certains estiment déjà que le Tribunal de l'opinion publique se doit d'être populaire ; tel est par exemple le sens d'un projet comme l'« Éphorat », sorte de « tribunal » déclaratif de l'opinion publique, porté par Louis-Charles DE LAVICOMTERIE[1676], voire les propositions de Nicolas DE BONNEVILLE[1677]. En reconnaissant à l'opinion publique un pouvoir censorial, on reconnaît

---

[1673] Jean-Philippe HEURTIN, *L'espace public parlementaire (…)*, op. cit., pp. 29-30.

[1674] « *Puisque la qualité de pair de France me donne, en vertu de la Charte, une sorte d'inviolabilité, je dois en profiter pour rendre à l'opinion publique une partie de sa puissance. Cette opinion me dit : « Vous avez fait des lois qui m'entravent : prenez donc la parole pour moi, puisque vous me l'avez ôtée* » », CHATEAUBRIAND, note du 5 décembre 1818, *Polémique*, 1827 repris IN *Œuvres complètes*, Paris, Éd. Garnier, 1861.

[1675] *Avantages de la fuite de Louis XVI, et nécessité d'un nouveau gouvernement*, Paris, 1791, cité par Raymonde MONNIER, *L'espace public démocratique. Essai sur l'opinion à Paris de la révolution au directoire*, Paris, Kimé, 1994, p. 58.

[1676] « *Il serait nécessaire de créer des censeurs.* […] *Le censeur doit prononcer son arrêt, blâmer en conséquence de l'opinion. L'opinion publique manifestée par un magistrat revêtu du caractère propre à l'emploi intègre qu'il exerce, s'appelle censure et est, sans contredit* […] *un des plus fermes remparts des mœurs et de la liberté. Cet acte d'opinion s'exerce publiquement, et ne doit avoir d'autre rigueur que la publicité. Celui qu'atteint la verge des censeurs est noté aux yeux des citoyens* », *Du peuple et des rois (1790)*, Paris, Pagnerie, 1848, p. 100, cité par Jean-Philippe HEURTIN, *L'espace public parlementaire (…)*, op. cit., p. 32.

[1677] Dans *La Bouche de fer,* BONNEVILLE suggère ainsi de faire élire dans les départements 12 tribuns du peuple chargés de surveiller les pouvoirs publics. Il est également question, dans la même publication, d'un projet d'établissement d'un projet d'une « Censure nationale ». Nicolas DE BONNEVILLE considère en effet

également que l'Assemblée est susceptible de commettre des abus. Et c'est précisément cet argument, qui sera repris sous une forme différente par la pensée libérale[1678], dont use la doctrine constitutionnaliste afin de justifier le rang constitutionnel accordé à la publicité des débats. Ainsi, BARTHÉLÉMY et DUEZ considèrent-il qu'il y a « *dans le contrôle de l'opinion publique par la publicité un élément démocratique de superposition à la forme gouvernementale qu'il est important de ne pas négliger quand on veut apprécier ce qu'un gouvernement contient de démocratie* »[1679], tandis que Maurice HAURIOU pouvait expliquer quant à lui que « *la lumière de la publicité constitue la bonne moitié de la moralité publique ; la publicité empêche les abus et oblige les organes gouvernementaux à accomplir correctement leur fonction* »[1680].

Toutefois, il convient également d'envisager une deuxième configuration de l'opinion publique « *marquée par le basculement d'un rôle essentiellement critique vers une position qui l'institue comme législatrice* »[1681]. Dès lors, la publicité n'a plus pour objet d'informer le public aux fins de constitution d'un tribunal critique du pouvoir, mais davantage de faire de l'opinion publique la seule source de règles générales et abstraites, fondées en raison. Cette rationalisation du pouvoir se caractérise notamment par une volonté de stabilisation des règles, notamment en matière fiscale, qui implique pour les révolutionnaires le développement d'une épistémologie de la vérité, fondée sur l'évidence. Se dégage alors l'idée que la vérité n'acquiert force de loi que par

---

que « *le pouvoir censorial du public* » a pour fonction de défendre les droits de l'homme et du citoyen : « *Le peuple qui est Tout ne peut exercer par soi-même ni la puissance législative, ni la puissance exécutrice ; mais un peuple aurait cessé d'être libre ou ne le serait pas encore, si un seul de ses membres était privé de son droit de censure, qui forme l'opinion publique, pondératrice de tous les différents pouvoirs* », *La Bouche de fer*, n°1, 1790, cité par Raymonde MONNIER, *L'espace public démocratique*, op. cit., p. 36. Rappelons d'ailleurs que le nom de cette publication influente, *La Bouche de fer,* est directement emprunté à l'ancien exemple vénitien d'une bouche de pierre dans laquelle les citoyens pouvaient glisser un billet indiquant leurs dénonciations ou leurs récriminations à l'égard des pouvoirs.

[1678] Cf. par exemple ces célèbres propos de Benjamin CONSTANT selon qui « *lorsqu'on n'impose point de bornes à l'autorité représentative, les représentants du peuple ne sont point des défenseurs de la liberté, mais des candidats de tyrannie ; et quand la tyrannie est constituée, elle est peut-être d'autant plus affreuse, que les tyrans sont plus nombreux. Sous une Constitution dont la représentation nationale fait partie, la nation n'est libre que lorsque ses députés ont un frein* », *Principes de politiques applicables à tous les gouvernements représentatifs et plus particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, 1815, repris IN *Écrits politiques*, Gallimard, Coll. Folio Essais, 2004, pp. 339-340.

[1679] *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 82.

[1680] *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 161. Le professeur de Toulouse ajoutera plus loin que « *ce qui frappe le plus les populations, lorsqu'un Parlement est inauguré dans un pays, ce sont les débats parlementaires, c'est que les affaires gouvernementales, qui jusque là étaient traitées secrètement par le pouvoir exécutif, peuvent être discutées au grand jour. Un corps politique qui vote les lois sans que les débats reçoivent de publicité ne satisfait pas le pays* », ibid., p. 471.

[1681] Jean-Philippe HEURTIN, *L'espace public parlementaire (…)*, op. cit., p. 34.

sa publicité. Il serait tentant d'y voir ici l'application des préceptes hégéliens puisque le philosophe allemand considérait en effet que « *le facteur de la connaissance générale trouve son application dans la publicité des débats* […]. *Le fait d'offrir cette occasion de connaissance à cet aspect plus général qu'ainsi l'opinion publique vient pour la première fois à de véritables pensées et à l'intelligence de la situation et du concept de l'État et de ses affaires, et ainsi pour la première fois à une capacité de juger là-dessus plus rationnellement ; elle apprend aussi à connaître et à apprécier les occupations, les talents, les vertus et les habilités des autorités de l'État et de ses fonctionnaires* »[1682]. Or, sans doute la position d'HEGEL sur le Parlement est-elle légèrement différente de celles des penseurs libéraux. En effet, selon lui, il ne fait pas de doute que l'État n'est pas le lieu de rencontre d'intérêts particuliers dont la confrontation publique permettrait d'accéder à une vérité universelle. Il est plutôt « *une instance métasociale qui détient une vérité et qui s'assure que cette vérité imprègne le corps social* »[1683]. Si le Parlement cherche à éclairer l'opinion publique sur ses activités, c'est donc moins en vue de la former que pour la convaincre de la légitimité de ses décisions. En d'autres termes, « *le mouvement hégélien de la vérité (ou de la rationalité) part de l'État universel pour se diriger vers la société civile, et non l'inverse* »[1684]. Comme le souligne Pierre ROSANVALLON, la place du Législateur dans l'ordonnancement politique s'avère ici finalement fort restreinte puisque celui-ci n'a véritablement qu'une marge de manœuvre limitée dans la production normative, la loi étant nécessairement guidée par la vérité[1685].

Sous-Paragraphe 2. La publicité des débats parlementaires, entre déclin et renouveau

Á suivre SIÉYÈS, la publicité des actes parlementaires n'a toutefois pas pour ambition de se limiter au cénacle de l'institution. Au contraire, l'Abbé imagine une publicité élargie à la nation tout entière : « *les rangs des spectateurs doivent s'étendre à tous ceux qui sont derrière, à l'ensemble de la nation* […] *Il y a une partie qui doit être éclairée par la volonté réunie. Dans ce cas,* […] *j'ai encore l'avantage de rendre les rangs de derrière les véritables juges de ce qui s'est passé au centre puisqu'ils l'ont sous les yeux, puisque les citoyens ont sous les yeux les mêmes pièces de détermination que le corps*

[1682] HEGEL, *Philosophie du droit*, § 314-315, op. cit., p. 369.

[1683] Jean TERRIER, *Pouvoir législatif, opinion publique et participation politique dans la Philosophie du droit de Hegel*, RFHIP, n°13, 2001, p. 65.

[1684] Ibid., p. 68. Cf. également Jean-François KERVEGAN, *Souveraineté et représentation chez Hegel*, RFHIP, n°14, 2001, pp. 321-336.

[1685] « *Les hommes et leurs gouvernements ne font point les lois, et ne peuvent point les faire. Ils les reconnaissent comme conformes à la raison suprême qui gouverne l'univers, ils les déclarent ; ils les portent au milieu de la société* », *Maxime du Docteur Quesnay*, IN DAIRE Eugène, *Physiocrates*, Vol. 1, p. 390, cité par Pierre ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen*, op. cit., p. 155.

législatif. Ainsi, je forme sur tout acte politique la meilleure opinion publique, *je donne à la force et à l'ensemble des spectateurs toute l'autorité qu'elle doit avoir aujourd'hui ou demain. J'ai enfin pour moi les véritables tribunes nationales. Enfin, ne sent-on pas qu'en me débarrassant de la nécessité de réunir en un seul lieu les volontés concurrentes, je sors des routines démocratiques anciennes, j'agrandis indéfiniment le domaine de la démocratie et de la liberté* »[1686]. Néanmoins, la conception de la publicité ici défendue comporte une limite fondamentale qui prête sérieusement à conséquence dans un régime représentatif où les chambres sont sous le contrôle de l'opinion : celle du « *goût pour les acclamations du public* »[1687] qui peut exister chez les représentants. Les débats révolutionnaires de 1789, auxquels assiste une foule nombreuse sont ainsi l'occasion pour nombre de députés d'encourager la présence de la population, « *si bien que le débat devient un dialogue à trois voix entre l'orateur, les députés et le public* »[1688]. Comme le souligne Timothy TACKETT, « *le concept même d'« opinion publique » qui apparaissait auparavant comme une abstraction plutôt vague, et qui se fondait, d'une manière plus générale, avec l'opinion des élites sociales et littéraires, prend alors une signification nouvelle et nettement plus concrète* »[1689]. Toutefois, malgré les dénégations de certains députés[1690], les constituants vont rapidement s'accorder pour limiter l'accès direct à l'hémicycle[1691], même s'il faut attendre la Restauration pour que l'on avance l'hypothèse de limiter matériellement le principe de la publicité. Ainsi, l'article 44 de la Charte de 1814 prévoit-il pour la première fois que l'Assemblée nationale peut se former en comité secret sur la demande de cinq de ses membres. Si, par la suite, il reviendra au Règlement de la Chambre concernée de préciser le

[1686] AN, 284 AP5. Nous soulignons.

[1687] Stephen HOLMES, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne*, op. cit., p. 195. Ainsi que le souligne HOLMES, Benjamin CONSTANT proposait ainsi d'adopter la coutume anglaise qui interdisait les discours écrits au Parlement. Selon lui, une telle règle avait pour effet de créer une « *majorité silencieuse* » à l'Assemblée, dans la mesure où le grand nombre de ceux qui n'étaient pas capables d'improviser des discours « *se réfugieraient dans la raison comme pis-aller* ». On peut douter que de telles dispositions institutionnelles, dont l'objet était donc de servir la cause de la raison, aient quelques effets aujourd'hui, notamment au regard de la professionnalisation de la politique.

[1688] Timothy TACKETT, Par la volonté du peuple (…), op. cit., p. 135. L'auteur cite notamment ces propos de MAILLOT selon lequel « *les votants devaient puiser leur énergie et leur pureté dans l'opinion et les regards du public* » ou encore ceux de VISME s'exclamant que « *l'opinion publique est notre force* », ibid.

[1689] ibid., p. 135.

[1690] Charles François BOUCHE s'irrite par exemple de la volonté de tenir le public éloigné des débats en rappelant que « *nous délibérons ici devant nos maîtres et que nous leur devons compte de nos opinions* », AP, Vol. 8, p.55, cité par ibid., p. 135.

[1691] Comme le souligne Pierre-Yves MOREAU, « *le nombre de places laissées aux spectateurs représente environ la moitié des places disponibles. Les autres sont réservées aux autorités officielles et aux journalistes. Dix places seulement sont réservées chaque jour aux visiteurs spontanés venus sans en demander à leur député ou à leur sénateur* », *La notion de délibération en droit constitutionnel français*, op. cit., p. 337.

nombre de députés nécessaires pour que le sceau du secret vienne couvrir les délibérations des parlementaires, l'article 33 de la Constitution de la Vème République rompt avec cette « tradition » en énonçant en son deuxième alinéa que « Chaque assemblée peut siéger en comité secret à la demande du Premier ministre ou d'un dixième de ses membres ». Cette volonté des constituants de préciser dans le texte même de la Constitution le seuil en deçà duquel le principe de publicité ne peut être limité s'explique de deux manières. D'une part, outre que le seuil fixé apparaît comme relativement important, il témoigne également d'une certaine défiance à l'égard des parlementaires, même si la procédure demeure relativement souple puisque les cas dans lesquels le secret peut être demandé ne sont pas précisés[1692]. D'autre part, en confiant au Premier ministre une prérogative aussi importante, la restriction du principe de publicité apparaît également comme une des techniques constitutionnelles destinées à assurer la prédominance de l'exécutif sur le pouvoir législatif[1693].

Toutefois, l'efficacité de la publicité reste déterminée par l'utilisation des techniques de diffusion. Ainsi Siéyès avait-il compris par exemple le rôle crucial joué par la presse en la matière : en effet, « *dans le fait où est l'égalité civique, là où l'infinitésime partie seulement des citoyens peut entendre la voix de l'orateur public* […] *il est clair que ceux qui ont cet avantage sont plus citoyens que les autres. Cette institution a été utile et égale au commencement des sociétés, lorsque la réunion de quelques familles a formé une colonie, une tribune indépendante. Elle paraît égale encore dans l'aristocratie. Mais là où les rangs de derrière se propagent à l'infini, comment tous les spectateurs peuvent-ils également voir et entendre ? Laisser la tribune aux harangues pour les écrits a non seulement*

[1692] Joseph-Barthélémy considère par exemple que « *si les décisions graves, imposant des sacrifices au pays, étaient prises dans le secret, si on ne connaissait pas dans quel sens tel ou tel a voté, la crise serait résolue en quelques jours* », *La crise de la démocratie représentative*, rdp, 1928, p. 635. De même Jon Elster considère-t-il que le huit clos parlementaire contribuerait à renforcer la qualité de la délibération, *Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes*, précité. Toutefois, nous verrons que la publicité s'avère indispensable dans certains cas graves tels que la mise en œuvre de régimes dérogatoires, cf. infra.

[1693] Ce genre de disposition a été étendu aux commissions permanentes ou spéciales du Sénat puisque l'article 16 alinéa 11 du règlement prévoit que « la commission peut décider de siéger en comité secret à la demande du Premier ministre, de son président ou d'un dixième de ses membres. Elle décide ensuite de la publication du compte-rendu de ses débats au Journal officiel ». Ainsi, les Commissions du Sénat sont-elles libres d'organiser la publicité de leurs travaux selon les modalités de leur choix puisque le Conseil constitutionnel a jugé que cette disposition n'était pas contraire à la Constitution, décision n°90-278 DC du 7 novembre 1990, Résolution modifiant les articles 16, 24, 29 et 48 du règlement du Sénat et introduisant dans celui-ci des articles 47 ter, 47 quater, 47 quinquies, 47 sexies, 47 septies, 47 octies, 47 nonies et 56 bis A , Cons. 3. D'une manière générale, « *il est loisible à une assemblée parlementaire de définir, par les dispositions de son règlement, des modalités d'examen, de discussion et de vote des textes adaptées aux particularités de certaines procédures* », Décision n° 2003-470 DC du 9 avril 2003, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, Cons. 8.

l'avantage qu'on peut se faire entendre par tous, mais encore celui de parler raison à des oreilles plus raisonnables »[1694]. Les révolutionnaires accordent en effet un intérêt certain à la diffusion des débats par voie de presse tels que la réalisaient Le Moniteur ou le Logographe. Si la diffusion des comptes-rendus releva au départ d'initiatives privées, ce qui put parfois compromettre leur impartialité, son régime juridique se publicisa rapidement par l'insertion, dans un premier temps, de comptes-rendus officiels visés par les Assemblées avant que ces dernières n'organisent la diffusion publique des débats par une édition du Journal Officiel[1695]. Néanmoins, dans leurs formes traditionnelles et officielles, « *les débats ne peuvent s'adresser qu'à un public de spécialistes* »[1696], le grand public étant largement dépendant de l'écho que la presse quotidienne donnera à ces échanges.

Or, ainsi que le démontre Jean-Pierre DUPRAT, il existe « *un reflux considérable de cette information dans la presse écrite* »[1697]. La diffusion des débats trouva alors un relais médiatique puisque, depuis 1981, le service public audiovisuel, dans le cadre de ses obligations définies par le cahier des charges, doit diffuser les questions au gouvernement. Transposition dans le régime parlementaire français du *question time* britannique, les questions au gouvernement sont en effet une des applications de l'article 48 de la Constitution, qui depuis 1995 prévoit en son alinéa 2 qu'une « séance par semaine au moins est réservée par priorité aux questions des membres du Parlement et aux réponses du gouvernement »[1698]. Présidées par le Président de la Chambre et le plus souvent en présence du Premier Ministre, ces séances ont pour objet de donner une image revitalisée de l'institution parlementaire, notamment en privilégiant le caractère spontané des

---

[1694] AN, 284, AP5.

[1695] On peut préciser que le compte rendu officiel se présente sous deux formes distinctes : d'une part le compte rendu analytique, disponible dans un délai de trois heures à l'Assemblée Nationale et qui est destiné à un usage interne, et d'autre part le compte rendu intégral reproduit au JO et qui est considéré d'un point de vue juridique comme « le procès-verbal de la séance ».

[1696] Jean-Pierre DUPRAT, *La transparence du processus parlementaire*, IN DRAGO Roland (Dir.), *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005, p. 140. Ce sentiment est partagé par Joseph BARTHÉLÉMY et Paul DUEZ qui soulignent : « *Mais cette publicité est-elle effective ? Est-ce que vraiment les citoyens lisent ces parties du Journal Officiel ? Ne sont-ce pas uniquement les savants et les hommes de loi qui y puisent pour leurs travaux scientifiques ou pour leur argumentation ?* ». C'est l'une des raisons qui leur fait conclure qu'il « *reste donc à l'idée de publicité de très importants progrès à réaliser pour que le gouvernement représentatif soit vraiment cette collaboration de l'opinion et des représentants que nous indiquions précédemment : trop souvent encore l'opinion publique est mise par les représentants en face du fait accompli* », *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p.p. 110-111.

[1697] *La transparence du processus parlementaire*, op. cit., p. 140.

[1698] Dans les faits, les questions au gouvernement ont lieu le mardi et le mercredi après-midi à l'Assemblée nationale et deux fois par mois au Sénat en vertu de l'article 75 bis du Règlement.

échanges[1699]. Néanmoins, il n'est pas certain que la réussite soit totale : la télévision donne le plus souvent une image déformée de ces débats, renforce un certain nombre de préjugés tels l'absentéisme ou la faible écoute des parlementaires, et tend à privilégier structurellement l'émotionnel sur le débat raisonné[1700]. Ainsi que l'avait supposé Joseph-BARTHÉLÉMY, « *il n'est pas douteux que l'attention générale est vivement attirée par la séance publique et qu'une partie de l'opinion s'intéresse moins à ce qui y est fait qu'à la manière dont c'est fait* »[1701]. La couverture médiatique des questions au gouvernement donne ainsi souvent à voir une mise en scène des intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général et présente *in fine* le député comme un élu local représentant d'une circonscription et non de la Nation, le tout contribuant plutôt selon les premières études empiriques à une relativisation du rôle du Parlement[1702].

Néanmoins, au regard des expériences étrangères[1703], et conscientes de l'effort institutionnel de communication qu'il leur faut accomplir, les Chambres ont décidé de se doter d'une chaîne parlementaire qui « *renoue avec le « devoir de communication » que s'étaient spontanément assigné les premières assemblées parlementaires françaises, et avec le souci de faire participer la collectivité nationale*

[1699] Selon l'usage en vigueur, les ministres ne prennent ainsi connaissance des questions que deux heures environ avant le début de la séance.

[1700] Ainsi ce constat de Jacques ROBERT s'exclamant « *combien est souvent décevant ce genre de débat ! En fait, il n'y a pas ici de débat. Il n'y a d'ailleurs plus vraiment, au Parlement de grands débats. Où est passée l'éloquence parlementaire de jadis ? On assiste, lors des séances des questions orales, à des monologues successifs qui finissent par en lasser plus d'un.* […] *Personne n'a convaincu personne. Mais chacun a joué son jeu.* […] *Mais le débat démocratique dans tout cela ? Le dialogue ? La confirmation des points de vue ?* », *Une novation constitutionnelle ? Propos et réflexions*, RDP, n°1/2-2002, pp. 13-35.

[1701] *La crise de la démocratie représentative*, op. cit., p. 642.

[1702] Cette conclusion semble toutefois spécifique à la France. Cf. pour une analyse politiste et comparative Virginie LE TORREC, *L'adversatif et le stratégique : cadrages de l'institution parlementaire dans l'information télévisée*, Cahiers politiques, n°5-2000, pp. 117-132.

[1703] La première expérience est à mettre au crédit du Parlement anglais qui créa en 1962 *The Parliamentary Channel*. Puis aux États-Unis, *C-Span* retransmet les débats de la Chambre des représentants depuis 1979 tandis que C-*Span II* le fait pour le Sénat depuis 1986. Au Canada, la Chaîne Parlementaire a été crée en 1988 et elle diffuse également les travaux de la Cour Suprême canadienne. La Cour suprême canadienne a jugé ce dispositif indispensable dans un régime représentatif. En effet, « *les Canadiens doivent s'en remettre aux médias pour ce qui est des information sur les débats du Parlement et des assemblées législatives ainsi que sur le travail et les efforts de leurs représentants élus.* […] *Une opinion publique libre et éclairée constitue la condition essentielle du bon fonctionnement d'un gouvernement démocratique. Le public ne peut obtenir des informations exactes que par le truchement d'une presse responsable qui, de nos jours, doit inclure les reportages télévisées* », opinion du Juge CORY sous NEW BRUNSWICK BROADCASTING CO. C. NOUVELLE-ÉCOSSE, 1993 1 RCS 319. Cf. également James ROBERTSON, *La Télévision à la Chambre des communes*, Bibliothèque du Parlement, septembre 2005, en ligne http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/bp242-f.pdf

aux travaux de sa représentation et par conséquent de son parlement »[1704]. S'appuyant sur l'axiome célèbre de ROYER-COLLARD selon lequel « *la tribune n'appartient qu'à la Chambre* », l'Assemblée nationale et le Sénat disposent en effet d'une autonomie fonctionnelle qui permet au bureau d'approuver les statuts de la société de programme de la Chaîne parlementaire propre à chaque assemblée, de désigner son président-directeur général, et de contrôler les émissions[1705]. En imposant à tous les opérateurs de réseaux câblés ou de bouquets satellitaires de transporter et de mettre gratuitement à la disposition de leurs abonnés la Chaîne Parlementaire, l'article 4 de la loi du 30 décembre 1999, issue d'une initiative commune aux présidents des assemblées, répond ainsi à la volonté des parlementaires d'avoir une diffusion gratuite et la plus large possible[1706]. Néanmoins, ici, la publicité se trouve limitée en pratique par l'intérêt plus ou moins grand que les citoyens accordent aux débats politiques et la faible audience de la Chaîne[1707], revigore la mise en garde de John Stuart MILL selon laquelle « *la publicité n'est pas un obstacle au mal ni un stimulant au bien si le public ne veut pas regarder ce qui se passe* »[1708].

Paragraphe 2. La délibération par la représentation

Il ne fait pas de doute que le modèle démocratique classique accorde toute sa place à l'idée de délibération. Ainsi, malgré les dénégations de ROUSSEAU[1709], Maximilien ROBESPIERRE défend lors de son discours du 10 mai 1793 à la Convention nationale l'idéal d'une Nation qui aurait « *le droit de connaître la conduite de ses mandataires. Il faudrait s'il était possible, que l'assemblée des délégués du*

[1704] Rapport Valade sur la proposition de loi portant création de la Chaîne parlementaire – Documents Sénat, session ordinaire 1999-2000, n°147, 20 décembre 1999, en ligne http://senat.fr/rap/l99-147/l99-1470.html

[1705] Sur cette spécificité, cf. Jean GICQUEL, *Sur l'autonomie du droit parlementaire. Aspects récents*, Mélanges Lavroff, op. cit., pp. 189-202.

[1706] Il convient de préciser que ladite chaîne est soustraite au contrôle du CSA et de la Cour des comptes (articles 45-1 et 45-2 de la loi du 30 septembre 1986).

[1707] Á l'exception des retransmissions des débats de la Commission d'enquête relative à l'affaire d'Outreau qui peut être en partie expliquée par la diffusion de LCP sur la télévision hertzienne numérique terrestre depuis le 31 mars 2005.

[1708] *Le gouvernement représentatif*, op.cit, p. 44. Néanmoins l'auteur ajoute immédiatement après : « *mais sans publicité comment pourrait-il empêcher ou encourager ce qu'on ne lui permettrait pas de voir ?* ».

[1709] « *Si quand le peuple suffisamment informé délibère, les citoyens n'avaient aucune communication entre eux, du grand nombre de petites différences résulterait toujours la volonté générale* », *Du Contrat social*, Livre II, Chap. III. Comme le souligne Guillaume BACOT, « *pour Rousseau, la délibération n'est pas un acte collectif de confrontation d'idées mais, comme le vote, un acte individuel par lequel chaque citoyen se prononce après avoir entendu les divers arguments, selon le jugement de sa conscience* […] », *Jean-Jacques Rousseau et la procédure législative*, op. cit., p. 47.

peuple délibérât en présence du peuple entier. Un édifice vaste et majestueux, ouvert à douze mille spectateurs, devrait être le lieu des séances du Corps législatif. Sous les yeux d'un si grand nombre de témoins, ni la corruption, ni l'intrigue, ni la perfidie n'oseraient se montrer ; la volonté générale serait seule consultée, la voix de la raison et l'intérêt public serait seule entendue »[1710]. Délibération, publicité et représentation sont donc indissociables puisque l'opinion publique ne se forme qu'au terme d'un processus discursif d'échanges d'arguments au sein de l'enceinte parlementaire[1711] (**Sous-Paragraphe 1**). Sans revenir sur le modèle délibératif, dont nous avons vu qu'il entendait contester le monopole conféré au Parlement dans la formation de l'opinion publique[1712], il conviendra alors de souligner que ce modèle originel a subi néanmoins un certain nombre d'inflexions qui interroge quant au rôle du Parlement dans le processus de formation de l'opinion publique (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. De la délibération au sein de l'espace parlementaire

En adoptant le principe de la souveraineté nationale, les révolutionnaires ont rappelé que les représentants ne sont pas liés par un quelconque mandat impératif : il leur est donc possible d'universaliser leurs points de vue particuliers en vue de parvenir à un accord collectif. S'opère alors une transmutation qui fait passer la loi d'un compromis entre des intérêts particuliers au discours imputé à un être collectif et abstrait : le Législateur. Cela ne veut pas dire pour autant que les avis particuliers disparaissent. Siéyès avait ainsi par exemple insisté sur le fait que ceux-ci « *sont les matériaux de la délibération, les éléments dont elle se compose, les préliminaires du jugement ; ils offrent les motifs qui concourent à déterminer cette dernière combinaison de l'esprit et de la volonté qui constitue ce qu'on appelle un parti pris. Une assemblée ne formerait jamais un vœu commun sans les opinions particulières qui le préparent, et dont il se forme* »[1713]. En d'autres termes, la délibération parlementaire dissout les particularités en les faisant passer de la sphère privée à la sphère publique. Pierre Brunet souligne alors avec justesse que « *les volontés individuelles sont des*

[1710] *Rapports et discours à la Convention*, cité par Sophie Wahnich, *Fragments d'institutions parlementaires*, op. cit., p. 119.

[1711] Cf. Éric Landowski, *Le débat parlementaire et l'écriture de la loi*, rfsp, n°3-1977, pp. 428-441.

[1712] Ainsi Jürgen Habermas précise-t-il que « *l'espace public* [n'est pas] *le vestibule du Parlement,* [mais davantage] *une périphérie qui donne des impulsions et qui enserre le centre politique* », *Droit et démocratie*, op. cit., p. 467.

[1713] *Vues sur les moyens d'exécution dont les Représentants pourront disposer en 1789*, 1789, p. 98, en ligne http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41688x ; Cf. Stéphane Rials, *Siéyès ou la délibération sans la prudence. Éléments pour une interprétation de la philosophie de la Révolution et de l'esprit du légicentrisme*, in Rials Stéphane et Raynaud Philippe (Dir.), *Une prudence moderne ?*, Paris, puf, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1992, pp. 45-73.

composantes de cette volonté générale, mais elles ne contiennent pas par elles-mêmes cette volonté générale, laquelle n'est qu'un résultat auquel on parvient après un certain effort »[1714]. Alors que l'opinion privée n'est que « *la lumière faible et imparfaite qui ne découvre les choses que par conjecture et les laisse toujours dans l'incertitude et le doute* »[1715], le Parlement, par la délibération de ses membres, la publicise, la rend « opinion publique ». Pour le dire autrement, l'opinion publique n'est pas antécédente à la délibération parlementaire puisque c'est par elle qu'elle se forme : « *les membres de l'assemblée délibérante sont entre eux ce que sont sur la place publique les citoyens d'une petite peuplade ; ils ne se réunissent pas seulement pour connaître l'opinion que chacun pouvait avoir la veille, et se retirer ensuite ; ils s'assemblent pour balancer leurs opinions, pour les modifier, les épurer les unes par les autres et pour tirer enfin des lumières de tous, un avis à la pluralité ; c'est-à-dire la volonté commune qui fait la loi. Le mélange des volontés individuelles, l'espèce de fermentation qu'elles éprouvent dans cette opération, sont nécessaire pour composer le résultat qu'on en attend* »[1716]. Dès lors, combinée avec la conception libérale de la publicité, le Parlement apparaît bien, selon la formule de Carl SCHMITT, comme « *le lieu où l'on délibère, c'est-à-dire où l'on accède à la vérité relative par un processus discursif, en débattant avec des arguments et des contrearguments* »[1717].

L'importance de la dimension délibérative dans l'institution parlementaire est unanimement partagée par la doctrine constitutionnaliste. Ainsi, si tous les auteurs s'accordent à qualifier le gouvernement d'opinion comme « government by discussion »[1718], Maurice HAURIOU va toutefois plus loin en proposant une nouvelle typologie des pouvoirs qui s'appuie sur l'idée de délibération. Le Doyen de Toulouse souhaite en effet présenter les organes politiques par « *leur mode d'opération de la volonté* », c'est-à-dire par la procédure par laquelle ils agissent. Il s'agit alors de rompre avec les classifications des pouvoirs articulées autour de leurs fonctions. Ainsi, définir le Parlement comme un pouvoir législatif omet selon lui une fonction « *qui est plus importante encore* », à savoir la fonction de contrôle. Il convient donc de s'intéresser non pas à ce

---

[1714] *Vouloir pour la Nation (…)*, op. cit., p. 100.

[1715] Article *Opinion*, IN *Encyclopédie*, cité par Keith Michael BAKER, *Au tribunal de l'opinion (…)*, op. cit., p. 219.

[1716] Emmanuel SIÉYÈS, *Délibérations à prendre dans les Assemblées de baillage*, 1789, cité par Pierre BRUNET, *Vouloir pour la Nation (…)*, op. cit., p. 100.

[1717] Carl SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, op. cit., p. 59.

[1718] ESMEIN considère par exemple que « *le régime représentatif est essentiellement un régime de débat et de libre discussion* », *Éléments de droit constitutionnel (…)*, op. cit., p. 274, tandis que Woodrow WILSON explique que « *le gouvernement par la discussion est le seul genre de gouvernement acceptable pour un peuple qui essaie de se gouverner lui-même* », *Le gouvernement congressionnel. Étude sur la politique américaine*, Paris, Giard et Brière, 1890, p. 323.

que font les institutions politiques, mais à la manière dont elles le font. Dès lors HAURIOU distingue-t-il entre « le pouvoir de suffrage », le « pouvoir exécutif » qu'il considère comme le pouvoir qui a « *la vertu de transformer un projet de résolution quelconque en une décision susceptible de passer immédiatement à l'exécution* »[1719] et le « pouvoir délibérant » qui appartient au Parlement : comme il le précise, « *le Parlement n'a pas pour unique mission de faire des lois, il est aussi chargé de contrôler le pouvoir exécutif, et le mécanisme du régime parlementaire prouve que sa fonction de contrôle est plus importante encore, si possible, que sa fonction législative ; il a encore des fonctions constitutionnelles sous forme d'Assemblée nationale et des fonctions juridictionnelles sous forme de Haute Cour de Justice. Ce qui fait l'unité de ce pouvoir, ce n'est donc point telle ou telle de ses fonctions, c'est que, dans l'accomplissement de ces fonctions variées, il procède toujours par la même opération de volonté, qui est la délibération* »[1720]. La théorie du pouvoir délibérant du Doyen HAURIOU est donc profondément novatrice. Si elle a également pour objet de proposer une théorie temporelle du droit constitutionnel[1721], elle se veut surtout une tentative de définir le Parlement par la notion de délibération, notion qui s'avère le support commun d'une définition de l'opinion publique présentée comme « *un océan de discussion où se croisent et s'entrecroisent les courants les plus divers,* […] *un lieu, un milieu où se déroule sous les yeux du pays attentif la lutte des idées politiques* »[1722]. Sur un plan méthodologique, cette approche pose toutefois problème en ce qu'elle privilégie une approche politique du droit constitutionnel[1723]. Il n'est pas dans notre propos de revenir ici sur les critiques positivistes qui peuvent être adressées à Maurice HAURIOU, mais tout au plus peut-on constater que les théories constitutionnelles de l'opinion publique s'inscrivent bien pour partie hors du champ méthodologique défini par le positivisme juridique.

Le contentieux constitutionnel reprend également, au même titre que la doctrine, le caractère central de la délibération parlementaire. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il consacré récemment une nouvelle exigence constitutionnelle de clarté et de sincérité du débat

---

[1719] *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 376.

[1720] Ibid., p. 469.

[1721] « *La combinaison des deux espèces de décisions s'établit de la manière suivante : les décisions exécutives sont faites pour les résolutions urgentes et provisoires, ou bien pour l'exécution des règles posées par le pouvoir délibérant ; quant aux décisions délibérées, elles sont faites pour les résolutions définitives et les règles statutaires* », ibid., p. 472. Ces propos sont à relier avec la définition que donne HAURIOU de l'État, qualifié d'« *ordre juridique non seulement dans l'espace mais aussi dans le temps* », p. 76.

[1722] Ibid., p. 160.

[1723] « *Lorsqu'on agite la question de savoir si le pouvoir dominant doit être le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif, si le Parlement doit se borner à contrôler le gouvernement ou s'il doit s'immiscer dans l'action gouvernementale et y prendre des initiatives, c'est une question politique que l'on pose* », ibid., p. 383.

parlementaire dont les fondements textuels sont les articles 3 alinéa 1er de la Constitution de 1958 et l'article 6 de la DDHC [1724]. Quoique la doctrine considère majoritairement qu'il s'agit là d'une nouvelle application du principe de sécurité juridique[1725], il nous semble que cette création jurisprudentielle s'inspire également des principes mêmes du régime parlementaire. Si l'on rapproche la sincérité parlementaire de la sincérité du scrutin, dont nous avons vu la nécessité pour la formation d'une opinion publique libre et éclairée, alors force est de constater qu'elles reposent toutes deux sur la nécessité que « *le résultat du vote soit l'exact reflet de la volonté exprimée par la majorité de l'assemblée concernée* »[1726]. Autrement dit, il convient d'éviter toute manœuvre au cours du débat qui conduirait à vicier l'expression de la volonté des parlementaires, et ce dans le but de permettre à l'institution parlementaire d'assurer son rôle dans la formation de l'opinion publique. En définitive, ainsi que le rappelle la Cour suprême canadienne, « *la démocratie parlementaire s'accompagne de toutes ses répercussions sociales, y compris l'implication que ces institutions fonctionnent sous le feu de l'opinion publique et de la libre discussion,* [en ce qu'elles] *tirent leur efficacité de la libre discussion des affaires, des critiques, réponses et contre-critiques, des attaques contre la politique et l'administration et des défenses et contre-attaques, de l'analyse et de l'examen le plus libre et le plus complet de chaque point de vue énoncé sur les projets politiques* »[1727].

Sous-Paragraphe 2 : La contestation de la délibération parlementaire

---

[1724] Décision n°2005-526 DC du 13 octobre 2005, RÉSOLUTION MODIFIANT LE RÈGLEMENT DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE. Le Conseil constitutionnel ne s'appuie néanmoins pas systématiquement sur l'article 3 alinéa 1er de la Constitution. Cf. en ce sens décision n°2006-534 DC du 16 mars 2006, LOI POUR LE RETOUR À L'EMPLOI ET SUR LES DROITS ET LES DEVOIRS DES BÉNÉFICIAIRES DE MINIMA SOCIAUX et décision n°2006-535 DC du 30 mars 2006, LOI POUR L'ÉGALITÉ DES CHANCES, Cons. 5.

[1725] Notamment en ce que le Conseil relie cette exigence à l'encadrement très strict de la procédure d'amendement qu'il organise. En effet, le droit d'amendement « *doit pouvoir s'exercer pleinement au cours de la première lecture des projets et des propositions de loi pour chacune des deux assemblées ; qu'il ne saurait être limité, à ce stade de la procédure et dans le respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire, que par les règles de recevabilité ainsi que par la nécessité pour un amendement, quelle qu'en soit la portée, de ne pas être dépourvu de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie* », décision n°2006-535 DC du 30 mars 2006, LOI POUR L'ÉGALITÉ DES CHANCES, Cons. 6.

[1726] Élise BESSON, *Un pas de plus sur la voie de la sécurité juridique : la reconnaissance de l'exigence constitutionnelle de clarté et de sincérité du débat parlementaire*, RFDC, n°66, 2006, p. 344.

[1727] Opinion du juge en chef DUFF, REFERENCE RE ALBERTA STATUTES, [1938] R.C.S. 100, p. 133. Cette opinion sera reprise par la Cour suprême canadienne dans une décision Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E., [1997] 3 R.C.S. 3.

La thèse du déclin du Parlement s'appuie tout particulièrement sur une critique de la procédure délibérative parlementaire. S'il s'agit là d'un des *topoï* usuels de la doctrine constitutionnaliste[1728], deux types d'arguments doivent toutefois être distingués.

D'une part, la doctrine constitutionnaliste, et plus particulièrement sous la IIIème République, va se montrer particulièrement sévère avec une procédure parlementaire qui ralentit, selon elle, de manière abusive la direction du pouvoir. Là où la prudence et l'échange d'arguments pouvaient s'interpréter comme la volonté d'aboutir à une norme rationnelle, ils deviennent tout au contraire synonymes de lenteur. Ainsi Joseph-Barthélémy considérait-il par exemple que « *le régime de libre discussion est lent, il est lourd. Tant que ces caractéristiques ne dépassent pas un certain degré, il faut savoir les accepter. Qui aime la liberté doit savoir en supporter les désavantages. Le péril, grave, apparaît avec l'exagération. Il ne faut pas que la réflexion nuise à la décision, que la discussion retarde indéfiniment le vote, que la délibération paralyse l'action* […] »[1729]. De même Carré de Malberg fustige-t-il une « *procédure législative* [qui], *avec ses longueurs, ne se prête guère à l'adoption de mesures qui demandent à être prises rapidement, afin de faire face immédiatement aux circonstances passagères* »[1730]. Si la Vème République a tenté de répondre à un certain nombre de ces critiques en rationalisant la procédure de délibération parlementaire - par exemple au moyen de l'article 49-3 -, il n'en demeure pas moins que ces arguments mettent en exergue le caractère central de la temporalité politique dans une démocratie d'opinion. Selon que l'on insiste sur la nature critique de l'opinion publique, pensée comme un Tribunal de la Raison, ou que l'on défende une conception plus éphémère de l'opinion publique, on mettra en avant la procédure d'échanges et d'arguments et le pluralisme comme une condition essentielle de la démocratie, là où certains ne parviennent à penser la politique et le droit que sous le prisme de la vitesse et de la décision.

D'autre part, la profonde transformation du processus démocratique oblige à relativiser la part de la délibération parlementaire dans la formation de l'opinion publique. Ainsi, il est certain que les séances plénières de l'Assemblée, en ce qu'elles se contentent bien souvent d'enregistrer des décisions préparées en amont, ne sont plus le lieu de la discussion délibérative. Ainsi que le souligne Jean Gicquel, « *à n'en pas douter, le temps n'est plus où le doyen Maurice Hauriou pouvait écrire que « la délibération repose sur le postulat qu'elle peut servir à éclairer les votants et les faire*

[1728] Cf. La thèse de Marie-Joëlle Redor, *De l'État légal à l'État de droit - L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica-puam, 1992.

[1729] *La crise de la démocratie représentative*, op. cit., p. 643.

[1730] *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit. p. 467.

changer d'avis avant le vote » »[1731]. Il est vrai que la stricte discipline de vote amène à penser que les députés ne votent pas la loi en fonction des arguments échangés au cours de la discussion parlementaire mais en fonction d'une décision prise à l'extérieur du Parlement, le plus souvent à l'intérieur même des partis. Cela ne signifie pas nécessairement que le gouvernement par la discussion a disparu ; simplement, le lieu de la délibération s'est déplacé vers les commissions parlementaires où l'opposition joue un rôle non négligeable[1732], mais également vers la société civile. Jacques CHEVALLIER insiste d'ailleurs sur ce point en affirmant que « *le confinement des processus délibératifs dans l'enceinte des assemblées a toujours comporté une large part d'illusion : l'autonomie du champ politique est relative et les représentants élus ne travaillent pas en vase clos.* […] *Sous couvert de la dogmatique représentative, l'élaboration des choix collectifs est toujours passée par des discussions et des échanges avec des acteurs sociaux* »[1733]. On sait que la novation de la délibération en une négociation associant les groupes d'intérêt, les associations ou les divers mouvements sociaux fut particulièrement combattue par une majorité de la doctrine publiciste française qui se réclame de ROUSSEAU et de SIÉYÈS[1734], mais également par ceux qui, comme Hans KELSEN, y voient un obstacle à la réalisation d'une démocratie de compromis vers laquelle doit tendre tout régime parlementaire[1735]. Chez ces auteurs, l'opinion publique s'oppose à l'opinion des groupes

---

[1731] *Essai sur la pratique de la Vème République. Bilan d'un septennat*, Paris, LGDJ, 1977, p. 313.

[1732] Ainsi que l'a mis en évidence Armel LE DIVELLEC dans sa thèse de doctorat, « *la délibération publique au Parlement garde un intérêt aujourd'hui, à condition de ne pas lui fixer des objectifs démesurés calqués sur le schéma d'une autre époque : c'est précisément à l'opposition de faire vivre la fonction dynamique-publique ; si l'on arrive à faire jouer à la majorité un rôle d'animation de la séance, ceci est suspect car peut signifier que le gouvernement ne remplit pas son rôle de direction ou que les dissentiments internes à la majorité sont tels que l'on en vienne à aller jusqu'au bout des procédures officielles* », *Le parlementarisme allemand*, Thèse, dactyl., Paris II, 1999, p. 522, cité par Murielle MAUGUIN-HELGESON, *L'élaboration parlementaire de la loi (…)*, op. cit., p. 215.

[1733] *La démocratie délibérative : mythe et réalité*, Mélanges Sfez, *Politique, communication et technologie*, Paris, PUF, 2006, p. 78.

[1734] L'Abbé SIÉYÈS s'oppose en effet avec force aux corps intermédiaires qui doivent selon lui être éradiqués : ainsi, « *qu'on ne soit donc pas étonné si l'ordre social exige avec tant de rigueur de ne point laisser les simples citoyens se disposer en corporations* », *Qu'est-ce que le Tiers-État*, op. cit., p. 170. Et l'Abbé de préciser plus loin que « *les intérêts par lesquels les citoyens se ressemblent sont donc les seuls qu'ils puissent traiter en commun, les seuls par lesquels et au nom desquels ils puissent réclamer des droits politiques, c'est-à-dire une part active à la formation de la Loi sociale, les seuls par conséquent qui impriment au citoyen la qualité présentable* », ibid., p. 175.

[1735] « *La revendication récemment formulée à nouveau d'introduire une organisation corporative ne manifeste pas tant le besoin d'une participation organique – c'est-à-dire équitable – de tous les groupes professionnels à la formation de la volonté étatique que bien plutôt la volonté de puissance de certains cercles d'intéressés auxquels la Constitution démocratique ne paraît plus offrir de chance de succès politique* », *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 56. Cette position était déjà, paradoxalement, celle de MILL qui considérait que « *le système représentatif* […] *ne devrait pas permettre à aucun des divers intérêts de classes d'être assez puissant pour*

comme le général au particulier. Les groupes défendent des intérêts spécifiques reliés à leur situation de leurs membres là où l'opinion publique doit être comprise l'expression détachée de l'intérêt général[1736].

Néanmoins, politiquement, il est également certain que « *la vie du parlementaire est ici profondément marquée par le développement des groupes d'intérêt et par leur tendance à devenir des groupes de pression* »[1737]. Á la suite de Herbert BLUMER[1738], George VEDEL insiste pour sa part sur le fait que « *les groupes de pression remplissent l'irremplaçable fonction qui est celle-là même de la plainte ou du sourire dans les relations humaines, d'avertir et de guider.* […] *ils sont l'un des canaux par lesquels l'opinion informe les gouvernants* »[1739]. Selon ces auteurs, les groupes d'intérêt jouent un rôle actif dans la formation de l'opinion publique en ce qu'ils cristallisent un certain nombre de rapports de force, conception que l'on ne retrouve pas dans l'approche uniquement statistique de l'opinion. En outre, ils véhiculent une idéologie démocratique puisque « *l'action des groupes de pression, voire le contact individuel, sont des réalités qui, quelques impurs qu'en puissent être les mobiles,*

---

l'emporter sur la vérité et la justice unies aux autres intérêts de classe », *Le gouvernement représentatif*, op. cit., p. 169.

[1736] Ainsi, selon Georges BURDEAU, « *assurément on parle de l'opinion des milieux boursiers, des milieux sportifs ou des milieux agricoles ; mais précisément la référence à un milieu particulier interdit d'y voir l'opinion publique. Si l'on veut conserver à celle-ci sa spécificité, il convient de mettre en relief sa généralité et, pour tout dire, sa vocation à être dominante. Dans un pays donné, à un moment donné, il peut y avoir une pluralité d'opinions, il n'y a qu'une opinion publique. C'est là ce que l'on pourrait appeler son caractère majoritaire qui tient, non à ce qu'elle réunit nécessairement la moitié plus un des individus, mais au fait qu'en face d'elle il n'existe que des opinions sectorielles tributaires d'un milieu déterminé alors qu'elle rassemble les jugements portés par les individus en tant que membre de la société globale* », *Opinion publique*, Encyclopédie Universalis, op. cit., p. 950.

[1737] Léo HAMON, *Les parlementaires en France*, RISS, Vol. 13, n°4-1961, p. 621, cité par Jean-Marie PONTIER, *Le rôle des intergroupes au Parlement français*, RFSP, Vol. 32, n°4/5-1982, p. 828.

[1738] « *Le public est habituellement composé de groupes d'intérêt et d'un corps de spectateurs plus détaché et plus désintéressé. Le problème qui constitue le public est d'ordinaire posé par ces groupes d'intérêt en conflit. Ces groupes d'intérêt sont directement concernés par la manière dont le problème sera réglé et, dès lors, ils s'efforcent de gagner le support et la fidélité des groupes extérieurs désintéressés* », Herbert BLUMER, *The Mass, the Public and Public Opinion*, IN BERELSON Bernard and JANOWITZ Morris (Dir.), *Reader in Public opinion and Communication,* Free Press of Glencoe, 1953, p. 48.

[1739] *Le rôle de l'opinion en démocratie*, op. cit., p. 322. Marcel BRIDEL considérait dans le même sens que « *la démocratie moderne a bisé ses cadres rigides. En donnant le droit de vote à chaque citoyen pris individuellement, elle a permis à ceux qui ont des intérêts communs d'unir leurs suffrages pour désigner un représentant commun. De cette façon,* […] *elle permettrait le renouvellement continuel des groupements d'intérêts qui allaient se former, se transformer, croître, décroître et disparaître au rythme de l'évolution interne de la société* », *Essai théorique sur le régime représentatif dans les démocraties modernes*, op. cit., p. 26. Pour une analyse qui emprunte à la sociologie du droit, cf. également Rémi LENOIR, *Groupes de pression et groupes consensuels : contribution à une analyse de la formation du droit*, ARSS, n°64, 1986, pp. 30-39.

traduisent, en définitive, la volonté de ne pas subir une règle sans avoir été entendu »[1740]. Si un certain nombre d'études politistes ont depuis mis en évidence le rôle joué par les groupes d'intérêt dans le gouvernement représentatif et dans le processus de formation de l'opinion publique en général[1741], et sous la Vème République en particulier[1742], il n'en demeure pas moins que tant la majorité de la doctrine constitutionnelle[1743] que le droit positif interne les prohibe[1744]. Est-ce à dire que le droit constitutionnel ne peut pas parvenir à assurer une représentation « fonctionnelle » de l'opinion publique ? Rien n'est moins sûr. Ainsi convient-il de préciser par exemple que le droit constitutionnel américain repose sur une souveraineté, pensée comme populaire, et qui suppose une juste représentation des intérêts. Les fédéralistes américains défendent en effet l'idée selon laquelle « *les intérêts privés de chaque individu sont une sentinelle pour les droits publics* »[1745]. En promouvant le bien de la communauté, le citoyen défend alors ses intérêts propres selon le concept tocquevillien « *d'intérêt bien compris* »[1746]. La démocratie n'existe, en

---

[1740] Jean RIVERO, *Á propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui (…)*, op. cit., p. 823.

[1741] Cf. l'étude classique de David TRUMAN, *The Governmental process. Political interests and public opinion*, New York, Alfred A. Knopf, 1951. L'auteur définit ainsi le groupe d'intérêt comme « *un ensemble d'individus qui, sur l'impulsion d'un intérêt commun, expriment des revendications, émettent des prétentions ou prennent des positions affectant de manière directe ou indirecte d'autres acteurs de la vie sociale* », p. 12. Cf. également Jack HAYWARD, *Groupes d'intérêt, pluralisme et démocratie*, POUVOIRS, n°79, 1996, pp. 5-19 ; Philippe BRAUD, *Sociologie politique*, Paris, LGDJ, 7ème Éd., 2004, pp. 219-234.

[1742] Cf. Franck L. WILSON, *Les groupes d'intérêt sous la cinquième République. Test de trois modèles théoriques de l'interaction entre groupes et gouvernement*, RFSP, Vol. 33, n°2-1983, pp. 220-254. Le Conseil d'État a d'ailleurs consacré leur importance en leur consacrant un paragraphe intitulé « *La pression des milieux professionnels et de l'opinion* » dans son rapport annuel *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 256-259.

[1743] Ainsi, immédiatement après avoir rappelé que le régime représentatif consistait en un délicat équilibre entre le Parlement et l'opinion publique, Joseph BARTHÉLÉMY et Paul DUEZ fustigent-ils « *l'assaut mené contre l'intérêt général par les intérêts particuliers organisés. Au moment des élections, les candidats sont submergés par d'innombrables groupements qui les mettent en demeure de prendre l'engagement de les soutenir à la Chambre, s'ils sont envoyés, des cahiers de revendication*. […] *Rares sont les candidats qui osent dire non* », *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 107.

[1744] Ainsi l'article 23 du Règlement de l'Assemblée nationale, introduit par la résolution nº 151 du 26 janvier 1994, énonce que : « 1/ Est interdite la constitution, au sein de l'Assemblée nationale, dans les formes prévues à l'article 19 ou sous quelque autre forme ou dénomination que ce soit, de groupes de défense d'intérêts particuliers, locaux ou professionnels et entraînant pour leurs membres l'acceptation d'un mandat impératif ; 2/ Est également interdite la réunion dans l'enceinte du Palais de groupements permanents, quelle que soit leur dénomination, tendant à la défense des mêmes intérêts ».

[1745] HAMILTON, *Le fédéraliste*, n°51, Paris, LGDJ, 1957, p. 430.

[1746] « *Il faut s'attendre que l'intérêt individuel deviendra plus que jamais le principal sinon l'unique mobile des actions des hommes ; mais il reste à savoir comment chaque homme entendra son intérêt individuel* », TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, II, 2ème partie, Chap. VIII, cité par Lucien JAUME, *Constitution, intérêts et vertu civique*, IN TROPER Michel et JAUME Lucien (Dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, Bruylant-LGDJ,

conséquence, que dans la mesure où elle n'est pas disponible pour la domination, mais à la seule domination des citoyens pour s'exprimer, dialoguer et décider en toute autonomie : « *l'idée de démocratie n'étant pas construite* [aux États-Unis] *autour de la notion d'intérêt général unitaire, mais au contraire d'une représentation aussi complète que possible d'intérêts particuliers adverses, le lobbying concourt à l'exercice de la démocratie américaine* »[1747]. Ainsi, conformément à l'approche libérale et utilitariste qui domine la conception juridique de l'État aux États-Unis, le bien public n'apparaît que comme la maximisation de la satisfaction des intérêts individuels. Dès lors, comme le souligne Élisabeth ZOLLER, « *tout le processus de formation de la loi est organisé pour parvenir à cette fin. La représentation populaire débouche sur un système politique qui valorise l'approche pluraliste et interactive de l'action collective* »[1748]. En d'autres termes, en s'appuyant sur les techniques d'expression de l'opinion publique protégées par la Constitution américaine[1749], les groupes de pression ont connu un développement exponentiel, à tel point qu'une partie de la doctrine a pu affirmer que « *les groupes d'intérêts et de pression forment, derrière les partis, le vrai « public* » »[1750]. Néanmoins, soucieux de préserver un équilibre entre l'exercice des droits individuels et l'existence d'un intérêt public, le Législateur américain adopta dès 1946 la Loi La Follette-Monroney, qui encadre l'activité des groupes de pression tout en traduisant ainsi l'intégration des groupes d'intérêt dans le processus législatif[1751], la Cour suprême américaine n'hésitant pas à

Coll. La pensée juridique moderne, 1994, p. 174.

[1747] Laurent COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, 1987, p. 144. Et l'auteur d'ajouter : « *au sein du modèle américain, le lobbying exprime le dynamisme de la société civile et sa capacité d'initiative par rapport à l'action gouvernementale* ».

[1748] *Introduction au droit public*, op. cit., p. 145.

[1749] « *La légitimité et la légalité des lobbies américains s'inspirent directement de l'article premier de leur Constitution. Dès lors, la porte s'est ouverte à une espèce d'anarchie quant aux deux droits fondamentaux de pétition et de réunion, visant à adresser des demandes au gouvernement* », Dominique BOIVIN, *Le lobbying ou le pouvoir des groupes de pression*, Montréal, Éd. du Méridien, 1987, p. 159. Cf. également Cass SUNSTEIN, *Interests Groups in American Law*, Stanford Law Review, Vol. 38, n°1-1985, pp. 29-87.

[1750] Carl FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, *Chap. XX, Les groupes d'intérêt et leur représentation*, op. cit., p. 467.

[1751] Pour une analyse de cette loi que l'on appelle également le *Federal regulation of Lobbying Act*, cf. l'étude classique d'André MATHIOT, *Les « pressure groups » aux États-Unis*, RFSP, Vol. 2, n°3-1952, pp. 429-473. Le texte de 1946 imposait aux groupes de pression l'obligation de divulguer leurs activités, de manière que le public sache quels étaient les particuliers et les organisations qui s'efforçaient d'influencer ses représentants parlementaires. En vertu de cette loi, les « lobbyistes » étaient tenus de s'inscrire et de fournir des déclarations trimestrielles sur les montants dépensés dans le cadre de leurs activités. Toutefois, il apparut rapidement que ces mesures étaient d'une efficacité des plus limitées. Deux ans après avoir signé la loi, le président Harry TRUMAN demandait déjà qu'il y soit apporté des modifications majeures. En effet, le principal défaut du texte était qu'il ne s'appliquait ni aux activités de lobby du pouvoir exécutif et des associations civiques, ni aux pressions exercées sur les fonctionnaires du Congrès.

rappeler à cette occasion qu'une « *opinion publique informée est la contrainte la plus efficace contre le mauvais gouvernement* »[1752]. Ainsi, l'exemple des groupes d'intérêt confirme la profonde cohérence de la pensée libérale en la matière : la volonté générale qui résulte de la délibération n'est pas un tout homogène mais au contraire un compromis entre des volontés particulières. Le droit constitutionnel se doit donc, pour la doctrine constitutionnelle américaine, de reconnaître et d'encadrer l'existence de ces groupes d'intérêt là où la conception française défend finalement l'hypothèse d'une opinion publique homogène[1753].

Sous-Section 2. L'opinion publique entre majorité et minorité parlementaire

La démocratie repose sur une abstractisation du social. En effet, le sacre juridique de l'individu au lendemain de la Révolution avait conduit à refuser comme archaïque toute définition substantielle du social. Or, la démocratie d'opinion actualise la tension inhérente au mécanisme représentatif entre la fiction juridique et l'artificialité sociologique[1754]. En d'autres termes, « *le*

En outre, la plupart des lobbyistes échappaient à l'obligation de s'inscrire en raison de diverses carences de la loi. En 1991, la Cour des comptes des États-Unis révéla que près de dix mille des treize mille cinq cents personnes et organisations figurant dans l'« Annuaire des représentants de Washington » n'étaient pas inscrites en tant que lobbyistes. Malgré une certaine opposition initiale, le Congrès adopta en 1995 une nouvelle loi [Lobbying Disclosure Act] élargissant considérablement la définition des particuliers et des organisations tenus de s'inscrire en qualité de lobbyistes : est considéré désormais comme lobbyiste quiconque gagne au moins 5 000 dollars ou dépense au moins 20 000 dollars pour cette activité durant six mois et a établi plus d'un contact. En mars 2005, 21 500 lobbyistes étaient ainsi inscrits à la Chambre des représentants tandis que le Center for Public Integrity estime que 22 000 entreprises ont utilisé les services de 3 500 firmes de lobbying et plus de 27 000 lobbyistes depuis 1988. En 2005, une nouvelle réforme à l'initiative du sénateur républicain John Mac Cain a conduit à interdire les lobbyistes à offrir des cadeaux aux parlementaires, même si les firmes qu'ils représentent peuvent s'en acquitter. Cf. *Élections américaines. Lobbies, argent et pouvoir*, Le Monde, 1er novembre 2006.

[1752] United States v. Harris, 347 US 612, 625 (1954). La formule est tirée de la décision Grosjean v. American Press Co. de 1936 précitée

[1753] Ainsi que l'a résumé Bjarne Melkevik, la conception de la souveraineté issue de la Révolution suppose que « *1/ la loi (et la Constitution) représente et exprime les intérêts généraux. En elle s'expriment, s'accordent et se limitent les intérêts particuliers ; 2/ La loi encadre, enfreint et arbitre les intérêts particuliers. Les intérêts particuliers ne peuvent être légitimes que consignés par une loi ; 3/ Il ne doit pas exister d'intermédiaires entre la loi et les individus. Tout « intermédiaire » n'est qu'une usurpation de la souveraineté de la Nation ou une atteinte à la liberté individuelle* », *Intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires*, in *Considérations juridico-philosophiques*, Montréal, Presses Universitaires de Laval, Coll. Dikè, 2005, p. 123.

[1754] Comme le note Claude Lefort, « *la démocratie inaugure l'expérience d'une société insaisissable, immaîtrisable, dans laquelle le peuple sera dit souverain, certes, mais où il ne cessera de faire question en son identité, où celle-ci demeurera latente* », *L'invention démocratique*, Paris, Fayard, 1985, p. 173.

processus représentatif se trouve ainsi soumis à une double exigence contradictoire : il implique la poursuite d'une œuvre de fiction et il induit en même temps des demandes d'identification sensible »[1755]. Dès lors, la représentation ne se limite pas à une procédure de type mécanique comme pour la passation d'un mandat : elle a plus profondément pour objet de créer et d'instituer un ordre politique. La tentation existe alors pour une partie de la doctrine de voir dans l'opinion publique parlementaire une « réalité » sociologique (**Paragraphe 1**). En outre, il convient d'admettre que la structuration du Parlement autour des groupes politiques représentés à l'Assemblée transforme inévitablement la représentation de l'opinion publique. Si l'on admet que les partis politiques expriment les principaux intérêts sociaux en conflit, « *il n'y a plus d'expression de l'opinion qui ne soit de quelque façon liée au clivage partisan* »[1756]. Il est donc certain que le parti majoritaire à l'Assemblée joue un rôle primordial dans le processus de formation de la loi puisqu'il tend à restreindre le pluralisme nécessaire à l'avènement de l'opinion publique. Or, comme le souligne Bernard Manin, le risque peut disparaître si l'on admet que « *la liberté de l'opinion publique signifie l'existence d'une opposition.* […] *On pourrait dire* […] *qu'à l'écart horizontal entre les représentants et l'opinion publique se substitue l'écart vertical entre le camp majoritaire et l'opposition* »[1757]. Poussée au bout, cette logique tend alors à voir l'opposition parlementaire comme le parangon du pluralisme et de l'expression de l'opinion publique au Parlement. Mais une telle hypothèse serait par trop réductrice en ce qu'elle néglige, à notre sens, que les rapports qui unissent, par le jeu de la délibération, l'opposition et la majorité parlementaire ne se déroulent que sous l'œil attentif du public (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La tentation d'une représentation sociologique de l'opinion publique

Les interrogations de la doctrine constitutionnelle sur le gouvernement représentatif conduisent certains auteurs à brouiller les différents concepts communément admis par la science du droit. Ainsi, Joseph Barthélémy et Paul Duez considèrent par exemple qu'il convient de « *trouver l'agencement le meilleur pour assurer de la manière la plus parfaite la collaboration des représentants et de l'opinion publique* ». Pour ce faire, ils préconisent de trouver « *des recettes d'art constitutionnel qui empêcheront le Parlement de gouverner malgré l'opinion du pays* »[1758], parmi lesquelles le

[1755] Pierre Rosanvallon, *Le peuple introuvable (…)*, op. cit., p. 21.

[1756] Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., p. 275.

[1757] Ibid., p. 276.

[1758] *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 106.

renouvellement assez fréquent des Chambres occupe une place privilégiée[1759] (**Sous-Paragraphe 1**). Néanmoins, la rotation des fonctions continue de s'inscrire dans une version juridique de la représentation puisqu'il s'agit toujours pour le peuple de désigner des députés capables de vouloir pour la Nation. Concurremment s'est toutefois développée une autre conception de la représentation que Maurice DUVERGER a pu qualifier de sociologique. Celle-ci consiste « *à envisager la représentation politique non comme l'enregistrement passif d'une opinion préexistante, mais comme un acte qui crée l'opinion autant qu'il l'enregistre, en lui imposant un cadre qui la déforme autant qu'il la forme* »[1760]. Selon le politiste français, le premier pas vers cette voie a été accompli au début du siècle avec l'apparition de la doctrine de la représentation proportionnelle[1761], doctrine qui continue aujourd'hui de connaître un succès politique et doctrinal en ce qu'elle permettrait de résoudre la crise de la représentation politique[1762] (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Le renouvellement périodique des Chambres

Maurice HAURIOU estimait que « *l'opinion publique est nécessaire au jeu du mécanisme de la représentation, du moment que l'on entend faire produire des effets réels, dans les affaires quotidiennes, au fait que la pensée du gouvernement représente celle du pays. Sans doute, le gouvernement exécutif trouvera des indications dans les élections des assemblées représentatives et ces assemblées elles-mêmes représenteront l'opinion du pays ; mais elles ne la représenteront que très peu de temps, elles vont même devenir des rouages du gouvernement et il peut très vite se produire un désaccord entre elles et le pays* »[1763]. En développant une théorisation temporelle de l'État, le Doyen de Toulouse insiste également sur le caractère éphémère de l'opinion publique et donc sur la possibilité que le

---

[1759] Les deux auteurs mentionnent également la dissolution du Parlement, la nomination par un corps électoral étendu, l'appel au référendum et l'initiative populaire.

[1760] *Esquisse d'une théorie de la représentation politique*, Étude en l'honneur d'Achille Mestre, *L'évolution du droit public*, Paris, Sirey, 1956, p. 211.

[1761] Ainsi que le rappelle Bernard OWEN, « *quatre étapes marquent l'introduction de la représentation proportionnelle : 1/ Approche mathématique de la fin du XVIII*ème *siècle ; 2/ Développement sociopolitique par différents auteurs de la seconde moitié du XIX*ème *siècle ; 3/ Reprise par des acteurs politiques sous forme de proposition de loi ; 4/ Introduction de la proportionnelle dans les lois électorales dont les grandes étapes sont : 1855, Danemark, 1898, Belgique, 1918, généralisation dans nombre de pays européens* », *Aux origines de l'idée proportionnelle*, POUVOIRS, n°32, 1985, p. 16.

[1762] Cf. Alain TOURAINE, *La crise de la représentation politique*, Sociologie et sociétés, Vol. 15, n°1-1993, pp. 131-140. L'idée réapparaît il est vrai à chaque scrutin législatif. Ainsi, dans une tribune récente, Frédéric ROUVILLOIS estime par exemple que « *la fonction tribunicienne que revendique le Parlement serait mieux assurée par une Assemblée élue au scrutin proportionnel, reflétant plus exactement, dans sa composition, la variété de l'opinion publique* », *La proportionnelle, maintenant*, Le Monde, 29 juin 2007.

[1763] Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 160.

Parlement, si l'on admet l'hypothèse qu'il a pour objet de représenter l'opinion publique, ne pourrait accomplir cette mission que pour une courte durée. Si l'on ne peut pas nécessairement influer sur la nature de l'opinion publique, on doit alors encadrer strictement ses effets, potentiellement anti-démocratiques, et la solution préconisée est alors celle du renouvellement des chambres. Cette proposition n'est pas entièrement nouvelle tant elle semble partagée par la pensée libérale. ESMEIN considérait déjà par exemple que « *dans ce système, les élections souvent renouvelées sont le seul contrôle légitime et efficace que le peuple puisse exercer sur ceux auxquels il a, pour un certain temps, remis le pouvoir. Le député qui aurait abusé de l'arbitraire qui lui est laissé pour tromper la confiance de ses électeurs n'oserait se présenter à une élection nouvelle, une fois ses pouvoirs expirés, ou serait sûr de ne pas être réélu* »[1764]. Reste toutefois des dissonances, notamment quant à la portée et à la mise en œuvre du renouvellement. Ainsi que le souligne par exemple Alain LAQUIÈZE, les libéraux français tels que Benjamin CONSTANT semblent attachés au renouvellement intégral puisque celui-ci a pour avantage « *de donner une image plus fidèle de l'opinion publique à un moment donné dans la chambre. Alors qu'avec le renouvellement partiel, l'opinion dominante aux élections sera minoritaire à l'assemblée, composée majoritairement d'élus plus anciens, représentant l'ancienne opinion* »[1765]. Au contraire, le choix effectué par les Pères fondateurs du régime constitutionnel américain, celui du renouvellement partiel tous les deux ans de la totalité de la Chambre des représentants et du tiers du Sénat, « *provoque cet arbitrage à date fixe et maintient sous le contrôle quasi permanent de l'opinion le concert entre les deux pouvoirs* »[1766]. Si le désaccord semble *a priori* porter uniquement sur les modalités de mise en œuvre du renouvellement des assemblées, il interroge en réalité davantage quant à la fonction de l'opinion publique. Là où la

---

[1764] *Éléments de droit constitutionnel (…)*, op. cit., p. 93. Comme le note Alexis MICHEL, pour ESMEIN, la réélection est le seul moyen de s'assurer que « *l'opinion publique a toujours le dernier mot, que l'interprétation par les Représentants a bien été conforme à sa volonté* », *Le gouvernement parlementaire dans la pensée d'Adhémar Esmein*, op. cit., p. 27.

[1765] Alain LAQUIÈZE, *Benjamin Constant et les lectures à l'Athénée royal consacrées à la Constitution anglaise*, Annales Benjamin Constant, n°23-24, 2000, p. 169.

[1766] Georges VEDEL, *Vers le régime présidentiel ?*, op. cit., p. 31. En ce sens, le Doyen VEDEL rappelait qu'il est nécessaire que « *les représentants ne jouissent pas de mandats excessivement longs et, en tous cas, que les assemblées élues demeurent en contact avec l'opinion* ». *L'auteur insistait alors tout particulièrement sur trois pratiques qu'il jugeait déterminantes : la dissolution, les élections locales et les élections partielles. Concernant ces dernières, il estimait que « la succession des élections partielles entre deux élections générales fournit des précieuses indications pour suivre l'orientation de l'opinion.* […] *Si le remplacement des élus qui la* [l'Assemblée] *quittent se fait sans consultation du corps électoral, si l'opinion n'est pas* sondée *à l'occasion d'élections partielles,* […] *il peut se faire que l'assemblée élue perde tout contact avec le corps électoral et devienne une représentation infidèle du pays. La fiction juridique de l'identification de la volonté nationale et de la majorité parlementaire ne résiste pas à la contradiction avec la réalité* », *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 141. Nous soulignons.

conception française appréhende la question sous l'angle de la théorie de la représentation, il nous semble que la doctrine anglo-saxonne[1767], et plus particulièrement américaine, défend pour sa part l'idée d'un contrôle de l'opinion publique sur le pouvoir législatif[1768]. Ainsi, la méfiance des Pères Fondateurs à l'encontre du pouvoir les a conduits à morceler le pouvoir et à « *briser l'atome de la souveraineté*[1769] », redoutant l'hypothèse d'une tyrannie de la majorité que dénoncera par la suite TOCQUEVILLE[1770]. Dès lors, il ne s'agit pas ici d'agir sur la composition des chambres afin de les mettre en adéquation avec le pays réel[1771], mais bien plutôt de permettre à l'opinion publique d'exercer son pouvoir censorial[1772]. En d'autres termes, ainsi que l'a rappelé LOWELL, « *la rotation des fonctions* […] *a pour but, en effet, de donner à chacun une chance égale d'occuper un poste, et d'assurer le contrôle des affaires publiques par l'opinion publique* »[1773].

Sous-Paragraphe 2. L'exaltation de la représentation proportionnelle

Le scrutin proportionnel a pour objet de répartir les sièges proportionnellement au nombre de suffrages obtenus par les candidats – ou par les listes – correspondant aux différentes tendances de l'opinion. La représentation est alors intimement liée à la notion de représentativité, elle-même associée aux notions de justice et de légitimité[1774]. L'objet du scrutin proportionnel est

[1767] Harold LASKI écrit par exemple qu'« *aucun gouvernement n'a, sur une défaite, essayé jusqu'ici de gouverner sans la confiance de l'opinion électorale* », *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, op. cit., p. 45.

[1768] Au sein de la doctrine constitutionnelle française, seul Adhémar ESMEIN considère que « *les élections souvent renouvelées sont le seul contrôle légitime et efficace que le peuple puisse exercer sur ceux auxquels il a, pour un certain temps, remis son pouvoir. Le député qui aurait abusé de l'arbitraire qui lui est laissé pour tromper la confiance de ses électeurs n'oserait se présenter à une élection nouvelle, une fois ses pouvoirs expirés, ou serait sûr de ne pas être réélu* », *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 93.

[1769] Opinion du Juge KENNEDY sous US TERM LIMITS INC. v. THORNTON, 514 US 779, 838, 1995.

[1770] « *Je regarde comme impie et détestable cette maxime qu'en matière de gouvernement la majorité d'un peuple a le droit de tout faire.* […] *Le pouvoir de tout faire, que je refuse à mes semblables, je ne l'accorderai jamais à plusieurs* », *De la démocratie en Amérique*, Livre I, T. II, Chap. VIII, op. cit.

[1771] Selon Élisabeth ZOLLER, le refus de MADISON de voir dans le renouvellement des chambres autre chose qu'une technique de limitation des pouvoirs a souvent été expliqué par le fait « *que, marqué par les pratiques corrompues de la monarchie anglaise qui était passé maître dans l'art de manipuler la composition des assemblées pour y trouver des alliés, il n'a pas cru que la chose fût possible sans recourir aux vestiges féodaux qu'étaient les ordres et les états, les corporations et les guildes, les honneurs et les grandes familles anoblies, institutions vétustes dont il savait qu'elles étaient obsolètes à l'âge républicain. Il semble qu'il y ait plus. Derrière le refus de toucher à la représentation réelle, il y a la conviction qu'agir sur la représentation, c'est toucher à la liberté de conscience, c'est porter atteinte à la liberté de l'individu de se penser dans l'État comme il lui plaît* », *Introduction au droit public*, op. cit., p. 158.

[1772] Cf. infra.

[1773] *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., p. 277.

[1774] Cf. Jacques GODBOUT, *Pas de représentation sans représentativité ?*, Revue du MAUSS, n°26, 2005, pp. 90-104 ; Jean-Marie COTTERET, *Peut-on concilier représentation et représentativité ?*, Mélanges Sfez, op. cit., pp. 41-

donc de minimiser les conséquences d'un pluralisme jugé par ailleurs nécessaire : Emile GIRAUD, par exemple, considère que « *la nécessité pour l'électeur de choisir entre diverses politiques dont aucune ne répond complètement à ses aspirations, n'est pas une hypothèse exceptionnelle. Un système de représentation proportionnelle permettant aux nuances de l'opinion nettement caractérisées d'obtenir leur représentation au Parlement atténuerait beaucoup cet inconvénient* »[1775]. Toutefois, sur le plan du droit positif, le caractère supposé plus juste du scrutin proportionnel n'emporte pas de conséquences normatives. Ainsi, après avoir rappelé que le scrutin proportionnel était le mode de scrutin le plus appliqué en Europe[1776], la Cour de Strasbourg souligne en effet que « *les systèmes électoraux cherchent à répondre à des objectifs parfois peu compatibles entre eux : d'un côté refléter de manière approximativement fidèle les opinions du peuple, de l'autre canaliser les courants de pensée pour favoriser la formation d'une volonté politique d'une cohérence et d'une clarté suffisantes* ». Partant du postulat qu'« *aucun système ne saurait éviter le phénomène des « voix perdues »* », le juge européen laisse ainsi une large marge d'appréciation à l'État « *quant à la détermination du mode de scrutin au travers duquel la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif est assurée : représentation proportionnelle, scrutin majoritaire ou autre. Á cet égard, l'article 3 se borne à prescrire des élections « libres » se déroulant « à des intervalles raisonnables », « au scrutin secret » et « dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple ». Sous cette réserve, il n'engendre aucune « obligation d'introduire un système déterminé » tel que la proportionnelle ou le vote majoritaire à un ou à deux tours* »[1777]. Néanmoins, la représentation proportionnelle continue d'exercer, tant dans la classe politique qu'au sein de la doctrine publiciste et politiste, un certain attrait qu'il convient de resituer dans une perspective historique et conceptuelle.

La mise en place au début du siècle d'une représentation proportionnelle s'appuie naturellement sur la volonté de redonner chair à la représentation ; il s'agissait de faire en sorte que « *l'unité des volontés figurée par la représentation pût être l'objet d'une identification réelle, et non pas seulement conventionnelle, de la part des représentés.* [Il convenait donc] *de trouver un moyen de faire en sorte que cette communauté de volonté ressortît d'une représentation qui fût une image fidèle du social, une*

43.

[1775] *La crise de la démocratie (…)*, op. cit., p. 74.

[1776] A titre d'exemples, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, l'Irlande, le Luxembourg, Malte, la Moldavie, la Norvège, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, la Suède, la Bulgarie et la Turquie ont opté pour la représentation proportionnelle ou l'une de ses variantes. Il existe également des systèmes mixtes qui proposent différentes combinaisons entre les deux modes de scrutin (par exemple en Italie, en Lituanie, en Russie, en Ukraine et en Allemagne).

[1777] CEDH, 30 janvier 2007, Yumak et Sadak c. Turquie, § 62-63.

traduction de sa réalité empirique »[1778]. Les partisans de la représentation proportionnelle désiraient ainsi faire du Parlement « *un miroir de la Nation* »[1779], une sorte de photographie d'une réalité latente qui n'adviendrait que grâce à ce mode de scrutin : comme le souligne Léon MIRMAN lors de la présentation le 18 décembre 1899 de son projet de loi pour l'adoption du scrutin proportionnel à l'élection des conseils municipaux, « *ne pouvant diriger personnellement et directement ses affaires, la nation cherche à faire de soi-même une réduction exacte, à se photographier en un groupe restreint de citoyens : c'est l'Assemblée. Pour que celle-ci pèse, examine, délibère comme le ferait la nation elle-même si elle opérait sans intermédiaire, il est indispensable qu'elle en soit l'image réduite mais sincère* […]. *Alors, mais alors seulement, on pourra dire que c'est la nation qui délibère et qui vit dans l'Assemblée, et que le système représentatif est une réalité* »[1780]. En d'autres termes, la reproduction de la diversité des opinons par le scrutin proportionnel s'avère la base de la délibération du Parlement.

La contradiction avec le régime représentatif semble *a priori* évidente. Adhémar ESMEIN, qui est sans doute le constitutionnaliste du début du siècle le plus farouchement opposé au scrutin proportionnel, n'hésite ainsi pas à rappeler que dans un gouvernement représentatif, « *le corps législatif n'a point pour mission légale d'apporter les cahiers des électeurs et d'être leur porte-parole.* […] *En fait, la représentation des minorités introduite dans le gouvernement représentatif* [grâce au scrutin proportionnel] *serait un affaiblissement inutile et un trouble certain dans l'action des assemblées* […]. *Elle rendrait presque impossible la formation des majorités compactes au sein des assemblées, déjà si difficile même en Angleterre. Elle serait peut-être un germe de mort pour le gouvernement parlementaire,*

[1778] Didier MINEUR, Archéologie de la crise de la représentation politique, op. cit., pp. 136-137. Cf. également Thomas MARTY, Des modes de scrutin à la réforme électorale : la politisation des thèses juridiques sur la représentation proportionnelle (1885 – 1923), contribution au colloque de l'AFDC, Montpellier, 2005, 12 p, en ligne sur le site.

[1779] Anatole PRÉVOST-PARADOL, *La France nouvelle*, Paris, 1868, 3ème Éd., p. 21, cité par Pierre ROSANVALLON, *Le peuple introuvable (…)*, op. cit., p. 198. Comme le souligne Yves MENY et Marc SADOUN, « *il y a là le témoignage d'un* a priori *méthodologique et idéologique qui identifie le « bon gouvernement » de façon plus ou moins explicite à celui qui reflète non seulement les opinions du moment mais également les caractéristiques de la structure sociale* », *Conception de la représentation et représentation proportionnelle*, POUVOIRS, n°32, 1985, p. 7.

[1780] Cité par Pierre ROSANVALLON, *Le peuple introuvable (…)*, op. cit., p. 213. La métaphore de la photographie sera largement exploitée par les théoriciens de l'opinion publique, notamment lorsqu'ils aborderont la question des sondages d'opinion. Ainsi, certains auteurs considèrent-ils que « *la représentation proportionnelle est symptomatique de toutes les frustrations, des rêves et des manipulations de la vie politique : frustration d'une représentation toujours imparfaite, rêve d'un système où les opinions seraient comme mécaniquement réfléchies et scientifiquement connues, comme dans un sondage techniquement parfait* […], Yves MENY et Marc SADOUN, *Conception de la représentation et représentation proportionnelle*, op. cit., p. 14.

qui ne vit que sur ces majorités »[1781]. ESMEIN voit ainsi dans la représentation des minorités, au même titre que le mandat impératif ou le référendum, un élément du gouvernement direct qui change « *la nature du gouvernement représentatif en faisant des représentants de simples délégués* »[1782]. En d'autres termes, c'est parce que la Nation est une entité collective et abstraite et non une agrégation d'individus concrets que la représentation proportionnelle lui apparaît comme contraire au principe de l'indivisibilité de la souveraineté[1783]. Les partisans du scrutin proportionnel, et en particulier Raymond SALEILLES, estiment tout au contraire que « *le principe proportionnaliste doit être à la base de toute assemblée législative* »[1784]. Le postulat sur lequel repose la démonstration de l'auteur est en effet que l'argument d'incompatibilité de principe de la représentation proportionnelle et de notre conception de la souveraineté n'est pas recevable et est même fallacieux. Ainsi, si la souveraineté nationale est bien une souveraineté collective, elle se compose néanmoins d'individus socialement impliqués, inscrits dans les événements et l'histoire, soumis à des dynamiques d'échange et de conflit. En d'autres termes, puisque « *toute organisation politique doit être appliquée* […] *à dégager la volonté nationale, celle qui correspond vraiment au tempérament du pays et qui incarne à un moment donné ses besoins réels, ses désirs et ses tendances, dans ce qu'elles ont de plus légitime et de plus élevé* »[1785], la représentation proportionnelle s'impose alors comme la technique électorale la plus pertinente. Elle permettrait alors d'articuler clairement le travail législatif avec le corps social, avec la société telle qu'elle est vraiment, contribuant à l'adaptation constante de la règle de droit, à un exercice continu et ininterrompu

[1781] *Deux formes de gouvernement*, op. cit., p. 37.

[1782] *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 96. Comme le souligne Stéphane PINON, quoique défenseur du parlementarisme, ESMEIN « *éprouvait un profond mépris pour les droits de la « minorité » politique* », *Regard critique sur les leçons d'un « maître » du droit constitutionnel (…)*, op. cit., p. 195. Il est vrai que selon le Professeur de la faculté de Paris, « *tant qu'une minorité reste telle dans le pays, son rôle légitime ne consiste point à réclamer une part dans le gouvernement, mais à s'efforcer de gagner des adhérents pour devenir la majorité* », *Éléments de droit constitutionnel (…)*, ibid., p. 321.

[1783] Telle était également la position de René CAPITANT, pourtant enclin à admettre le dialogue entre l'opinion publique et les représentants. Mais, selon l'auteur, « *le mode de scrutin doit être tel qu'il favorise la formation d'une majorité gouvernementale au sein du Parlement.* […] *La représentation proportionnelle a pour elle l'apparence de la justice* [mais] *elle est incompatible avec le parlementarisme. Le parlementarisme exige non une représentation des opinions ou des intérêts devant le pouvoir, mais des élections qui donnent naissance au pouvoir lui-même* […]. *Or, la représentation proportionnelle est un scrutin antiparlementaire* », *La réforme du parlementarisme*, op. cit., pp. 331-332.

[1784] *La représentation proportionnelle*, RDP, T. IX, 1898, p. 392. Pour une analyse de la pensée de Raymond SALEILLES, cf. Nicolas HAUPAIS, *La « crise » de la pensée révolutionnaire au tournant du XXème siècle, la pensée « constitutionnelle » de Raymond Saleilles*, Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique, n°23, 2003, pp. 57-93.

[1785] Ibid., p. 389.

de l'activité législative. Le scrutin proportionnel a donc pour conséquence « *que tous les éléments de décision soient mis en cause, que tous les intérêts soient représentés que toutes les opinions assez fortes pour fournir l'un des éléments de* la conscience publique *puissent se faire entendre* »[1786]. L'argumentaire de SALEILLES, s'il n'est pas dénué d'un certain idéalisme, s'appuie en réalité sur une critique de la pensée rousseauiste qui débouche elle-même sur une distinction assez fine entre le vote représentatif et le vote délibératif[1787]. Ainsi, au moment où chaque citoyen désigne ses représentants, il importe que « *toutes les opinions doivent être représentées et qu'elles ont droit d'exercer leur influence, et une influence proportionnelle à leur importance numérique : la discussion de la loi ne peut se faire que dans les conditions où elle se ferait devant le corps électoral ; et le vote de la loi doit réunir les mêmes forces en présence, avec la même importance respective* »[1788]. En d'autres termes, il s'agit bien pour les tenants de la représentation proportionnelle d'atteindre une majorité parlementaire au moment du vote de la loi, mais celle-ci doit correspondre à une majorité préexistante. Comme le souligne Didier MINEUR, « *la revendication proportionnaliste implique une double rupture, avec la fiction de la volonté nationale, et avec son abstraction : l'établissement d'un rapport en similarité entre opinions préexistantes et opinions représentées est censé avoir raison de l'abstraction de la volonté majoritaire portée par la représentation nationale, et favoriser l'identification réelle des représentés aux représentants* »[1789].

Cette rupture à l'égard de la représentation politique n'est pourtant pas si novatrice, en ce qu'elle était déjà présente dans la pensée de MILL. Ainsi celui-ci considérait-il que la représentation des minorités dans une juste proportion « *est une partie essentielle de la démocratie* »[1790]. Mais, loin d'être motivé par des considérations de justice sociale, le philosophe anglais espérait ainsi contribuer à l'émergence d'une élite intellectuelle absente pour l'instant de

---

[1786] Ibid., p. 409. Nous soulignons.

[1787] Raymond SALEILLES prolonge en ce sens les réflexions de Victor CONSIDÉRANT puisque celui-ci estimait que « *dans une assemblée dont la fonction est de délibérer et de prendre des mesures, la majorité doit prononcer si telle mesure sera acceptée ou rejetée : c'est très bien. Dans ce cas, on va aux voix et la majorité l'emporte. Mais quand le vote a pour objet d'obtenir la représentation des votants, il évident que si l'on réunit dans des collèges, au hasard, des hommes de toutes sortes d'opinions, et que l'on aille aux voix dans chaque collège, ces opinions diverses luttent contre les autres, se paralysent, et dans le pêle-mêle, les minorités ne sont aucunement représentées.* […] *Si la Chambre doit représenter le corps électoral, toutes les opinions, même les plus absurdes, les plus monstrueuses même, doivent avoir leur représentants en nombre proportionnel à leur développement* », *La représentation nationale est un mensonge*, La Phalange, 17 juin 1842, Col. 1169-1170, cité par Pierre ROSANVALLON, *Le peuple introuvable (…)*, op. cit., p. 191 et pp. 194-195.

[1788] *La représentation proportionnelle*, op. cit., p. 231.

[1789] *Archéologie de la crise de la représentation politique*, op. cit., p. 242.

[1790] *Le gouvernement représentatif*, op. cit., p. 179.

l'institution parlementaire[1791]. L'intérêt est double : d'une part, tout en évitant de restreindre le suffrage pour fonder un gouvernement des capacités, le scrutin proportionnel permet par la voie de la délibération la formation d'une opinion législative fondée en raison. Ainsi espère-t-il que « *les représentants de la majorité, outre qu'ils seraient eux-mêmes améliorés par l'effet du système, n'auraient plus désormais tout le champ à eux seuls* […]. *Quand ils s'élèverait quelque discussion, ils désireraient répondre aux arguments de la minorité instruite* […] : *et comme ils ne pourraient pas, à la façon des gens qui ont un auditoire unanime et prévenu, affirmer simplement qu'ils sont dans le vrai, il leur arriverait à l'occasion de se convaincre qu'ils sont dans le faux* »[1792] ; d'autre part, grâce à la publicité de ses actes, l'élite parlementaire en train de se former sera à même de répandre ses lumières sur une foule indistincte, sans visage et jugée menaçante, notamment à l'égard des droits et libertés reconnus constitutionnellement[1793]. La proportionnelle résout ainsi la tension entre l'ordre et la souveraineté populaire et met fin aux « *dangers auxquels est sujette une démocratie représentative* […] *: danger d'un degré d'intelligence très médiocre dans le corps représentatif et dans l'opinion populaire qui le contrôle ; danger d'une législation de classe de la part de la majorité numérique* »[1794]. Si les propositions de MILL confirment la profonde ambivalence de l'opinion publique, elles ouvrent aussi la voie vers une résolution pacifiée des conflits par une argumentation fondée en raison.

Le refus d'une législation de classe, la nécessité de protéger la minorité de la majorité, sont donc autant d'arguments qui vont plaider en faveur de l'introduction du scrutin proportionnel. On en trouve une systématisation particulièrement convaincante chez KELSEN. Ce dernier plaide en effet pour une conception procédurale de la démocratie et fait du Parlement un lieu où « *ce n'est pas l'intérêt d'un seul groupe qui devient volonté de l'État ;* […] *cette volonté est déterminée par une procédure dans laquelle les intérêts de divers groupes organisés en partis entrent comme tels en une lutte qui se termine par un compromis* »[1795]. En effet, le relativisme des valeurs auquel adhère le juriste viennois le conduit naturellement à considérer que « *toute la procédure parlementaire tend bien en*

[1791] « *Les personnes les mieux partagées en fait de culture intellectuelle et d'esprit public, ceux des grandes villes, sont maintenant pour la plupart, ou pas représentés du tout ou mal représentés* », ibid., p. 176.

[1792] Ibid., p. 191.

[1793] « *La majorité n'a pas encore compris que le pouvoir du gouvernement est son propre pouvoir, ni que les opinions du gouvernement sont les siennes propres : lorsqu'elle y parviendra, la liberté individuelle sera probablement exposée à l'invasion du gouvernement, autant qu'elle l'est déjà à celle de l'opinion publique* », John Stuart MILL, *De la liberté*, op. cit., pp. 72-73.

[1794] *Le gouvernement représentatif*, op. cit., p. 170.

[1795] *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 63.

effet à dégager un moyen terme entre les intérêts opposés, une résultante des forces sociales de sens contraire. Elle crée des garanties que les différents intérêts des groupes représentés au Parlement pourront s'exprimer, se manifester dans une procédure publique »[1796]. Ainsi que l'ont montré un certain nombre de commentateurs[1797], la position de KELSEN est de parvenir à concilier l'autonomie politique des individus avec la règle majoritaire[1798]. Or, à ses yeux, « *le système électoral proportionnaliste renforce incontestablement cette tendance de la liberté qui doit empêcher que la majorité puisse faire peser sans restriction sur la minorité le poids de sa volonté et de sa domination* »[1799]. La multiplication des structures partisanes qui semble résulter du scrutin proportionnel - ce que Maurice DUVERGER identifiera par la suite comme une grande loi électorale[1800] - est un argument supplémentaire selon KELSEN de l'utilité de cette technique électorale. En effet, cet état de fait obligera les partis politiques à former des coalitions, empêchant une domination de la majorité sur la minorité[1801]. Or, force est de constater que l'hypothèse de KELSEN est confirmée par un certain nombre

---

[1796] Ibid., p. 60.

[1797] Cf. en premier lieu la préface de Michel TROPER à l'ouvrage *La démocratie, sa nature, sa valeur* précité. On peut également se référer utilement à l'ouvrage de Sandrine BAUME, *Kelsen. Plaider la démocratie*, précité.

[1798] En ce sens, il convient de comprendre que la théorie politique de KELSEN est tout à la fois « *une transposition des thèses de Jean-Jacques Rousseau mais qui introduit dans la théorie démocratique des éléments libéraux dont on peut douter que l'auteur du Contrat social les eût approuvés. Kelsen est rousseauiste dans sa manière de concevoir la liberté politique comme une transposition au corps politique de l'aspiration instinctive de l'individu à n'obéir qu'à lui-même et dans son acceptation de la contrainte légale* [mais il considère également que] *la liberté politique ne peut pas se substituer complètement à la liberté naturelle parce que l'identité du peuple et du souverain n'est jamais parfaitement réalisée et il reste donc nécessaire de protéger l'individu contre l'État en plaçant au-dessus de la loi elle-même la garantie des droits de l'individu* », Philippe RAYNAUD, *Positivisme juridique et démocratie*, Mélanges Troper, op. cit., p. 874.

[1799] *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 62. KELSEN réitérera cette position ultérieurement : « *c'est le système de la représentation proportionnelle qui réalise le mieux l'idéal d'autodétermination au sein d'une démocratie représentative : il constitue le système électoral le plus démocratique* », *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 346.

[1800] Les lois définies par Maurice DUVERGER sont les suivantes : 1/ La Représentation proportionnelle tend à un système de partis multiples, rigides et indépendants ; 2/ Le système majoritaire à deux tours vers un système de partis multiples, souples et indépendants ; 3/ Le système majoritaire à un tour tend vers un dualisme des partis avec alternance de grands partis, *Les partis politiques*, op. cit., p. 235. Pour une analyse critique, cf. Pierre AVRIL, *L'approche institutionnelle des partis politiques*, Mélanges Duverger, op. cit., pp. 229-236.

[1801] « *L'intégration politique que constitue la coalition des partis et que le principe majoritaire rend nécessaire est inévitable et n'est pas un mal social, mais bien au contraire un progrès. Or, on ne peut donc au fond considérer la différenciation poussée entre groupes d'intérêts politiques, qui est favorisée par la représentation proportionnelle, que comme la condition nécessaire d'une opportune intégration, garantie par le principe majoritaire* », *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 63.

d'analyses empiriques[1802]. Loin de favoriser l'instabilité politique, « *les modes de scrutin proportionnels correspondent à des systèmes de coopération* »[1803] : en d'autres termes, les sociétés pluralistes se caractérisent par un primat des stratégies coopératives sur les stratégies compétitives et par la présence d'une opinion publique libre et éclairée. La démocratie d'opinion est donc une démocratie de concordance[1804] ou de compromis. Pour reprendre une typologie d'Arend LIJPHART, à l'opposé du modèle majoritaire, qui ne serait qu'un paradigme[1805], il existerait en effet un modèle de consensus qui permettrait de décrire *effectivement* la manière dont fonctionnent les régimes démocratiques. Ainsi, là où « *le modèle majoritaire concentre le pouvoir politique entre les mains de la majorité,* […] *le modèle consensuel s'efforce de partager, disperser, contenir et limiter le pouvoir par toutes sortes de moyens* »[1806] et son avènement serait favorisé par le scrutin proportionnel[1807]. Du point de vue de la science politique, on peut bien évidemment rétorquer que « *le modèle consociatif est un modèle fragile, soumis à évolution* [du fait] *que les compromis initiaux sont remis en cause* »[1808], mais il n'en demeure pas moins que ces théories

[1802] Cf. notamment Robert DAHL, *A preface to Democratic Theory*, Chicago, Chicago University Press, 1956 ; Arend LIJPHART, *Democracies : Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven, Yale University Press, 1984.

[1803] Pierre MARTIN, *Modes de scrutin : mythes et réalités*, COMMENTAIRE, n°73, 1996, p. 90.

[1804] André LETON, *La démocratie de concordance*, Mélanges Jeanneau, op. cit., pp. 383-391.

[1805] Au sens où l'entend Thomas KUHN, « *c'est-à-dire un concept, une démarche ou un modèle fondamental propre à un champ d'étude qui est très largement admis – et rarement soumis à un examen sérieux. Trait caractéristique de ce paradigme, les divergences entre les faits et la théorie ne suffisent pas à le faire abandonner* », Arend LIJPHART, *Théorie et pratique de la loi de la majorité : la ténacité d'un paradigme imparfait*, RISS, n°129, 1991, p. 523.

[1806] Ibid., p. 515.

[1807] Néanmoins, selon LIJPHART, La représentation proportionnelle n'est que l'une des neuf caractéristiques spécifiques de la démocratie consensuelle. L'auteur souligne en effet la nécessité d'avoir : 1/ un Cabinet de coalition représentatif ; 2/ un équilibre des pouvoirs entre le Cabinet et la parlement ; 3/ un bicamérisme égalitaire ; 4/ un État fédéral ou décentralisé ; 5/ une Constitution rigide ; 6/ un contrôle de constitutionnalité ; 7/ multipartisme ; 8/ un pluralisme pluridimensionnel des partis politiques, ibid., p. 519. cf. également Arend LIJPHART, *Changement et continuité dans la théorie consociative*, RIPC, Vol. 4, n°3-1997, pp. 679-697. Ce point de vue n'est pas partagé par tous. Jean-Claude COLLIARD considère par exemple que « *les proportionnelles, quelle que soit la méthode utilisée, n'incitent pas à l'alliance électorale et la formation du gouvernement, souvent longue et complexe (notamment aux Pays-Bas) relève alors de simples alliances parlementaires, évidemment plus fragiles. Cela conduit d'ailleurs à tempérer le sentiment que l'on peut avoir sur « l'exemplarité démocratique » de ces représentations très exactes car, revers de la médaille, cette précision même fait que la désignation du gouvernement procède moins de la volonté de l'électeur, renforcée certes par la loi électorale, que des combinaisons, le terme qui aurait pu rester arithmétique est devenu péjoratif, des partis et de leurs groupes parlementaires* », *Les systèmes électoraux dans les Constitutions des pays de l'Union européenne*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°13, 2002, p. 73.

[1808] Christian BIDÉGARAY, *Avant propos*, IN *L'État autonomique : forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, Paris, Économica, 1994, p. 5, cité par Philippe LAUVAUX, *La démocratie majoritaire. Conception et discussion d'un modèle polaire*, POUVOIRS, n°85, 1998, p. 19. De même, Jean-Marie COTTERET estime que la représentation

mettent l'accent sur la nécessaire formation d'un consensus, dont le Doyen VEDEL disait qu'il était « *le point par lequel il apparaît que l'opinion est la racine même de la vie civique* »[1809].

Paragraphe 2. Opposition et majorité sous l'œil du public

Ainsi que le souligne Pasquale PASQUINO, « *tous les régimes démocratiques* […] *se caractérisent par un même trait qu'ils n'aiment pas trop souligner : ils contraignent les minorités à accepter et adopter les choix de la majorité* »[1810]. Sans doute cette affirmation est-elle particulièrement vraie dans le cadre du parlementarisme qui, comme l'avait démontré KELSEN, se construit autour du principe majoritaire[1811], et ce pour deux raisons principales : il s'agit du système le plus efficace et le plus protecteur de la minorité. En effet, ainsi que le souligne le maître de Vienne, l'unanimité, telle que formulée notamment dans le Contrat social rousseauiste, permet à un seul de s'opposer à tous les autres, tandis qu'une majorité renforcée aboutit à un système oligarchique larvé en permettant à une minorité de s'opposer à une décision souhaitée par la majorité. En insistant sur la protection de la minorité, KELSEN poursuit une vieille tradition libérale[1812] et pluraliste dont les juges constitutionnel[1813] et européen[1814] se font aujourd'hui les garants. Reste que notre propos

---

proportionnelle a apporté « *un nouveau désordre* » en empêchant, de par l'hétérogénéité des listes, la communication entre gouvernants et gouvernés, là où « *le scrutin majoritaire permet de maintenir une communication interpersonnelle entre le candidat et ses électeurs* ». Dès lors, selon l'auteur, la naissance d'un compromis s'avère irréalisable en l'absence de dialogue gouvernants-gouvernés, *Sens et non-sens de la représentation proportionnelle*, Mélanges Duverger, *Droit, Institutions et systèmes politiques*, Paris, PUF, 1988, pp. 281-282.

[1809] *Le rôle de l'opinion en démocratie*, op. cit., p. 326.

[1810] *Voter et juger : la démocratie et les droits*, Mélanges Troper, op. cit., p. 775.

[1811] « *Le parlementarisme, c'est la formation de la volonté étatique directrice par un organe collégial élu par le peuple sur la base du suffrage universel et égalitaire, c'est-à-dire démocratique, et prenant ses décisions à la majorité* », *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 38.

[1812] On peut ici rappeler ces propos de Benjamin CONSTANT : « *Il est de l'essence d'une constitution représentative que la minorité, et chacun de ses membres, puisse exprimer son opposition de toutes les manières et avec la plus entière indépendance* », *Cours de politique*, op. cit., Vol. 1, p. 230.

[1813] Selon Philippe BLACHÈR par exemple, le juge constitutionnel « *permet un dialogue entre les représentants élus et le souverain, mais son contrôle des lois votées en fait un garant du dialogue entre les acteurs politiques de la majorité et de l'opposition* ». *En cela, l'office du juge constitutionnel puise une grande partie de sa légitimité puisque son intervention rend effective « l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinion qui constitue le fondement de la démocratie »* » selon la formule précitée du Conseil constitutionnel, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, Coll. les grandes thèses du droit, 2001, p. 220.

[1814] Ainsi, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme affirmait déjà que « *bien qu'il faille subordonner les intérêts de l'individu à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante* » (CEDH, 13 août 1981, YOUNG, JAMES ET WEBSTER C./ ROYAUME-UNI, § 63), elle mettait l'accent sur le caractère nécessairement pluraliste de la démocratie. La Cour a d'ailleurs

n'est pas ici de discuter de la pertinence et de la « justice » de la procédure retenue par KELSEN pour protéger la minorité[1815], mais simplement de souligner le rôle qu'il confère à l'opposition parlementaire dans le processus de formation de la loi. En effet, à le suivre, « *la procédure parlementaire toute entière avec sa technique dialectique, qui repose sur un jeu d'argumentations et de contre-argumentations, de discours et réponses, tend à faire aboutir des compromis. C'est là la véritable signification du principe majoritaire dans la démocratie réelle ; aussi serait-il préférable de l'appeler principe majoritaire-minoritaire : en organisant finalement l'ensemble des individus en deux grands groupes seulement – majorité et minorité -, il rend possible un compromis dans la formation de la volonté générale* »[1816]. En d'autres termes, ce que met en évidence KELSEN, c'est que le principe de discussion implique nécessairement la possibilité pour la majorité, soit de se maintenir au pouvoir, soit de devenir à son tour la minorité. La dimension procédurale et dialogique de la démocratie a donc pour objet de permettre à la minorité de devenir à son tour la majorité politique, à elle pour ce faire de mener « *le procès symbolique du pouvoir* »[1817] devant l'opinion (**Sous-Paragraphe1**). Toutefois, puisque le Parlement ne s'impose plus comme le seul lieu de formation de l'opinion publique, l'échange raisonné d'arguments entre la majorité et la minorité ne suffit pas toujours pour que la minorité puisse accéder au pouvoir. Le rôle structurant de l'opposition tend alors à se détériorer et « *l'opinion est moins le reflet de forces qui aspirent à gouverner que l'expression de contestations nues. Elle tend pour cela plus volontiers à accomplir sa négativité en se confondant avec un pouvoir d'obstruction* »[1818]. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant de voir l'opposition parlementaire détourner un certain nombre de mécanismes

---

affirmé à plusieurs reprises qu'« *il n'est pas de démocratie sans pluralisme* ». CEDH, PARTI COMMUNISTE UNIFIÉ DE TURQUIE, 30 janvier 1998, § 43.

[1815] Cf. Otto PFERSMANN, Principe *majoritaire et démocratie juridique. Á propos d'un argument de Kelsen revisité par Michel Troper*, Mélanges Troper, op. cit., pp. 859-870 où l'auteur défend l'hypothèse « *qu'en vue de stabiliser le principe de la majorité stricte il faut et il suffit que ce principe ne soit pas lui-même modifiable par une telle majorité. On appellera une telle structure « démocratie surmajoritaire »* », p. 864. Cf. également dans ces mêmes Mélanges la contribution particulièrement critique de Wojciech SADURSKI, *Règle majoritaire et égalité politique*, pp. 907-916.

[1816] *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 59. Ainsi que le confirme Sandrine BAUME, « *pour le juriste viennois, le Parlement n'a pas pour mission d'atteindre un idéal de vérité, il ne doit pas garantir le meilleur choix, pour être légitime. La démocratie en général, le parlementarisme en particulier, ne sont pas des systèmes qui produisent des vérités politiques. La finalité et le sens du parlement sont à chercher dans la création de compromis entre valeurs et intérêts divergents* », *Kelsen. Plaider la démocratie*, op. cit., p. 57.

[1817] Carlos Miguel PIMENTEL, *L'opposition, ou le procès symbolique du pouvoir*, POUVOIRS, n°108, 2004, pp. 46-61.

[1818] Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie (…)*, op. cit., p. 171.

institutionnels, et en particulier la procédure d'amendement, dans une perspective communicationnelle (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. L'opposition et le procès symbolique du pouvoir

Á ce jour il apparaît encore assez difficile de définir ce que l'on entend par opposition : en effet, le droit constitutionnel écrit ne connaît que des notions de groupes et de partis politiques[1819]. Malgré ces incertitudes, la doctrine s'accorde majoritairement à penser que la structuration, progressive et assez longue, d'une opposition politique au sein du Parlement a permis au régime parlementaire de s'affermir. Un certain nombre d'explications peuvent ici être avancées. En premier lieu, l'avènement d'une opposition correspond avant tout au souci libéral de l'exercice d'une souveraineté limitée : dans une telle perspective, l'opposition doit ainsi être comprise comme une modalité du pluralisme. La première des priorités est alors de se prémunir d'une tyrannie de la majorité car « *dès qu'elle a pour elle l'opinion du moment, et quand même cette opinions serait irréfléchie ou gagnée par artifice,* [une Assemblée] *se regarde et est regardée par tous comme complètement disculpée* »[1820]. Dans ces conditions, l'opposition apparaît « *comme l'un des moyens les plus efficaces de limiter le pouvoir, prolongeant et canalisant la contre-force diffuse constituée par l'opinion publique* »[1821]. Néanmoins, envisagée sous cet angle, sa nature est alors essentiellement négative et les penseurs libéraux – tel Benjamin CONSTANT - n'envisagent pas qu'elle puisse participer positivement et de manière active à l'exercice du pouvoir. Puis, notamment sous l'influence de GUIZOT, la doctrine constitutionnaliste commença à percevoir le rôle profondément politique de l'opposition qui permet à la majorité en place de se légitimer par

---

[1819] Notamment parce qu'actuellement aucun statut n'est pour l'instant reconnu à l'opposition parlementaire. Ainsi, le Conseil constitutionnel avait-il pu considérer « *qu'en requérant des groupes une déclaration d'appartenance à la majorité ou à l'opposition et en conférant, en cas de contestation, un pouvoir de décision au bureau de l'Assemblée nationale, les modalités retenues par la résolution conduisent à méconnaître le premier alinéa de l'article 4 de la Constitution et, compte tenu des conséquences qu'en tirent les articles 2-III, 6 et 7, ont pour effet d'instaurer entre les groupes une différence de traitement injustifiée* », décision n°2006-537 DC, RÈGLEMENT DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE, Cons. 13. Cf. Damien CHAMUSSY, *Le règlement de l'Assemblée nationale devant le Conseil constitutionnel : oui à l'amélioration du travail législatif ; non à la déclaration d'appartenance à la majorité*, LPA, n°177-2006, pp. 8-15 et n°178-2006, pp. 4-13 ; Pierre AVRIL, *L'improbable « statut de l'opposition ». Á propos de la décision 537 DC du Conseil constitutionnel sur le règlement de l'Assemblée nationale*, LPA, n°138-2006, pp. 7-9 ; Alexandre TOUZET, *Le double rejet des notions de majorité et d'opposition pour organiser le débat politique*, précité. Une approche politiste permet toutefois de définir l'opposition comme « *une position reconnue d'un groupe dans un régime politique en compétition pour l'accession légale au pouvoir et son exercice pacifique* », Pascal JAN, *Les oppositions*, POUVOIRS, n°108, 2004, p. 43.

[1820] John Stuart MILL, *Le gouvernement représentatif*, op. cit., p. 122.

[1821] Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie (…)*, op. cit., p. 159.

le jeu du débat parlementaire : ainsi que le souligne le penseur doctrinaire, l'opposition remplit alors « *véritablement la mission où l'appelle le système représentatif, et maintient, en le redressant, le pouvoir même qu'elle combat* »[1822], car c'est par la confrontation de points de vue différents que la loi pourra être l'expression de la Raison. En d'autres termes, opposition et majorité forment donc un couple aux rapports ambigus mais nécessaires car « *c'est de leur rapprochement que naît l'énergie politique qui meut les mécanismes parlementaires* »[1823] : sans opposition, la majorité tend à devenir tyrannique et elle a besoin d'elle pour que la loi soit l'expression de la volonté générale ; tandis que l'opposition doit être en mesure d'accéder au pouvoir et pour ce faire de séduire l'opinion publique par la qualité de son programme politique[1824]. En outre, ainsi que le souligna BAGEHOT, l'opposition parlementaire peut également être comprise comme la manifestation du droit de critique accordé à chaque citoyen, la confrontation des arguments entre majorité et opposition permettant *in fine* d'éclairer le public[1825]. Protéger la minorité revient donc à garantir le pluralisme politique[1826].

[1822] *Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'état actuel de la France*, Paris, Belin, 1988, p. 203, cité par Valérie GÉRARD, *L'opposition politique : limiter le pouvoir ou le concurrencer ? Deux types de légitimation de l'opposition politique : Benjamin Constant et François Guizot*, Mémoire de DEA, IEP Paris, 2002, p. 82.

[1823] Georges BURDEAU, *L'évolution de la notion d'opposition*, Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle, 1954, p. 120, cité par Marie-Claire PONTHOREAU, *L'opposition comme garantie constitutionnelle*, RDP, n°4-2002, p. 1134.

[1824] Ce que souligne GUIZOT pour qui « *l'opposition est tenue d'avoir un système et un avenir. Elle ne gouverne point ; mais le gouvernement est un but nécessaire, car si elle triomphe, il faudra bien qu'elle gouverne à son tour* », ibid., p. 215. L'instauration d'un *Shadow Cabinet* dans un certain nombre de démocraties, même s'il s'agit là davantage d'un usage que d'une convention constitutionnelle, participe de ce mouvement de responsabilisation de l'opposition. De même, l'opposition dirige parfois une commission parlementaire, ainsi qu'en atteste la récente nomination d'un député socialiste, Didier MIGAUD, à la tête de la commission des finances. Cf. François-Charles BOUSQUET, *Le statut de l'opposition sous la Cinquième République*, Thèse, dactyl., Paris I, 2005, pp. 100-143.

[1825] « *On a dit que l'Angleterre avait inventé cette formule : « l'Opposition de Sa Majesté » ; que, le premier entre les États, elle avait reconnu que le droit de critiquer l'administration, est un droit aussi nécessaire dans l'organisation politique que l'administration elle-même. Cette opposition qui se charge de la critique, accompagne nécessairement le gouvernement de Cabinet. Quel magnifique théâtre pour les débats, quelle merveilleuse école d'instruction populaire et de controverse politique offre à tous une assemblée législative ! Un discours qui y est prononcé par un homme d'État éminent, un mouvement de part que produit une grande combinaison politique, voilà les meilleurs procédés connus jusqu'à ce jour pour éveiller, animer et instruire un peuple* », *La Constitution anglaise*, op. cit., p. 26.

[1826] Harold LASKI, en fin lecteur de l'œuvre de BAGEHOT avait su saisir cet argument. Ainsi écrivait-il que « *c'est certainement un postulat du gouvernement parlementaire* […] *que la minorité doive être, dans ses droits, protégée contre l'outrage de la majorité.* […] *On doit laisser les courants d'idées assez libres pour que le gouvernement qui prévaut soit un Gouvernement d'Opinion* », *Le régime parlementaire en Angleterre*, op. cit., pp. 37-38.

Cette présentation, pour exacte qu'elle soit, doit toutefois s'enrichir d'une analyse d'un trait caractéristique du parlementarisme qu'est la transformation d'une responsabilité pénale des ministres en une responsabilité politique telle qu'elle se produisit dans le régime britannique. Dans cette hypothèse, les rôles respectifs de la majorité et de l'opposition parlementaire se définissent effectivement au regard des fonctions classiques du procès pénal : la majorité s'identifie à la défense là où la minorité parlementaire joue le rôle de l'accusation. Ainsi que le souligne Carlos Miguel PIMENTEL, « *le rôle juridique de l'accusation suffit à créer la cohésion politique de l'opposition : le modèle du procès a dicté la consistance du système de partis, et non l'inverse* »[1827]. Ainsi, loin d'affaiblir le pouvoir, l'instauration progressive d'une accusation politique a tout au contraire permis en Grande-Bretagne la légitimation et le renforcement de l'exécutif[1828], et ce sans nul doute en raison de son caractère public. En effet, l'accusation ne se joue pas uniquement au Parlement : grâce au principe de publicité, elle se situe avant tout devant ce tribunal permanent de l'opinion publique dont parlait BENTHAM. L'opposition exerce donc au nom de l'opinion publique et devant elle le pouvoir censorial, car ainsi que l'a souligné la doctrine, « *l'opposition n'est pas destinée à empêcher le gouvernement d'agir, mais de mal agir et de le sanctionner une fois qu'il a agi* »[1829]. En d'autres termes, c'est la division des rôles entre la majorité et l'opposition au sein du Parlement qui donne tout son sens au Tribunal de l'opinion publique[1830].

[1827] *L'opposition, ou le procès symbolique du pouvoir*, op. cit., p. 52.

[1828] « *La légitimité de l'institution royale bénéfice aux agents du roi ; mais, dans le même temps, la menace constante de l'opposition permet aux ministres de discipliner leurs soutiens parlementaires, et d'obtenir du roi qu'il renonce à imposer son propre point de vue lorsqu'il risquerait de mettre en danger leur autorité.* […] *Un chef d'État fort, et une loyauté de principe des parlementaires indépendants, permettant la stabilité gouvernementale, c'est à ces deux conditions que le cabinet peut faire de sa faiblesse une force, peut transformer la menace qui pèse sur lui en instrument de puissance et d'autonomie* », ibid., p. 55.

[1829] Marc SADOUN, *Opposition et démocratie*, op. cit., p. 16.

[1830] Ce que souligne Pierre AVRIL : « *la responsabilité ne s'exerce donc pas à sens unique puisqu'elle doit être réciproque : les membres de la majorité sont tenus de soutenir avec discipline le gouvernement dont ils sont solidaires, mais le premier ministre doit justifier cette confiance, le tout sous le jugement de l'opinion. Á côté de cette face positive, la responsabilité comporte une face négative ; le contrôle, qui est une critique permanente de l'action gouvernementale soutenue par la majorité, et qui est exercée essentiellement par l'opposition, toujours sous le regard de l'opinion. L'accountability s'analyse donc comme un enchaînement, une interaction entre le premier ministre, la majorité et l'opposition, dont le destinataire ultime est le peuple devant lequel la responsabilité s'exerce en dernier ressort, avec sa véritable sanction : le retour devant le peuple* », *Responsabilité et accountability*, IN BEAUD Olivier et BLANQUER Jean-Michel (Dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes et Cie, Coll. Droit, 1999, pp. 88-89.

Sous-Paragraphe 2 : De l'obstruction parlementaire : l'exemple de la procédure d'amendement

Il ne s'agit toutefois pas de tomber ici dans une vision irénique d'un discours parlementaire où opposition et majorité parlementaire parviendraient nécessairement par l'échange d'arguments et de contrearguments à la formation d'un compromis en toute matière. Tant James BRYCE que Albert DICEY avaient déjà mis en garde contre un possible « despotisme de la minorité », non moins dangereux que celui de la majorité, « *destiné à altérer profondément le sens de la dialectique parlementaire, toujours moins capable d'exprimer la volonté de la Nation* »[1831]. Mais c'est à Hans KELSEN lui-même que l'on doit les passages les plus précis sur cette possible tyrannie minoritaire. Le prestigieux auteur insiste notamment sur la possibilité « *que la minorité abuse des règles de la procédure parlementaire, et en particulier des droits qu'elles lui reconnaissent pour tenter de rendre plus difficile ou même d'empêcher le vote par la majorité des décisions auxquelles elle est hostile en paralysant momentanément le fonctionnement du mécanisme parlementaire par l'emploi de procédés conformes au règlement* […] *ou de procédés de violence directe ou indirecte* ». Si le juriste viennois condamne fermement toute obstruction violente, sa position est beaucoup plus nuancée concernant l'obstruction « technique ». En effet, si celle-ci doit être comprise comme « *contraire au sens et à l'esprit du règlement parlementaire,* […] *il faut remarquer qu'on ne pourrait la rejeter purement et simplement comme incompatible avec le principe majoritaire* […]. *De fait, l'obstruction parlementaire a servi souvent, non pas à empêcher absolument toute décision parlementaire, mais à orienter finalement la décision dans le sens d'un compromis entre majorité et minorité* »[1832]. L'arme de l'obstruction peut donc être tout à la fois utilisée pour faire plier la majorité sur un certain nombre de dispositions prévues par le texte, soit en paralysant la procédure, soit en prenant à partie l'opinion publique. Si la Constitution de la Vème République a prévu un certain nombre de mécanismes qui permettent à la majorité de gouverner efficacement, la dimension communicationnelle de l'obstruction n'a toutefois pas, pour l'instant, entièrement disparu.

Ainsi en est-il par exemple de la procédure d'amendement qui permet incontestablement à la minorité parlementaire d'exercer une fonction de contestation et de communication[1833]. Prévue à l'article 44 de la Constitution dont le premier alinéa dispose laconiquement que « les membres

---

[1831] Gianluca SADUN BORDONI, *Diritto e opinione pubblica (...)*, op. cit., p. 532.

[1832] *La démocratie, sa nature, sa valeur*, op. cit., p. 64.

[1833] Cf. François LUCHAIRE, *Un droit à dimension variable, le droit d'amendement*, Mélanges Loïc Philip, *Constitution et Finances publiques*, Paris, Économica, 2005, pp. 125-131 ; Slimane LAKROUF, *Le droit d'amendement*, RDP, n°2-1991, pp. 437-479.

du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement », la procédure est souvent mentionnée comme un remède à la domination gouvernementale de l'initiative législative : en effet, « *face à un droit d'initiative originel qui serait injustement confisqué par le gouvernement, le droit d'amendement est souvent présenté comme l'alternative à l'inactivité, le remède au manque d'influence des parlementaires* »[1834]. Corollaire de l'initiative législative, le droit d'amendement apparaît alors comme l'un des mécanismes centraux du régime représentatif[1835]. Néanmoins, marqué par le fait majoritaire et par la discipline des groupes parlementaires, le droit d'amendement semble surtout un instrument aux mains des députés et des sénateurs de l'opposition. Ainsi que le souligne Bruno BEAUFUMÉ, « *l'initiative politique du droit d'amendement dans un but pédagogique auprès de l'opinion ou pour illustrer la capacité d'alternance de l'opposition présente des caractères positifs et enrichit de façon sensible le débat parlementaire* »[1836]. Toutefois, deux types de problèmes se posent : d'une part, ce « *pouvoir de correction parlementaire* » tend à rendre la loi plus longue, moins intelligible, et lui fait parfois perdre son unité[1837] ; d'autre part, le risque est grand que la procédure ne soit utilisée comme un moyen d'obstruction redoutable, notamment par la prolifération du nombre d'amendements déposés dans un but dilatoire[1838]. Un certain nombre

---

[1834] Murielle MAUGUIN-HELGESON, *L'élaboration parlementaire de la loi (…)*, op. cit., p. 63.

[1835] On peut par exemple mentionner la position quasi-absolutiste du droit d'amendement défendue par CHATEAUBRIAND selon lequel « *vouloir fixer des bornes au droit d'amendement, trouver le point mathématique où l'amendement finit, où la proposition de loi commence ; savoir exactement quand cet amendement empiète, quand il n'empiète pas sur la prérogative, c'est se perdre dans une métaphysique sans rivage et sans fond* », cité par Pascal BINCZAK, *Chateaubriand et le droit d'amendement : un plaidoyer moderne et méconnu*, RPP, n°1013-1014, 2001, p. 134. Tout juste CHATEAUBRIAND reconnaissait-il que l'amendement devait avoir un lien avec le texte discuté.

[1836] *Le droit d'amendement et la Constitution de la Vème République*, Paris, LGDJ, 1993, p. 554.

[1837] La formule est de Pierre ALBERTINI, *La place du Parlement sous la Vème République*, Mélanges Troper, op. cit., p. 26.

[1838] Plusieurs explications peuvent être avancées : « *1/ Il n'existe aucune clause limitative du nombre d'amendements déposés* […] *; 2/ Tout amendement – ou sous-amendement – assure, quelle que soit sa portée des droits identiques à son auteur et peut susciter un débat* […] *; 3/ Tout amendement fait l'objet d'un double débat : en commission et en séance publique ; 4/ Il n'existe aucun délai au dépôt des sous-amendements* […] *; 5/ Enfin, la règle de la discussion commune des amendements venant en concurrence est un facteur d'obstruction considérable puisque tous les amendements déposés sur un article doivent être exposés et discutés avant la mise aux voix du premier d'entre eux qui suffira éventuellement à faire cesser la discussion de l'article en cause s'il s'agit d'un amendement de suppression* », Valérie SOMMACO, *Les fonctions politiques de l'amendement*, LPA, n°119-2003, pp. 9-10 ; cf. également Yves COLMOU, *Vade-mecum du député obstructeur*, POUVOIRS, n°34, 1985, pp. 121-129.

d'exemples récents[1839] confirment en tous les cas que « *c'est de plus en plus sur ce mode, mais déresponsabilisé, que s'affirme aujourd'hui la souveraineté critique de l'opinion* »[1840].

Devant ce constat manifeste d'un abus de droit institutionnel[1841], le juge constitutionnel a alors tenté de se poser en garant du débat parlementaire en délimitant un véritable régime général de l'amendement. S'il a rappelé à plusieurs reprises qu'il était nécessaire que « *l'amendement* [ne soit] *pas dépourvu de tout lien avec le projet de loi en discussion* »[1842], il a tout d'abord essayé d'encadrer matériellement la procédure d'amendement en lui fixant des « *limites inhérentes* »[1843]. Devant les vives critiques de la doctrine qui l'accusait, entre autres, de vouloir « *substituer sa propre appréciation à celle du Parlement* »[1844], le Conseil constitutionnel a décidé d'abandonner cette définition substantielle de l'amendement pour se recentrer sur une acception plus procédurale[1845]. Afin de lutter contre la logorrhée législative, le Conseil constitutionnel a en effet décidé de consacrer ce que d'aucuns ont appelé la technique de « l'entonnoir », « *en vertu de laquelle la discussion législative se concentre, au fil des lectures, sur les seules dispositions restant en discussion* »[1846]. Ainsi, une fois que les deux Chambres ont voté, à l'issue de la première lecture[1847],

---

[1839] Ainsi, lors du vote de la réforme des modes de scrutin en 2003, près de 12000 amendements avaient été déposés par l'opposition de gauche et par l'UDF. De même en 2006, ce sont 137 449 amendements, finalement retirés, qui avaient été déposés à l'occasion du projet de loi de fusion entre les entreprises GDF et Suez.

[1840] Pierre Rosanvallon, *La contre-démocratie (…)*, op. cit., p. 171.

[1841] Selon l'expression de Laurent Eck, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, op. cit., pp. 240-257.

[1842] Décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985, Loi modifiant la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle, Cons. 4.

[1843] « *Á raison tant de leur ampleur que de leur importance, les dispositions qui sont à l'origine de l'article 39 excèdent les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement* », décision n°86-225 DC du 23 janvier 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social, Cons. 8.

[1844] Guy Carcassonne, *Á propos du droit d'amendement : les errements du Conseil constitutionnel*, pouvoirs, n°41, 1987, p. 170. Comme le souligne Bertrand Mathieu, cette jurisprudence présentait deux défauts : « *le premier tient à la formulation d'une fausse évidence, celle selon laquelle il serait possible de déterminer de manière évidente ce qui relève ou non du droit d'amendement. Le second, qui n'est pas sans lien avec le précédent, pouvait être excipé du fait qu'ainsi, le juge s'octroyait un trop large pouvoir d'appréciation* », *L'examen juridique de la constitutionnalité du contrat première embauche. (Á propos de la décision du Conseil constitutionnel du 30 mars 2006)*, lpa, n°74-2006, p. 45.

[1845] Décision 2001-445 DC du 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et conseil supérieur de la magistrature. Cf. Pierre Avril et Jean Gicquel, *Droit d'amendement : la fin des « limites inhérentes »*, lpa, n°139-2001, pp. 5-7.

[1846] Pierre Avril et Jean Gicquel, *Le triomphe de « l'entonnoir ». (Á propos de la décision « Lutte contre le terrorisme » du Conseil constitutionnel)*, lpa, n°33-2006, p. 6.

[1847] Toutefois, lors de la première lecture, l'exercice du droit d'amendement n'est pas entièrement libre puisqu'il est conditionné par un certain nombre d'irrecevabilités (limitation à l'initiative financière,

dans les mêmes termes une disposition du projet ou de la proposition de loi, celle-ci ne peut plus en principe faire l'objet d'amendement[1848]. Il s'agit donc, selon la formule de Bertrand MATHIEU, d'user du droit d'amendement sans abuser[1849], et ce d'autant plus que selon le Conseil la procédure du droit d'amendement se doit de respecter la clarté et la sincérité du débat parlementaire[1850]. Comme le souligne un commentateur averti, on peut toutefois objecter que si « *ces nouvelles règles contribuent à redonner du sens à la logique de la procédure bicamérale* », elle aboutit également à « *un resserrement progressif de la délibération* »[1851]. Reste que le juge constitutionnel fait implicitement droit aux revendications des Lumières selon lesquelles l'opinion publique a besoin d'être éclairée par les débats de ses représentants, et que, contrairement à ce que supposait KELSEN, la Raison ne trouve finalement pas à s'exprimer lors du capharnaüm médiatique entourant bien souvent les procédures d'obstruction de l'opposition parlementaire[1852].

---

respect du domaine de la loi, procédure relative au dépôt des amendements).

[1848] Décision n°2005-532 DC, LUTTE CONTRE LE TERRORISME. Ne demeurent admises, du moins implicitement, que les dérogations déjà acceptées après la Commission Mixte Paritaire, au profit des amendements destinés à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes encours de discussion ou à corriger une erreur matérielle. Cf. Jean-Pierre CAMBY, *Droit d'amendement et navette parlementaire : une évolution achevée*, RDP, n°2-2006, pp. 293-300.

[1849] *Le droit d'amendement : en user sans en abuser*, AJDA, n°6-2006, pp. 306-307.

[1850] Le Conseil utilise depuis sa décision n°2006-532 DC précitée, et ce de manière rituelle, un considérant-type : « Considérant qu'il résulte de la combinaison des dispositions précitées que le droit d'amendement qui appartient aux membres du Parlement et au Gouvernement doit pouvoir s'exercer pleinement au cours de la première lecture des projets et des propositions de loi par chacune des deux assemblées ; qu'il ne saurait être limité, à ce stade de la procédure et dans le respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire, que par les règles de recevabilité ainsi que par la nécessité,pour un amendement, de ne pas être dépourvu de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie ». Pour une illustration récente, cf. la décision n°2007-552 DC du 1er mars 2007, LOI PORTANT RÉFORME DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES MAJEURS, Cons. 5.

[1851] Damien CHAMUSSY, *Le Conseil constitutionnel, le droit d'amendement et la qualité d'une législation. Évolutions récentes de la jurisprudence*, RDP, n°4-2007, p. 1083. L'auteur souligne en outre que les effets positifs des décisions du Conseil se font encore attendre puisque 241 261 amendements ont été déposés sous la douzième législature contre 50 851 durant la précédente, p. 1095.

[1852] Telle est également la position de Bertrand MATHIEU : « *le Conseil rappelle une règle essentielle de la démocratie, celle selon laquelle le peuple doit être éclairé. Non seulement la loi doit être claire, mais encore la volonté du peuple, lors des scrutins, ou de ses représentants, lors du vote des lois, doivent s'exprimer avec assez de clarté et de sincérité pour que leur authenticité ne soit pas contestable* », *Le droit d'amendement : en user sans en abuser*, op. cit., p. 307.

Section 2. La loi, un instrument revendiqué mais contesté

La récurrence du discours doctrinal relatif au déclin de la loi tient sans nul doute chez les juristes à la confusion de deux types de discours. Le premier fait découler de la conception idéalisée des Lumières un certain nombre de caractéristiques juridiques considérées finalement comme inhérentes à la nature même de la loi. Ainsi, si l'on admet que la loi est un acte de la Raison qui n'existe que pour un esprit apte à la liberté, alors on doit admettre que toute loi est immuable, permanente, abstraite et générale[1853]. L'assimilation de la loi et de la règle de droit l'empêche alors d'avoir une autre fonction que celle d'assurer l'ordre et la sécurité des rapports juridiques. Or, la doctrine souligne à raison que « *le Parlement n'intervient pas seulement pour donner une forme juridique aux rapports sociaux mais pour les créer, les encourager ou en limiter l'effet.* […] *La loi qui était essentiellement un guide pour le juge, tend à devenir un facteur de l'activité de chaque homme. C'est la substitution d'une conception politique de la loi à la conception juridique traditionnelle* »[1854]. Or, c'est justement cette ambivalence entre la dimension proprement politique et celle plus normative de la loi qui se retrouve exacerbée par l'émergence d'une démocratie d'opinion (**Sous-Section 1**). Si, juridiquement, la loi est tout à la fois une technique de création du droit et une règle de droit, d'un point de vue plus politique elle est avant tout un mode d'expression de l'autorité. En effet, la loi est traditionnellement associée à l'*imperium*, c'est-à-dire à l'autorité qui contraint au respect de la règle en vigueur, y compris au moyen de la violence physique ou symbolique. Á partir du XVIème siècle, la construction juridique de l'État est donc directement associée au principe de légalité, le droit devenant l'instrument formellement légitime de l'exercice du pouvoir. En d'autres termes, la loi, expression de la volonté générale, possède une légitimité *a priori* et une immunité corrélative. Or, aujourd'hui, la démocratie d'opinion oblige à repenser l'identification de la loi à l'autorité, le droit étant devenu « *comme un acte de refondation sociale susceptible de recréer une cohésion là où l'idée périclitée de l'État ne peut plus l'assurer* »[1855]. Ou, pour reprendre les termes de Burdeau, « *le vrai, c'est que le déclin de la loi enregistre une transformation profonde dans la manière d'entendre l'autorité* »[1856]. C'est donc dans cette

---

[1853] Comme le souligne Lucien Jaume, « *chaque fois que l'on parle de la loi, on évoque (peut-être sans s'en rendre compte une double aptitude humaine : aptitude à la liberté, puisqu'il n'existe de lois que pour un être libre, et aptitude à la raison* », *La loi*, cités, n°8, 2001, p. 233.

[1854] Georges Burdeau, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*, apd, n°1-2, 1939, pp. 46-47.

[1855] William Baranès et Marie-Anne Frison-Roche, *L'autorité en droit*, Autrement, Coll. Mutations, n°163, 1996, p. 54.

[1856] Georges Burdeau, *Le déclin de la loi*, apd, T. 8, 1963, *Le dépassement du droit*, p. 37.

perspective qu'il faut comprendre la désobéissance civile comme une tentative pour faire progresser la loi ou pour obtenir sa réforme[1857] ; la violation de la loi crée ainsi une publicité qui exerce une pression sur le public ou sur le gouvernement. Sans doute convient-il de ne pas négliger que « *la légitimation du pouvoir, qui a besoin non pas d'un consensus forcé obtenu par la propagande, mais de l'adhésion libre du plus grand nombre à des règles communes, devient, dès lors qu'elle n'a pas ou n'a plus, l'appui de l'opinion, une espèce quadrature du cercle* »[1858]. La désobéissance civile est donc un discours public[1859], un appel non-violent à l'opinion publique. Mais elle est également une profonde remise en cause du régime représentatif, en ce qu'elle tend à ne plus faire du Parlement le seul lieu de l'énonciation de la volonté générale. En ce sens, elle est donc parcourue par la double dynamique propre à la démocratie d'opinion (**Sous-section 2**).

[1857] Le terme fut introduit dans le vocabulaire politique par Henry David Thoreau qui théorisa son refus de payer l'impôt électoral à un gouvernement qui reconnaissait l'esclavage dans son fameux essai, *De la désobéissance civile*, Paris, Éd. Mille et une Nuits, 1996, (1ère Éd. 1849). « *Pour parler en homme pratique et en citoyen, au contraire de ceux qui se disent anarchistes, je ne demande pas d'emblée « point de gouvernement », mais d'emblée un meilleur gouvernement. Que chacun fasse connaître le genre de gouvernement qui commande son respect et ce sera le premier pas pour l'obtenir. Après tout, la raison pratique pour laquelle, le pouvoir une fois aux mains du peuple, on permet à une majorité de régner continûment sur une longue période ne tient pas tant aux chances qu'elle a d'être dans le vrai, ni à l'apparence de justice offerte à la minorité, qu'à la prééminence de sa force physique. Or un gouvernement, où la majorité règne dans tous les cas, ne peut être fondé sur la justice, même telle que les hommes l'entendent. Ne peut-il exister de gouvernement où ce ne serait pas les majorités qui trancheraient du bien ou du mal, mais la conscience? Où les majorités ne trancheraient que des questions justiciables de la règle d'opportunité? Le citoyen doit-il jamais un instant abdiquer sa conscience au législateur? A quoi bon la conscience individuelle alors? Je crois que nous devrions être hommes d'abord et sujets ensuite. Il n'est pas souhaitable de cultiver le même respect pour la loi et pour le bien.* […] *L'autorité du gouvernement, même de celui auquel je veux bien me soumettre – car j'obéirai de bon coeur à ceux qui ont des connaissances et des capacités supérieures aux miennes et, sur bien des points, même à ceux qui n'ont ni ces connaissances ni ces capacités – cette autorité est toujours impure. En toute justice, elle doit recevoir la sanction et l'assentiment des gouvernés. Elle ne peut avoir sur ma personne et sur mes biens d'autre vrai droit que celui que je lui concède* », en ligne, http://www.forget-me.net/Thoreau/desobeissance-fr.pdf

[1858] Simone Goyard-Fabre, *Légitimité*, in Raynaud Philippe et Rials Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 392.

[1859] John Rawls, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, p. 365. Le 1er Amendement à la Constitution fédérale américaine est souvent invoqué comme autorisant comme protégeant les actes de désobéissance civile. Toutefois, s'il existe un droit constitutionnel à la divergence d'opinion et à la liberté de parole, il n'est pas certain que la désobéissance civile soit protégée par la Constitution américaine. Cf. Susan Tiefenbrun, *La désobéissance civile et la Constitution des États-Unis*, in Camy Olivier et Gros Dominique (Dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Seuil, Coll. Le genre humain, T. 44, 2005, pp. 174-177 ; Sophie Turenne, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américain et français comparés,* Paris, lgdj, Coll. Bibliothèque de droit privé, 2007.

Sous-Section 1. La loi, norme ou instrument politique ?

La loi et l'opinion publique entretiennent des rapports complexes voire paradoxaux que DICEY a magistralement mis en évidence au début du XXème siècle : « *les lois sont donc, tout au moins, la cause autant que l'effet de l'opinion législative* »[1860]. En effet, à lire le grand publiciste anglais, « *toute loi, toute règle de conduite doit – que son auteur le sache ou non – reposer ou s'appuyer sur quelque principe général ; par conséquent, elle doit, si elle parvient à atteindre son but, recommander ce principe à l'attention ou à l'imitation du public et affecter ainsi l'opinion législative.* […] *Certainement la véritable importance des lois est beaucoup moins dans leur résultat direct que dans leur effet sur le sentiment ou sur les convictions du public* »[1861]. Cette ambivalence se retrouve particulièrement dans certains débats parlementaires du début du siècle lorsque les représentants de la Nation s'interrogent alors sur l'adaptation de la norme législative à la réalité sociale[1862]. C'est cette volonté d'adapter le droit au fait qui explique sans nul doute le discours doctrinal sur le déclin de la loi (**PARAGRAPHE 1**). Reste que, d'un point de vue juridique, combinée à la théorie de la représentation dégagée par les révolutionnaires, la loi, dont les caractères sont ceux de la généralité, de la permanence et de la fixité, doit être considérée comme une règle de droit et non comme l'instrument d'une politique gouvernementale. Or, il est difficile de ne pas nier que les péripéties politiques influent sur la définition juridique du concept de loi (**PARAGRAPHE 2**).

Paragraphe 1. Le déclin de la loi, comme symptôme d'une crise du politique ?

[1860] *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'Opinion publique en Angleterre au cours du dix-neuvième siècle*, op. cit., p. 43.

[1861] Ibid., pp. 38-39.

[1862] Á titre d'exemple, on peut mentionner le débat sur la peine de mort de 1908. Ainsi alors que le gouvernement clémenciste et la chambre élue sont très favorables à la suppression de la peine de mort, sous l'influence d'enquêtes d'opinion dont la fiabilité était scientifiquement incertaine, les députés hésitèrent : certains soulignaient comme WILLM qu'il « *serait indigne au Parlement de discuter et de délibérer sous l'influence des clameurs de la foule, étant donné que l'opinion publique est changeante et variable* », tandis que d'autres, tels que BERRY, insistaient sur le fait que les députés ne sont « *ici que ses représentants et que nous n'avons pas le droit d'aller contre l'opinion publique* », JO, Débats, Chambre, 4 novembre 1908, p. 2026 et p. 2030, cité par Dominique KALIFA, *Insécurité et opinion publique au début du XXème siècle*, CSI, n°17, 1994, p. 73. Cf. également Julie LE QUANG SANG, *L'abolition de la peine de mort en France : le rendez-vous manqué de 1906-1908*, Crime, Histoire et Sociétés, Vol. 6, n°1-2006, pp. 57-83.

Á suivre Alain VIANDIER, la décadence de l'art législatif est intimement liée au fait que « *le tissu législatif s'épaissit de législature en législature* »[1863]. La crise de la loi semble donc avant tout politique : en effet, là où la loi reposait sur « *la capacité du sujet à se reconnaître dans la rationalité de la loi,* [elle s'affirme désormais au contraire] *dans l'exigence, de refléter la société dans sa pluralité y compris conflictuelle* »[1864]. Combinée à l'emballement médiatique[1865], l'inflation législative est donc la principale illustration de ce déclin de l'acte législatif, en ce qu'elle traduit « *l'enrôlement de la législation dans le mouvement de conquête de ma justice sociale* »[1866]. L'inflation législative traduirait donc un primat du politique sur le droit (**Sous-Paragraphe 1**). Or, dire de la règle de droit législative qu'elle a pour fonction « *d'ordonner l'évolution sociale, d'harmoniser l'action des éléments constitutifs de la société* » revient également à dire que « *la normativité juridique devient ainsi le vecteur de la rationalité sociale : est rationnel ce qui est conforme aux normes juridiques préalablement posées, en vertu du postulat que ces normes, insérées dans un ordre structuré et cohérent, sont elles-mêmes rationnelles* »[1867]. En d'autres termes, derrière le discours politique se dessine une volonté de rationaliser la loi elle-même (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. L'inflation législative ou le primat du politique sur le droit

Le discours relatif à l'inflation législative semble *a priori* profondément moderne. Ainsi, la doctrine ne manque pas de souligner que le Recueil des lois, publié par l'Assemblée Nationale est passé de 380 pages en 1964 à 1600 pages en 2004, augmentant de 10 % en volume ces dix dernières années et de plus de 40 % en quarante ans[1868]. En effet, l'inflation législative, si elle peut être parfois comprise comme le facteur d'un déclin du droit, est également perçue comme le symptôme d'une mutation de la rationalité juridique intervenue depuis l'avènement de l'État Providence. Les analyses sur les mutations du droit, qu'elles mettent l'accent sur l'aspect nocif du déclin de la prescription juridique et de l'inflation normative, ou qu'elles mettent en avant les

[1863] *La crise de la technique législative*, DROITS, n°4, 1987, p. 75.

[1864] Lucien JAUME, *La loi*, op. cit., p. 236.

[1865] Il semble loin le temps où Jean RIVERO pouvait « *s'étonner du peu d'échos que l'activité du législateur trouve dans les médias. Le vote d'une loi, même importante, ne semble guère être, pour les responsables de la Télévision, un évènement méritant même une allusion susceptible d'avoir, sur l'audimat, une influence positive.* […] *Cette indifférence médiatique ne facilite pas la connaissance de l'activité législative et ne favorise pas son prestige dans une société où l'importance des événements tend à se mesurer à la place que leur accordent les détenteurs du quatrième pouvoir* », *État de droit, état du droit*, Mélanges Braibant, op. cit., p. 613.

[1866] Alain VIANDIER, *La crise de la technique législative*, op. cit., p. 77.

[1867] Jacques CHEVALLIER, *La rationalisation de la production juridique*, IN MORAND Charles-Albert, *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991, p. 15.

[1868] Jean-Claude ZARKA, *Á propos de l'inflation législative*, D., n°10-2005, p. 660.

avantages de la contractualisation du droit, retiennent ainsi comme facteur causal principal le développement de l'État Providence. Comme le souligne Jacques CHEVALLIER, « *si ce droit interventionniste s'est coulé dans les formes juridiques libérales traditionnelles, il a eu pour effet de modifier en profondeur la configuration du système juridique, en compromettant sa « rationalité » : mis au service de « programmes finalisés », s'insérant dans des « séquences d'action », le droit perd ses caractéristiques traditionnelles* »[1869]. Il a effectivement été démontré que la production juridique avait profondément changé de nature à mesure que l'État élargissait son emprise sur un certain nombre d'activités sociales ; ainsi, l'accroissement du stock de textes en vigueur, l'allongement même des textes coïncident avec le constat d'une production juridique qui renonce de plus en plus à prescrire les conduites des citoyens, ainsi qu'en attestent le développement des normes programmatrices, des déclarations d'encadrement ou autres normes d'orientation[1870].

Mais ce développement de normes non prescriptives a également une explication plus politique. Il s'agit de mettre l'accent sur les nouvelles fonctions qui sont assignées à la loi. Tout d'abord, il est évident que le Parlement est légitimé par la production de lois ; la loi a donc une utilité « *syllogistique* »[1871] puisque c'est en rapport du nombre de lois votées que se mesure l'importance politique de l'organe législatif. Comme le souligne Jean-Bernard AUBY, la loi assure ici « *sa propre légitimation* »[1872]. Ensuite, la loi peut répondre à un besoin social. Elle change alors de nature pour devenir, ainsi que l'avait subtilement mis en évidence Jean CARBONNIER, « *un procédé de gouvernement ou de gestion, une sorte de note de service à réitérer et à réadapter sans répit* ». Mais, le prestigieux auteur nuançait toutefois son propos en rappelant qu'il « *n'y a pas d'inflation lorsque les lois nouvelles sont élaborées en cadence avec des besoins nouveaux. Seulement, il est des besoins artificiels, voire imaginaires* »[1873] qui eux ont une action inflationniste. Or, si l'on admet que les médias rendent autant compte de la réalité sociale qu'ils ne la transforment, la conclusion s'impose d'elle-même : la loi perd en précision pour devenir « *l'écho d'un certain nombre de*

[1869] *La rationalisation de la production juridique*, op. cit., p. 17.

[1870] Cf. Jean-Bernard AUBY, *Prescription juridique et production juridique*, IN COMMAILLE Jacques (Dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et société, 1991, pp. 159-170.

[1871] Jean-Marie PONTIER, *Á quoi servent les lois ?*, D., n°4-2000, p. 59.

[1872] *Prescription juridique et production juridique*, op. cit., p. 168. Ce qui ne veut pas dire que la légitimation soit nécessairement celle du Parlement, ainsi qu'en atteste l'analyse du nom des lois, souvent revêtue du nom patronymique du ministre qui est à l'origine du projet de loi. Cf. Pierre COUVRAT, *Le nom de la loi. Une balade dans le jardin des lois pénales*, Mélanges Lombois, *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit*, PULIM, 2004, pp. 513-524.

[1873] *Droit et passion du droit sous la Vème République*, op. cit., p. 110.

fantasmes qui agitent la société »[1874], tout en remplissant une certaine fonction d'agenda. La loi devient alors un « *instrument de communication* »[1875], dont le titre souvent accrocheur cache mal la visée politique du texte[1876]. La loi prend alors une nouvelle forme caractéristique du temps en réseau dont François OST nous dit qu'il est celui « *d'un présent ou d'un instant « dilaté » qui, à défaut d'historicité, se sature de simultanéité* »[1877]. De ce fait, la loi « *est souvent un acte du moment, presque de l'instant* [qui] *utilise les méthodes de l'administration, avec une fonction immédiate de communication publique.* […] *L'objectif n'est pas de créer du droit mais d'être écouté de l'opinion et crédité par elle du principe d'une réforme, dont l'économie détaillée importe peu à ce stade ; il s'agit de marquer des points dans le débat politique du moment, plus que de faire du droit* »[1878]. Mais, bien plus, c'est la structure même de la loi qui se trouve atteinte, en atteste l'exemple des *sunset laws*[1879] ou des lois expérimentales[1880]

Pourtant, cette dénonciation d'une dénaturation quantitative et qualitative de notre ordonnancement juridique peut laisser perplexe. D'une part, cette critique n'est pas si nouvelle

---

[1874] Jean-Marie PONTIER, *Á quoi servent les lois ?*, op. cit., p. 60.

[1875] Dominique ROUSSEAU, *La loi ? Un instrument de communication*, Le Monde, 4 février 2005 ; cf. également Edwin MATUTANO, *L'adoption de la norme juridique, l'opportunité politique et la communication institutionnelle : trois données en quête de synchronisme*, RRJ, n°1-2006, pp. 41-49.

[1876] Ce qu'avait mis en cause le Conseil d'État dans son rapport public de 1993, redoutant que « *la tendance à recourir, en vue de dénommer certains projets de loi* […] *à des intitulés qui ne font pas en toute rigueur justice à leur contenu n'affaiblisse le crédit de la loi et du législateur, et n'entretienne différentes catégories de confusions, soit sur ce que la loi peut faire et ne peut faire, soit sur la portée juridique que comporte un texte déterminé.* [Il n'est pas dans la vocation des titres] *de constituer un commentaire publicitaire de la loi* », cité par Nicolas MOLFESSIS, *Le titre des lois*, Mélanges Catala, *Le droit privé face à la fin du XX*ème *siècle*, Paris, Litec, 2001, p. 61.

[1877] Et l'auteur d'ajouter : « *La multilatéralité des rapports (simultanéité) l'emporte sur la séquentialité de la construction du sens (historicité) ; l'instantanéité de l'échange d'informations l'emporte sur la constitution d'un cadre symbolique collectif qui fasse sens durablement* », *Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information*, IN CLAM Jean et MARTIN Gilles (Dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Maison des sciences de l'Homme, Réseau européen Droit et société, 1998, p. 432.

[1878] Yves GAUDEMET, *La loi administrative*, RDP, n°1-2006, p. 79 et p. 81..

[1879] Ces actes prévoient un terme fixe et une évaluation des résultats produits par la loi. L'objet n'est pas tant d'améliorer la législation que de faire disparaître des lois inefficaces ou qui auraient produit des effets pervers. Cf. Bertil COTTIER, *Les sunset laws : des lois expérimentales à la mode américaine*, IN MORAND Charles-Albert (Dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, PUAM, 1993, pp. 161-182.

[1880] Ici, « *la philosophie est toute autre. Il s'agit de permettre à l'autorité d'acquérir les connaissances nécessaires pour adopter un jour une réglementation définitive, de mettre en place une procédure d'information et d'apprentissage pour le législateur. La loi expérimentale constitue le premier temps d'un processus législatif complexe qui, au bout du compte, vise à pérenniser la loi* », Charles Albert MORAND, *Structures temporelles de la loi*, IN CÔTÉ Pierre-André et FRÉMONT Jacques (Dir.), *Le temps et le droit*, op. cit., p. 63. Le récent ajout d'un article 37-1 dans l'ordonnancement constitutionnel disposant que « la loi et le règlement peuvent comporter des dispositions à caractère expérimental » confirme ce mouvement général.

d'un point de vue doctrinal[1881]. Elle ne fait que reprendre un certain nombre d'arguments déjà avancés par PORTALIS[1882] ou par ROUSSEAU[1883]. La doctrine libérale elle aussi s'insinuera dans ce créneau puisque CONSTANT[1884] ou TOCQUEVILLE avaient pu stigmatiser cette « *maladie chronique qui tue le pouvoir qui fait les lois* »[1885]. Emile GIRAUD, dans un ouvrage entièrement consacré à cette question souligne pour sa part toute l'ambiguïté du problème : d'un côté, « *il est difficile de repousser franchement une loi dont le principe est juste et à laquelle l'opinion publique est favorable* » ; mais d'un autre côté, force est de constater que ce phénomène s'auto-entretient puisque l'État connaît « *un besoin de perfectionnement incessant. Par l'institution du suffrage universel, par la liberté de la presse, par la large publicité donnée aux débats parlementaires, on fait appel à l'esprit critique des citoyens, on leur fait toucher du doigt les abus, on fait naître en eux la soif des réformes et du progrès, on leur promet solennellement ces réformes chaque fois que l'on fait appel à leurs suffrages* »[1886]. Dès lors, le constat des lois mal faites dessine, selon l'auteur, une démocratie « *atteinte d'une grave apathie fonctionnelle. Le législateur prend des décisions importantes seulement quand la pression des évènements*

[1881] Cf. par exemple, Henri CAPITANT, *Comment on fait les lois aujourd'hui*, RPP, n°271, 1917, pp. 305-317 ; Louis JOSSERAND, *Un ordre juridique nouveau*, D., 1937, Chron., 9ème Cahier, p. 41 ; René SAVATIER, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, D., 1977, Chron., 6ème Cahier, pp. 43-48.

[1882] « *La loi statue sur tous : elle considère les hommes en masse, mais comme particuliers, elle ne doit pas se mêler des faits individuels, ni des litiges qui divisent les citoyens. S'il en était autrement, il faudrait journellement faire de nouvelles lois : leur multitude étoufferait leur dignité et nuirait à leur observation. Le jurisconsulte serait sans fonctions et, le législateur, entraîné par les détails ne serait bientôt plus que jurisconsulte. Les intérêts particuliers assiègeraient la puissance législative ; ils la détourneraient, à chaque instant, de l'intérêt général de la société* », *Discours préliminaire*, p. 475, cité par Jean-Louis SOURIOUX, *Le bon législateur selon Portalis*, Mélanges Jestaz, *Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 517.

[1883] « *Tout État où il y a plus de lois que la mémoire de chaque citoyen n'en peut contenir est un État mal constitué, et tout homme qui ne sait pas par cœur les lois de son pays est un mauvais citoyen ; aussi Lycurgue ne voulut-il écrire que dans les cœurs des Spartiates* », *Fragments politiques*, IV, 6, cité par Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire de Notariat, Defrénois, 2ème Éd., 1995, p. 309. ROUSSEAU avait déjà eu l'occasion d'écrire qu'un « *État ainsi gouverné a besoin de très peu de lois, et à mesure qu'il devient nécessaire d'en promulguer de nouvelles, cette nécessité se voit universellement* », *Du Contrat social*, Livre IV, Chap. I.

[1884] « *La multiplicité des lois flatte dans les législateurs deux penchants naturels, le besoin d'agir et le plaisir de se croire nécessaire. Toutes les fois que vous donnez à un homme une vocation spéciale, il aime mieux faire plus que moins.* […] *La seule tendance des assemblées à multiplier à l'infini le nombre des lois, est un inconvénient sans remède, si leur séparation immédiate et leur recomposition avec des éléments nouveaux, ne les arrêtent dans leur marche impétueuse et irrésistible* », *Principes de politiques applicables à tous les gouvernements représentatifs et plus particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, 1815, repris IN *Écrits politiques*, op. cit., p. 339. Et CONSTANT de confirmer qu'il voit en elle « *la maladie des États représentatifs* ».

[1885] « *Il y a des maladies pour les corps les mieux faits ; la maladie chronique qui tue le pouvoir qui fait les lois, c'est l'intempérance législative, c'est la tyrannie de ce corps qui veut sans cesse légiférer.* […] *La lèpre des démocraties c'est l'impétuosité, ce qu'on peut appeler l'étourderie législative et au bout de cette impétuosité l'oppression* », Procès-verbal, Séance du 25 mai 1848, pp. 37-38.

[1886] *La crise de la démocratie et les réformes nécessaires du pouvoir législatif*, op. cit., pp. 22-24.

ou de l'opinion le force à agir, et alors encore il décide mal : son œuvre si péniblement et si lentement achevée donne l'impression d'un travail bâclé »[1887]. En d'autres termes, l'ensemble des penseurs politiques semble s'accorder sur la nécessité d'avoir un petit nombre de lois dans un État démocratique, même si les justifications peuvent diverger. Á tel point que l'argument de l'inflation législative, de rhétorique, semble devenu idéologique. Cette hypothèse semble confirmée par l'usage, éminemment contestable, de l'argument statistique tant il semble difficile de mesurer quantitativement l'augmentation du nombre de lois[1888]. Ainsi que le souligne Pascal MBONGO, cet argument aurait en effet un double inconvénient en ce qu'il ne prendrait pas en compte « *la part considérable de lois votées tous les ans par le Parlement et se rapportant aux relations internationales de la France* »[1889], entretenant par là même le discours « gallocentriste » d'un mal typiquement français[1890]. En réalité le discours sur l'inflation législative est tout aussi incantatoire que le mal qu'il dénonce. Par exemple, le discours sur l'accélération juridique du temps souffre des arguments déjà avancés par DICEY au début du siècle. Le professeur d'Oxford avait ainsi mis en évidence la profonde temporalité qui atteint l'acte législatif puisque « *l'opinion qui modifie la loi est, en un sens l'opinion de l'époque à laquelle la loi est effectivement changée ; en un autre sens, elle a souvent été en Angleterre l'opinion qui dominait vingt ou trente ans auparavant ; elle a été, en réalité, l'opinion du jour aussi souvent que celle de la veille* »[1891]. En d'autres termes, retrouver la dimension statique du droit[1892] signifie davantage de savoir « *si au-delà des incantations, il est possible de faire autrement que de composer avec une tension inhérente : au caractère complexe de nos sociétés, lequel implique nécessairement une décroissance du degré de généralité des règles juridiques ; à*

[1887] Ibid., p. 30.

[1888] Cf. en ce sens, Étienne GRASS, *L'inflation législative a-t-elle un sens ?*, RDP, n°1-2003, pp. 139-159. L'auteur souligne qu'il est quasi impossible de d'évaluer tant le nombre de lois que le volume des lois proprement dit.

[1889] Pascal MBONGO, *De l'inflation législative comme discours doctrinal*, D., n°20-2005, p. 1300.

[1890] Telle est par exemple la position de Jean CARBONNIER. Selon le grand juriste français, « l*es autres* [Allemagne, États-Unis] *ont un espace social qui est aujourd'hui envahi autant de droit que le nôtre, peut-être avantage même. Mais ils n'ont pas la passion du droit. Le droit est, pour eux, une technique utilitaire conditionnée par une fin précise : il y a une difficulté pratique à résoudre, un étranglement à dénouer qui quelque part bloquait le flux.* […] *La législation, chez nous, est perçue moins comme la conséquence d'un besoin que comme une réponse à un appel : la loi n'y satisferait pas de ne régler que les embarras d'un moment, elle entend fonder un ordre* », *Droit et passion du droit (…)*, op. cit., p. 270.

[1891] *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'Opinion publique (…)*, op. cit., p. 30.

[1892] On aura reconnu là la pensée de Georges RIPERT : « *Quand je dis que la notion de droit est une notion statique, je n'entends pas par là que les règles n'aient pas changé et ne changeront pas, mais je veux affirmer qu'il est dans leur nature de durer et non de changer* », *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2ème Éd., 1955. p. 4.

leur caractère démocratique, lequel contraint les gouvernants à répondre aux demandes émanant de tout ou partie d'un corps social de plus en plus autonome et atomisé ; et à leur caractère libéral, lequel contraint les gouvernants à formaliser leurs choix dans des textes de droit »[1893].

Sous-Paragraphe 2. La rationalisation du processus législatif

La thèse présentant le déclin du droit comme une crise de la rationalité juridique amène à penser que la loi, considérée comme l'incarnation de la Raison dans la doctrine classique[1894], devait être l'objet et non plus le vecteur de cette rationalisation. Mais cette rationalisation s'avère ambiguë en ce qu'elle mobilise une argumentation contradictoire[1895]. En effet, d'un certain point de vue, elle conduit paradoxalement à vouloir un ajustement de plus en plus poussé du droit à la réalité sociale. La prise en compte de l'opinion publique permet donc aux gouvernants de faire émerger un nouvel art législatif, notamment au moyen de l'utilisation de sondages d'opinion[1896]. Ainsi que l'a rappelé Jean CARBONNIER à propos d'un certain nombre de réformes en droit de la famille – égalité successorale entre enfants naturels et enfants légitimes, divorce par consentement mutuel – « *la fixation des bases est renvoyée à la démocratie directe par l'intermédiaire d'un sondage probabiliste – une démocratie indirectement directe : à un échantillon représentatif de la population électorale est demandée son opinion sur la valeur et l'opportunité de la* lex ferenda. *C'est en somme un moyen mathématisé d'extraire de l'inconscient collectif le* Volksgeist *cher à l'école historique* »[1897]. La conséquence est double : d'une part, « *un législateur réaliste hésitera ensuite, sous le prétexte d'une fonction pédagogique de la loi, à prendre le contre-pied d'une opinion très majoritaire ainsi dégagée* »[1898]

[1893] Pascal MBONGO, *De l'inflation législative comme discours doctrinal*, op. cit., p. 1301.

[1894] Pour une présentation de cette doctrine et sa critique, notamment sous l'angle de la théorie du droit, cf. Zygmunt ZIEMBINSKI, *La notion de rationalité du législateur*, APD, T. 23, 1978, pp. 175-187. L'auteur rappelle ainsi que « *l'hypothèse de la rationalité du législateur n'est pas un moyen d'expression du fait social nommé « validité d'un système légal », mais le moyen permettant de comprendre l'activité des dogmaticiens construisant un système de normes bien adapté pour accomplir les fonctions d'un système de droit. L'idée de rationalité du législateur est utile pour comprendre le processus de construction par les juristes d'un système de normes légales* », p. 186.

[1895] En ce sens, Didier WITKOWSKI, *Opinion publique et rationalisation du droit*, Mémoire de DEA, Paris II, dactyl., 1991.

[1896] Pour une analyse historique et politiste de l'utilisation des « sondages d'opinion législative » sous la Vème République, cf. Antoine VAUCHEZ, *Le droit en transitions. L'invention d'un nouvel art législatif au service de la Vème République naissante*, IN CURAPP, *Sur la portée sociale du droit*, PUF, 2005, pp. 280-284.

[1897] *Essai sur les lois*, op. cit., p. 280.

[1898] Ibid., p. 280. Telle était également la position de BENTHAM : en effet, selon le penseur anglais, « *il ne suffit pas de faire connaître la loi, il est également nécessaire de faire savoir ce que pense le public de telle ou telle infraction, ou des questions qui font l'objet d'un débat d'intérêt général. Bentham affirme donc à la fois l'exigence d'informer correctement les membres de la communauté politique et celle de prendre sans cesse leur avis, il ne fait*

mais, d'autre part, le recours aux études et autres sondages d'opinion représentera également pour le pouvoir politique le moyen ultime « *de convaincre les citoyens de la justice de leurs procédés, de la légitimité de leurs décisions ou des qualités de leurs produits* »[1899]. Sans doute, dans cette hypothèse, peut-on s'accorder avec DICEY sur ce que « *la loi et l'opinion sont ici mêlés à tel point qu'il est difficile de dire si c'est l'opinion qui a le plus fait pour produire la législation ou si ce sont les lois qui ont le plus fait pour créer un état d'opinion législative* »[1900]. Mais, l'essentiel n'est pas vraiment là : il s'agit plutôt de démontrer que, comme pouvait l'écrire le Doyen VEDEL, « *les lois ont en général plus de clarté, éventent plus de pièges tendus à leurs futurs interprètes, posent moins d'énigmes qui naîtraient de la nécessité de les combiner avec d'autres textes. Ce n'est pas que les députés soient plus intelligents que les fonctionnaires ; c'est qu'ils sont en contact avec l'opinion ou, plutôt avec celles de ses fractions que le projet intéresse* »[1901].

Néanmoins, cette opinion semble aujourd'hui battue en brèche[1902]. Ainsi l'ancien président du Conseil constitutionnel Pierre MAZEAUD pouvait-il souligner en 2006 à l'occasion de ses vœux au Président de la République que « *les pouvoirs publics se condamneraient à « tourner en rond » s'ils se déterminaient principalement en fonction des sondages d'opinion. Toujours en quête d'acceptation, ils seraient toujours désavoués,* in fine*, par le jugement public* »[1903]. Le mal est donc connu : il s'agit de ces lois dénuées de toute charge normative, incantatoire et soumises aux soubresauts de l'opinion publique, revigorant l'illusion du gouvernement direct, cet « *état où la volonté générale ne serait plus que le caprice de chaque heure* »[1904]. Là aussi la critique est ancienne, DUPORT rappelant par exemple lors des premiers débats relatifs au Code pénal que « *ce n'est pas toujours par une*

---

aucun doute qu'il aurait été enthousiasmé par le système des sondages d'opinion et par le développement des médias », Marie-Laure LEROY, *Liberté, droits et démocratie dans l'utilitarisme de Bentham*, op. cit., pp. 248-249.

[1899] Romain LAUFER et Catherine PARADEISE, *Le Prince bureaucrate : Machiavel au pays du marketing*, Paris, Flammarion, 1982, p. 26, cité par Jacques COMMAILLE, *Droit et mœurs ou l'avènement d'un modèle réciproque*, DROITS, n°15, 1994, p. 74.

[1900] *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'Opinion publique (…)*, op. cit., p. 40.

[1901] *Le rôle de l'opinion en démocratie*, op. cit., p. 320.

[1902] Déjà Georges BURDEAU avait-il fortement critiqué ce rôle instrumental des sondages : ainsi estimait-il que « *ce n'est pas de dire cependant que l'opinion a perdu toute influence dans la vie politique. Elle y est encore présente, mais dégradée jusqu'à devenir un instrument des gouvernants plutôt que leur inspiratrice. Autour de ces thèmes et grâce à une information dirigée dont les moyens ne lui font pas défaut, le pouvoir n'a pas de mal à rassembler une sorte d'acquiescement tacite que l'on nomme encore opinion publique, mais d'où est exclu ce qui fit naguère la valeur de celle-ci : un effort de réflexion personnelle* », *Opinion publique*, op. cit., p. 951.

[1903] En ligne sur le site du Conseil constitutionnel. Pierre MAZEAUD adhère donc ici à la critique sociologique des sondages en opposant l'opinion sondagière au « jugement public » qui s'apparente au tribunal de l'opinion publique cher aux penseurs libéraux. Cf. Patrick CHAMPAGNE, *Le sondage et la décision politique*, PROJET, n°268, 2001, pp. 65-72.

obéissance ponctuelle et servile aux ordres de l'opinion, que les législateurs portent les lois les plus utiles à leur pays ; souvent ces lois n'ont de rapport qu'à des besoins momentanés et ne remédient qu'à des effets : les résultats heureux et vastes qui décident du bonheur des peuples tiennent en général à la médiation et au calcul »[1905]. La rationalisation signifierait donc le retour à un idéal technicien de gouvernement de la Raison qui ne soit pas empêtré dans les considérations ponctuelles de la multitude inorganisée que représente le peuple[1906]. En réalité, la critique est facile et partielle tant les causalités du désordre normatif ne peuvent être uniquement imputées à des mouvements sociétaux : celles-ci sont nécessairement enchevêtrées avec des facteurs propres à la confection de la loi[1907]. En effet, à l'heure où d'aucuns s'interrogent sur le véritable auteur de la loi[1908], sans doute convient-il de souligner que « *le premier facteur d'aggravation est donc la multiplication des auteurs de la loi. Elle n'est plus l'expression de la volonté générale, la volonté d'un pouvoir législatif mais d'une fonction normative partagée, parcellisée, dont le Parlement n'est plus qu'un organe sanctionnateur, qui lui donne sa valeur juridique dans la hiérarchie des normes qui apporte une touche de parlementarisme dans un halo de décideurs, mais dont il est de moins en moins l'auteur réel. Le législateur est devenu un scribe et n'est plus un acteur, un auteur, une volonté* »[1909]. La loi utilise donc

---

[1904] Ernest Renan, *La monarchie constitutionnelle en France*, 1870, p. 127, cité par Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée (…)*, op. cit., p. 435.

[1905] Cité par Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela et Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 296.

[1906] Comme l'indique Laurence Kaufmann, « *l'invocation rituelle de l'opinion publique est un instrument discursif redoutable pour les aspirants ou les tenants du pouvoir : tout en préservant l'illusion démocratique de la participation de tous les citoyens à la décision politique, elle substitue à l'expression collective et directe de l'opinion populaire, telles les grèves et les manifestations de rue, le mode de participation distant, privatif et surtout « réactif » des avis individuels.* […] *Elle participe d'une nouvelle anatomie politique qui délaisse les mécanismes répressifs de la domination au profit des techniques de gestion scientifique et administrative dont les sondages d'opinion seraient la manifestation privilégiée* », *Opinion publique*, in Mesure Sylvie et Savidan Patrick (Dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, puf, Coll. Quadrige, 2006, p. 834.

[1907] Jean-Éric Schoettl, *Les causalités enchevêtrées du désordre normatif*, pouvoirs, n°116, 2006, pp. 155-159. Le schéma proposé page 157 par l'ancien secrétaire général du Conseil est particulièrement instructif. Cf. également le dossier constitué par Le Monde du 24 janvier 2007.

[1908] Pierre Avril, *Qui fait la loi ?*, pouvoirs, n°114, 2005, pp. 89-99 ; Jean Gicquel, *Le législateur de la V*ème *République : variations sémantiques*, Mélanges Escarras, op. cit., pp. 501-509.

[1909] Guillaume Drago, *La confection de la loi sous la V*ème *République : pouvoir législatif ou fonction partagée ?*, droits, n°43, 2006, p. 65. Ce constat avait déjà été mis en évidence par Jean Carbonnier : « *Les préoccupations des bureaux deviennent par symbiose les préoccupations du ministre. De là, découle un reproche plus grave : c'est que chaque compartiment légifère sur les problèmes de sa spécialité sans les intégrer dans une vision d'ensemble du système juridique. Le Premier ministre aurait ici une fonction de coordination à exercer, mais souvent, il reste en retrait. Et sur tel cas clinique qui lui corne aux oreilles, tel ministère se hâtera d'élaborer des remèdes spécifiques sans se demander s'ils ne font pas double emploi avec le droit commun ou s'ils ne risquaient pas de le perturber. On comprend que le droit bureaucratique ait, dans l'inconscience, puissamment contribué à l'inflation du droit* », *Droit*

les méthodes d'élaboration et les procédés rédactionnels de l'Administration, qui tend souvent à supplanter l'exercice de la volonté législative, et renforçant, paradoxalement le caractère conjoncturel de certains lois[1910]. Le discours des experts, notamment lié à l'intervention préventive du Conseil d'État dans le processus d'élaboration de la loi en vertu de l'article 39 de la Constitution[1911], contribue sans doute à l'illisibilité excessive contre laquelle tente de lutter le Conseil constitutionnel, autant qu'il porte atteinte à notre conception libérale et représentative des institutions[1912].

Paragraphe 2. Vers une redéfinition de la norme législative

Devant les appels répétés du gouvernement[1913], de la doctrine, de certaines juridictions elles-mêmes fustigeant les lois bavardes, « *le droit mou, le droit flou, le droit à l'état gazeux* »[1914], et même

---

et passion du droit sous la Vème République, op. cit., p. 31.

[1910] C'est ce qu'avait déjà souligné Jacques ELLUL selon qui « *le technicien ne conclut jamais qu'à une vérité de détail. Son esprit analytique lui fait saisir, percevoir et affirmer une vérité strictement localisée. Cette vérité rigoureusement délimitée va faire l'objet d'une loi. Á chaque vérité doit correspondre une loi* », *La technique ou l'enjeu du siècle*, Paris, Armand Colin, 1954, p. 270, cité par Élisabeth MELLA, *La loi technicienne sous la Vème République : the one best law*, LPA, n°134-2007, p. 14.

[1911] Cf. la décision n°2003-468 DC du 3 avril 2003 Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques : « *Considérant que, si le Conseil des ministres délibère sur les projets de loi et s'il lui est possible d'en modifier le contenu, c'est, comme l'a voulu le constituant, à la condition d'être éclairé par l'avis du Conseil d'État ; que, par suite, l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le Conseil des ministres doit avoir été soumis au Conseil d'État lors de sa consultation* », Cons. 7. Cf. Guillaume Drago, *Fonctions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans la confection de la loi*, in Drago Roland (Dir.), *La confection de la loi*, Paris, puf, Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, pp. 63-77.

[1912] Ce que souligne Guillaume DRAGO : « *l'expression de la volonté générale est devenue le masque des volontés de la minorité dirigeante, s'appuyant sur les ordres* […] *de hauts fonctionnaires, les Grands Corps sans âmes et le système administratif, relayés par le système des partis. Dans ces déviations du régime constitutionnel de la Vème République, on s'éloigne des règles libérales du consentement des citoyens aux règles communes d'exercice du pouvoir, de cette participation délibérative de tous à la désignation des dirigeants et à leurs décisions* », *La confection de la loi sous la Vème République (…)*, op. cit., p. 69.

[1913] Ainsi la Circulaire du 25 mai 1988 relative à la méthode de travail du gouvernement invitait les membres du gouvernement à éviter « *les dispositions sans contenu normatif n'ayant leur place que dans les exposés des motifs ou les débats* », JO, p. 7381. Cette préconisation a été réitérée dans une circulaire du 1er juillet 2004 relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes : « *Les projets de loi ne doivent pas comporter de dispositions sans contenu normatif, se limitant à des déclarations de principe ou à la présentation de la philosophie du texte. En effet, les lois ont pour objet d'autoriser, d'ordonner, d'interdire, de créer des droits et des obligations. Les raisons pour lesquelles elles sont soumises au Parlement, l'esprit dont elles procèdent, les objectifs qu'elles se fixent relèvent de l'exposé des motifs, des explications à fournir au Parlement et au public, voire des commentaires que les ministres responsables peuvent en donner après leur promulgation, notamment dans les circulaires* » (article 2.1.1.1.).

[1914] Rapport public du Conseil d'État, EDCE, La Documentation française, n°43, 1991, p. 32.

d'une proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de loi[1915], le Conseil constitutionnel a décidé de se poser en véritable cerbère de la production législative[1916] et de censurer les dispositions non normatives contenues dans la loi (**Sous-Paragraphe 1**). Il s'agirait donc de mettre fin à un certain nombre d'abus du législateur qui ont progressivement transformé la loi en un « *salmigondis de dispositions techniques, voire dispensatrices de « vérités » historiques ou scientifiques.* [Finalement] *la loi s'égare autant qu'elle s'épuise à traduire les émotions, suscitées ou spontanées, de l'opinion* »[1917]. Si, d'un point de vue politique, la jurisprudence du juge constitutionnel renoue pour partie avec un certain idéal libéral et représentatif, elle ne manque toutefois pas de susciter des interrogations sur le strict plan de la théorie du droit (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Le Conseil constitutionnel, gardien de la rationalité de la loi

En affirmant que « *la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par la suite être revêtue d'une portée normative* »[1918], le Conseil constitutionnel a très clairement marqué son souci de lutter contre « *le désordre normatif* »[1919] maintes fois dénoncé par la doctrine. Rapportée aux jurisprudences relatives à l'accessibilité et à l'intelligibilité de loi, cette chasse aux « *neutrons législatifs* »[1920] s'insère au sein d'un corpus idéologique et théorique cohérent qu'il convient de rappeler ici. Tout d'abord, il ne fait pas de doute que la haute instance adhère sans réserve à une conception strictement normativiste de la loi. Puisque le droit est un ordre de contraintes, la loi se doit de prescrire, ces prescriptions pouvant prendre diverses formes : autorisation, permission, habilitation, interdiction, obligation etc.[1921] ; cet énoncé normatif s'oppose donc « *à*

[1915] Proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi, n°1832, 5 octobre 2004. Pour un commentaire critique, cf. Jean-Philippe FELDMAN, *Sur la proposition de loi constitutionnelle « tendant à renforcer l'autorité de la loi »*, D., n°6-2005, pp. 399-402 ; Laure GAUTHIER-LESCOP, *Une résolution du Parlement pour lutter contre l'inflation législative*, RDP, n°1-2007, pp. 111-129.

[1916] Selon la formule de Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative*, précité.

[1917] Bertrand MATHIEU, *Le droit d'amendement : en user sans en abuser*, op. cit., p. 307.

[1918] Décision n° 2004-500 DC, LOI ORGANIQUE RELATIVE À L'AUTONOMIE FINANCIÈRE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, Cons. 12.

[1919] Guillaume DRAGO, *Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif*, RDP, n°1-2006, pp. 45-64.

[1920] La paternité de cette expression revient à Jean FOYER lors de son discours à l'Assemblée nationale à propos de la Loi d'orientation de la recherche et du développement technologique, AN, 21 juin 1982, p. 3667.

[1921] Éric MILLARD, *Qu'est-ce qu'une norme juridique ?*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°21, 2006, p. 61.

l'énoncé qui reconnaît, constate ou décrit une situation, promeut, favorise, encourage, ou encore exprime des vœux, des souhaits, des recommandations, des avis »[1922]. C'est donc logiquement que, saisi de la constitutionnalité de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, dite Loi Fillon, le Conseil a décidé de censurer un certain nombre de dispositions qu'il considérait comme « *manifestement dépourvues de toute portée normative* »[1923]. En d'autres termes, renouant avec l'image du « bon législateur » défendue par PORTALIS[1924], le Conseil constitutionnel a refusé que la loi prenne une simple forme déontique et il fait désormais primer une conception subjective de la norme, « *qui renvoie à une approche matérielle de la loi, s'attachant à son contenu* », sur une conception objective de la norme qui « *consiste en une approche formelle de la loi, relative à son appartenance à un ordre juridique donné* »[1925]. De fait, ainsi que le souligne Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, sont visés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel des énoncés législatifs « *recognitifs d'un fait physique (l'identité de la montagne), social (la famille est une valeur essentielle de la société), psychique (le sport est un moyen d'épanouissement) ou historique (la reconnaissance du génocide arménien), ainsi que ceux qui revêtent une forme impérative mais qui formulent une obligation abstraite et à connotation multiple (l'école doit contribuer à valoriser les talents)* »[1926].

Cette solution a également pour conséquence directe d'encadrer très strictement les lois d'orientation. Celles-ci, ainsi que le souligne l'ancien secrétaire général du Conseil, « *présentent des objectifs dont la réalisation est différée dans le temps. Elles permettent au gouvernement d'associer le parlement à la détermination d'une politique. En revanche, à la différence des lois de programme, les lois d'orientation sont rarement assorties d'engagements précis (notamment financiers) et, surtout, n'ont pas*

[1922] Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°21, 2006, p. 64.

[1923] Décision n°2005-512 DC, LOI D'ORIENTATION ET DE PROGRAMME POUR L'AVENIR DE L'ÉCOLE. Cf. Jean-Claude ZARKA, *La décision du 21 avril 2005 (Loi Fillon) du Conseil constitutionnel : une censure partielle prévisible*, D., n°21-2005, pp. 1372-1373 ; Jean-Pierre CAMBY, *La loi et la norme*, RDP, n°4-2005, pp.849-863 ; Michel VERPEAUX, *Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite*, D., n°28-2005, pp. 1886-1890. A par exemple été censurée la formulation selon laquelle « compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui de leurs parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives ».

[1924] « *La loi permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense* », cité par Jean-Éric SCHOETTL, note sous la décision n°2005-512 DC précitée, LPA, n°100-2005, p. 7.

[1925] Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative*, op. cit., p. 278.

[1926] *N'est pas normatif qui peut (…)*, op. cit., p. 65.

de définition juridique spécifique »[1927]. Le Conseil avait en effet eu l'occasion de rappeler qu'en dehors des lois de programme, des lois de plan, des rapports annexés aux lois de finance et aux lois de financement de la sécurité sociale, « *les simples orientations n'entrent dans aucune catégorie de textes législatifs prévus par la Constitution* »[1928]. Si le débat n'est pas nouveau[1929], le juge constitutionnel, tout en lui déniant tout caractère normatif, n'avait jusqu'à présent jamais censuré une loi d'orientation. En retenant cette conception matérielle de l'acte législatif, le Conseil conduit donc la loi d'orientation à être nécessairement une loi de programme qui, elle, échappe à l'exigence de normativité exigée pour d'autres catégories de lois[1930]. Dès lors, le Conseil constitutionnel peut-il également sanctionner la méthode, souvent usitée, du rapport annexé à la loi et dont le contenu est manifestement non normatif. Si celui-ci a un contenu qui relève d'une loi de programme, alors il doit suivre la procédure prévue par l'article 70 de la Constitution, qui prévoit notamment la consultation du Conseil économique et social[1931], sous peine d'encourir une sanction pour vice de procédure ; dans le cas contraire, il sera jugé contraire à la Constitution et à l'exigence de normativité associée à la loi ordinaire[1932].

[1927] Note sous la décision n°2005-512 DC précitée, op. cit., p. 10.

[1928] Décision n°2002-460 DC du 22 août 2002, LOI D'ORIENTATION ET DE PROGRAMMATION SUR LA SÉCURITÉ INTÉRIEURE, Cons. 21.

[1929] Ainsi le Sénateur MARTIN lors du débat sur le projet de loi d'orientation du commerce et de l'artisanat en 1973 déclarait-il que « *la loi est l'expression du droit positif, la loi est un ordre ; elle doit être immédiatement applicable et appliquée. Or,* […] *j'ai trouvé très peu de dispositions de droit positif, mais beaucoup de déclarations d'intention. Cela est, à mon avis, une erreur.* […] *La formule des lois d'orientation est – je le crois – une formule paresseuse. En tous cas, avec un certain degré de laxisme, la loi d'orientation est souvent, permettez-moi de le dire, une loi de démission* », séance du 14 novembre 1973, p. 1654, cité par André-Hubert MESNARD, *La notion de loi d'orientation sous la V*ème *République*, RDP, 1977, p. 1141.

[1930] Le Conseil a en effet rappelé que « *le grief tiré de leur défaut de portée normative ne peut être utilement soulevé à leur encontre ; ne saurait davantage être invoqué le grief tiré de leur imprécision* », Décision n°2005-516 DC du 7 juillet 2005 LOI DE PROGRAMME FIXANT LES ORIENTATIONS DE LA POLITIQUE ÉNERGÉTIQUE, Cons. 7. Néanmoins, ces énoncés programmatiques doivent remplir trois conditions pour ne pas être censurés par le Conseil : 1/ la loi de programme doit, en vertu de l'article 34 de la Constitution, toucher au domaine économique et social ; 2/ la loi de programme doit contenir un catalogue d'objectifs, ceux-ci pouvant être définis en terme qualitatifs ou quantitatifs ; 3/ s'il s'agit d'un projet de loi, le Conseil économique et social doit être consulté. Cf. Wagdi SABETE, *L'exception de la loi de programme*, RFDA, n°5-2005, pp. 930-934.

[1931] Certains défendent d'ailleurs l'idée selon laquelle le Conseil Économique et social « *est une institution de représentation de la société civile à la charnière de la société civile et de la société politique* », Jacques DERMAGNE, *La société civile entre jacquerie et démocratie sociale*, RPP, n°1012, 2001, p. 71. Pour une présentation, notamment historique, du Conseil, cf. Alain CHATRIOT, *Les apories de la représentation de la société civile. Débats et expériences autour des compositions successives des assemblées consultatives en France au XX*ème *siècle*, RFDC, n°71, 2007, pp.536-555.

[1932] Toutefois, comme le souligne Guillaume DRAGO, « *l'absence de valeur reconnue aux rapports annexés* […] *pose le problème de la valeur des amendements et de la discussion parlementaires qui les accompagnent* », *Le Conseil*

Une grande partie de la doctrine voit ainsi dans l'amélioration de la qualité et de la prévisibilité de la loi une réponse au dépérissement progressif du rôle du Parlement et un moyen d'achever sa rénovation. Sous couvert d'une redéfinition de ce que l'on entend par norme législative, on poursuit finalement un objectif politique, fort louable, de réhabilitation du vieux dogme rousseauiste de la loi comme expression de la volonté générale, ainsi qu'en atteste le choix du Conseil constitutionnel de fonder sa censure des dispositions législatives non normatives sur l'article 6 de la DDHC. En voulant éviter à tout prix que la loi ne soit « *qu'un cataplasme chargé d'apaiser les tensions sociales* » ou qu'elle n'exorcise « *la souffrance des désirs non réalisés et inscrits dans le champ de la reconnaissance sociale des groupes définis par un lient partiel et souvent ténu, de la même manière que le droit pénal est tout entier tourné vers la thérapie des victimes* »[1933], on contribue néanmoins à entretenir une vision idéalisée et mythifiée[1934] de la loi que d'aucuns ont appelé une « *illusion nomocratique* »[1935].

Sous-Paragraphe 2. Les limites théoriques à la conception de la normativité dégagée par le Conseil constitutionnel

Les arguments invoqués en faveur d'une censure des dispositions non normatives sont finalement assez proches de ceux concernant les principes de clarté et d'accessibilité de la loi. Justifiés par des considérations de sécurité juridique, il s'agit de prémunir le citoyen contre l'arbitraire qui résulterait d'une trop grande marge d'appréciation laissée au juge dans l'application du droit. Or, ainsi que nous l'avons déjà précisé, à moins de considérer le juge comme un simple organe d'application du droit, c'est par l'acte interprétatif qu'un énoncé est susceptible d'acquérir son statut normatif. Ceci n'est pas sans importance concernant les neutrons législatifs. En effet, il est courant d'opposer à la jurisprudence du Conseil un certain nombre de dispositions *a priori* dénuées de toute normativité et qui pourtant ont servi de fondement à une décision de justice, notamment afin d'affirmer ou de protéger un certain nombre de droits fondamentaux[1936]. Dans le même ordre d'idées, la méthodologie utilisée par le Conseil constitutionnel pour distinguer entre les dispositions normatives de celles qui ne le sont

constitutionnel, la compétence du législateur (…), op. cit., p. 59.

[1933] Bertrand MATHIEU, *Un an de jurisprudence constitutionnelle : bilan, perspectives et questions*, D., n°14-2005, p. 922.

[1934] Jean-Pierre MAUBLANC, *Les nouveaux mythes de la rationalité de la loi*, Mélanges Lavroff, op. cit., pp. 245-252. De même Pierre PACTET rappelait-il que l'utilisation rhétorique de l'article 6 de la DDHC relevait moins d'un « *principe opérationnel que de la survivance d'un mythe fondateur* », *La loi, permanence et changements*, Mélanges Chapus, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 515.

[1935] Vincent DESCOMBES, *L'illusion nomocratique*, DROITS, n°31, 2000, pp. 89-100.

pas n'est pas exempte de tout reproche. En choisissant de n'effectuer qu'un contrôle restreint, puisqu'il ne censurera que les dispositions « manifestement dépourvues de normativité », le juge constitutionnel français s'accorde une grande marge de manœuvre pour les dispositions qui ont une porté normative incertaine et pour lesquelles il utilisera les rapports parlementaires et la technique des réserves d'interprétation. En d'autres termes, on aboutit à un double paradoxe : d'une part, le Conseil constitutionnel s'accorde une fonction d'interprétation qu'il dénie partiellement aux autres juridictions et, d'autre part, plus l'énoncé semble non normatif et plus le pouvoir d'interprétation du juge apparaît comme primordial. D'ailleurs, il est difficilement compréhensible que le Conseil constitutionnel ait choisi de fonder sa censure sur l'article 6 de la DDHC et non sur l'article 16 de cette même déclaration. L'assimilation qu'il effectue entre le texte même de la loi et la norme, pourtant dénoncée de longue date par la doctrine[1937], lui confère ainsi l'occasion de se présenter comme le garant d'une certaine qualité et rationalité de la loi qu'il définit pourtant lui-même de manière subjective.

En outre, le distinguo qu'établit le Conseil constitutionnel entre les lois ordinaires et les lois programmatiques peut surprendre. Dans un article précurseur, Paul AMSELEK avait déjà rappelé combien l'assimilation entre la loi et la norme lui semblait inopportune et scientifiquement incertaine. Selon l'auteur, il importait en effet de considérer la loi comme une norme directive, dont la fonction instrumentale essentielle est de servir à guider, à diriger la conduite des hommes. Néanmoins, en acceptant cette hypothèse, AMSELEK rappelait que l'on devait encore distinguer entre les normes à fonction directive autoritaire, qu'il appelait commandements, et les normes à fonction directive souple, qu'il appelait recommandations. Les commandements sont

---

[1936] L'exemple le plus significatif ressort de l'utilisation faite par le Conseil constitutionnel du Préambule de 1946 : « Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle », Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, LOI RELATIVE AU RESPECT DU CORPS HUMAIN ET LOI RELATIVE AU DON ET À L'UTILISATION DES ÉLÉMENTS ET PRODUITS DU CORPS HUMAIN, À L'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION ET AU DIAGNOSTIC PRÉNATAL, Cons. 2.

[1937] Ainsi Ricardo GUASTINI estime-t-il que les juristes « *ne distinguent pas entre les textes qui font l'objet de l'interprétation, et le sens de ces textes* […]. *Ils croient qu'il y a une correspondance parfaite entre les énoncés du législateur et les normes* […]. *En d'autres termes, les juristes ne distinguent pas entre les mots et le sens des mots* », *Interprétation et description des normes*, IN AMSELEK Paul (Dir.), *Interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 94. Dans le même sens, cf. Pierre-André CÔTÉ, *Le mot « chien » n'aboie pas : réflexions sur la matérialité de la loi*, Mélanges Amselek, op. cit., pp. 279-295.

ainsi une variété de normes directives auxquelles est assignée la vocation spécifique de constituer des mesures à suivre obligatoirement, impérativement : « *les commandements ou diktats correspondent, en ce sens, à une technique de direction autoritaire, des conduites : par eux les dirigeants ou gouvernants dictent leur conduite aux gouvernés* ». Cette technique se distingue ainsi des recommandations qui laissent aux destinataires de la norme « *une large marge d'appréciation pour se conformer ou non à la norme, marge d'appréciation qui est au contraire exclue dans le cas des commandements* »[1938]. Juridiquement, à suivre le Conseil constitutionnel, la loi s'identifie donc à un commandement, mais l'évolution de la technique juridique, qui tend à privilégier les recommandations juridiques, met, selon l'auteur, le concept de loi en porte-à-faux. D'une part, « *il serait vain de prétendre dissocier radicalement les deux techniques de direction des conduites utilisées aujourd'hui par les pouvoirs publics alors qu'elles sont en fait étroitement combinées, imbriquées et indissociables et poursuivent le même but. Par exemple, les recommandations empruntent souvent la même procédure d'édiction que les commandements juridiques* »[1939]. Cet argument semble difficilement réfutable et est aujourd'hui largement partagé par la doctrine. Ainsi que le souligne Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, le distinguo opéré par le Conseil repose sur une « *fragilité conceptuelle* » : en effet, force est de reconnaître que « *dès lors qu'un énoncé est formulé par une autorité compétente et dans les formes requises par un ordre juridique donné, il acquiert une signification objective de norme* »[1940]. Ensuite, AMSELEK rappelle que « *parfois, d'ailleurs, le même acte juridique formule à la fois des commandements et des recommandations, les pouvoirs publics les assortissant de mesures autoritaires d'incitation* […] *ou de mesures autoritaires de dissuasion* »[1941]. En d'autres termes, le langage du législateur ne se réduit pas à l'édiction de commandements. Il peut être indicatif, descriptif ou même performatif[1942]. Mais l'idée même de désigner des objectifs à atteindre, comme dans les lois de programme, n'est pas purement énonciative[1943]. Elle comporte bien un certain sens de l'obligatoire intrinsèquement aux énoncés, même si tous les énoncés non-normatifs ou performatifs n'engendrent pas automatiquement des obligations. Á cet égard, le

---

[1938] Paul AMSELEK, *Norme et loi*, APD, T. 25, 1980, p. 101.

[1939] Ibid., p. 106.

[1940] *Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative*, op. cit., p. 278.

[1941] Paul AMSELEK, *Norme et loi*, op. cit., p. 106.

[1942] Pour une présentation, cf. Jerzy WROBLEWSKI, *Les langages juridiques : une typologie*, Droit et société, n°8, 1988, pp. 15-30.

[1943] Cf. également en ce sens, Wagdi SABETE, *L'exigence de « portée normative » de la loi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la notion de loi de programme*, RRJ, n°4-2005, pp. 2237-225.

cas des lois mémorielles apparaît particulièrement instructif ; ces quatre lois[1944], si l'on admet l'hypothèse que le Sénat confirmera la création d'un délit pénal de négation du génocide arménien, se présentent donc toutes sous une double forme déclaratoire (la reconnaissance d'un crime passé qui n'aurait pour d'autre but que de satisfaire certains groupes catégoriels) et normative (notamment par la mise en place de mécanismes relevant du droit pénal). Or, la doctrine[1945] ne manque pas de souligner que la fonction déclaratoire de ces lois ne saurait être compatible avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Or, ici, l'énoncé juridique qui reconnaît l'existence du génocide a bien une implication « *directive* »[1946] en ce qu'il lie, ainsi que nous l'a enseigné Hannah ARENDT, pardon et promesse[1947]. En d'autres termes, comme nous le rappelle AUSTIN dans son *Plaidoyer pour les excuses*, la dichotomie entre les énoncés descriptifs et les énoncés performatifs est parfois fallacieuse. Il en est ainsi des excuses et du pardon comme de la promesse et de tous les énoncés performatifs : « *il est clair que les énoncer, ce n'est pas décrire ce qu'il faut bien admettre que je suis en train de faire en parlant ainsi, ni affirmer que je le fais : c'est le faire* »[1948]. Pour le dire autrement, l'énoncé performatif, par l'acte même de son énonciation, réalise l'action qu'il énonce[1949]. En l'occurrence, c'est la reconnaissance par le Parlement français

---

[1944] On peut recenser pour l'instant 4 lois strictement mémorielles. Tout d'abord la loi Gayssot n°90-615 du 13 juillet 1990 qui tend à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe et qui a créé le délit de négationnisme (de la Solution finale) ; la loi n°2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 par l'État turc ; la loi Taubira n°2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite négrière et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité ; enfin la loi n°2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la nation et contribution nationale en faveur des français rapatriés. Il faut ajouter à cette liste la proposition de loi, qui comporte un seul article et qui vise à compléter la loi du 29 janvier 2001, proposant de pénaliser la négation du génocide arménien par une peine d'un an d'emprisonnement et une amende de 45 000 euros, que l'Assemblée nationale a adoptée en première lecture le 12 octobre 2006. Pour des développements, cf. Sébastien BÉNÉTULLIÈRE, *Le temps et le droit constitutionnel (…)*, précité.

[1945] Bertrand MATHIEU, *Les « lois mémorielles » ou la violation de la Constitution par consensus*, D., n°44-2006, p. 3001. Cf. également l'appel de soixante professeurs de droit contre les lois mémorielles, LPA, n°250-2006, pp. 7-8.

[1946] « *Les normes directives sont conçues, édictées et reçues comme des mesures « à remplir », à reproduire, à suivre, à observer.* […] *Elles sont les instruments de fabrication d'une histoire humaine sur mesure, ce qui implique que cette histoire humaine, n'est pas déjà entièrement pré-confectionnée, qu'il y a place pour une certaine liberté créatrice* », Paul AMSELEK, *Norme et loi*, op. cit., pp. 96-97.

[1947] « *Si nous n'étions pardonnés, délivrés des conséquences de ce que nous avons fait, notre capacité d'agir serait enfermée dans un acte unique dont nous ne pourrions jamais nous relever.* […] *Si nous n'étions liés par des promesses, nous serions incapables de conserver nos identités, nous serions condamnés à errer sans force et sans but* », *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, Coll. Liberté de l'esprit, 1983, pp. 302-303.

[1948] John AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Seuil, Coll. L'ordre philosophique, 1970, p. 41.

[1949] Cf. Christophe GRZEGORCZYK, *Le rôle du performatif dans le langage du droit*, APD, T. 19, 1974, pp. 229-241. On peut toutefois objecter qu'une « *telle inférence suppose ce qu'elle prétend prouver. En effet, ce n'est pas le fait*

du génocide arménien qui le fait advenir comme un fait historique indiscutable[1950]. Ainsi, nous accordons-nous à penser avec PAUL AMSELEK que « *considérer comme juridiques uniquement les commandements de ces autorités publiques et prétendre prêter à leurs recommandations une nature radicalement différente, c'est en fait uniquement la conséquence de l'emploi d'un matériel conceptuel inadapté, dépassé* »[1951].

En outre, ainsi que l'attestent parfaitement les lois mémorielles ou le droit pénal[1952], la loi remplit également cette fonction symbolique de « donner à croire » dont parlait Georges BURDEAU, produisant ainsi l'impression que « *les revendications ou les besoins sociaux visés par les règles ont été satisfaits, indépendamment de ses possibilités réelles d'application* »[1953]. Á titre d'exemple, si l'on examine la volonté du législateur de reconnaître le génocide arménien perpétré par les autorités turques, force est de constater que « *l'emploi du droit a donc été conforme à sa nature : le geste juridique ne constituait qu'en apparence une fin en soi ; il a effectivement été le moyen d'obtenir autre chose : un profit symbolique* »[1954]. En d'autres termes, il est vain de ne conférer à la loi qu'une simple dimension rationnelle : « *elle a également une composante irrationnelle, mettant en jeu toute*

---

de dire « je promets de réaliser l'action A » qui rend, en tant que telle, cette action obligatoire, mais bien la norme (déjà donnée ou supposée comme donnée) qu'il est obligatoire de respecter ses engagements », Otto PFERSMANN, *Norme*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1080.

[1950] Notre propos n'est donc pas ici de discuter de l'opportunité, politique, d'une telle reconnaissance, mais simplement de mesurer les effets juridiques qui en découlent. En ce sens, nous rejoignons Véronique CHAMPEIL-DESPLATS lorsqu'elle affirme : « *une chose est de considérer, pour diverses raisons, que le rôle du législateur n'est pas prendre de telles positions et de l'en dissuader par des arguments politiques ou institutionnels, une autre est de lui interdire en se fondant sur une certaine conception de la façon dont la volonté générale doit s'exprimer* », *N'est pas normatif qui peut (…)*, op. cit., p. 66.

[1951] Paul AMSELEK, *Norme et loi*, op. cit., p. 107.

[1952] En ce sens, cf. Jean-Pierre DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le droit pénal, langage de la raison ou langage de l'émotion*, Mélanges Ellul, *Religion, Société et politique*, Paris, PUF, 1983, pp. 431-447. La pénalisation de la vie publique participe activement de la démocratie d'opinion en train de se former, cf. infra.

[1953] Michel VAN DE KERCHOVE, *La dimension symbolique du droit pénal et les limites de son instrumentalisation*, IN MORAND Charles-Albert (Dir.), *L'État propulsif (…)*, op. cit., p. 113. Á titre d'exemple, on peut également mentionner la loi n°2004-228 du 15 mars 2004 relative à l'application du principe de laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics dont Philippe MALAURIE affirme qu'elle « *participe de l'utopie habituelle qu'il y aurait des lois faciles à comprendre et à appliquer et qu'elles s'imposent lorsque l'opinion publique la réclame. Plus qu'utopique, elle est surtout symbolique ; le symbole est un signe, signe contre signes, envoyant contre les signes interdits le signe de la laïcité et des valeurs républicaines, dépassant ainsi les contingences du temps présent* », *Laïcité, voile islamique et réforme législative*, JCP, n°14-2004, p. 610.

[1954] Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *De l'emploi symbolique du droit*, Mélanges Troper, op. cit., p. 448.

une symbolique de la loi »[1955]. Si le risque d'un « *épuisement symbolique du droit* »[1956] n'est pas à négliger, il apparaît toutefois difficile de dénier au législateur la volonté de former, de cristalliser et de consolider l'ordre politique[1957]. Il apparaît donc paradoxal de justifier ces jurisprudences par la volonté de redonner au Parlement son rôle essentiel en matière normative et politique, tout en jetant l'anathème lorsqu'il manifeste une volonté en ce sens. Si la volonté affichée de la doctrine favorable à la censure des neutrons législatifs est bel et bien de parvenir à « *un retour salutaire aux fondements de la démocratie représentative et de l'État de droit* »[1958], il n'est dès lors pas certain que ce détour par la redéfinition de la norme législative soit particulièrement efficace[1959], même s'il atteste sans doute combien la question de l'autorité de la norme législative s'avère cruciale dans une démocratie d'opinion.

Sous-Section 2. La désobéissance à la loi comme symptôme de la démocratie d'opinion

La question de la désobéissance civile, par son ambivalence, met en exergue la tension inhérente au gouvernement de l'opinion publique. D'un côté, on peut légitimement s'interroger sur la possibilité donnée aux individus de désobéir aux lois, expressions de la volonté générale, dans un État démocratique. Mais, d'autre part, la désobéissance civile met également en évidence l'interaction qui existe entre la société civile, l'espace public et le système politique et juridique. Avant de s'interroger sur cette double dynamique, il convient de préciser ce que l'on entend par

---

[1955] Danièle LOCHAK, *Le principe de légalité. Mythes et mystifications*, AJDA, n°9-1981, p. 387. Jacques CHEVALLIER va même plus loin en considérant que « *cette dimension symbolique n'est évidemment pas propre au principe de légalité, mais imprègne le droit tout entier : la norme juridique, n'est jamais un simple dispositif technique de représentations, de valeurs, d'images, elle participe pleinement au système de références symboliques sur lequel repose l'ordre social* », *La dimension symbolique du principe de légalité*, RDP, n°6-1990, p. 1652.

[1956] Antoine GARAPON, *Le législateur irrationnel*, ESPRIT, n°10-1993, p. 111.

[1957] Cette fonction symbolique a également été admise pour le texte constitutionnel. Cf. Bernard LACROIX, *Les fonctions symboliques des Constitutions : bilan et perspectives*, IN SEURIN Jean-Louis (Dir.), *Le Constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Économica, 1984, pp. 186-200.

[1958] Bertrand MATHIEU, *La normativité de la loi : une exigence démocratique*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°21, 2006, p. 73.

[1959] Telle est par exemple la position de Guy CARCASSONNE : « *si les problèmes étaient vraiment ceux-là, il ne serait pas très difficile de les régler. Mais les neutrons législatifs, justement parce que dénués de toute charge juridique, ne font de mal à personne. Le préjudice qu'ils provoquent est purement esthétique.* […] *Ce n'est donc pas là qu'il paraît le plus urgent de faire porter l'effort, et l'on ne peut adhérer à un mot d'ordre qui reviendrait à dire : « Qu'importe que la loi soit stupide, pourvu que tous ses articles soient législatifs et normatifs »* », *Penser la loi*, POUVOIRS, n°114, 2005, p. 46.

désobéissance civile. Ronald DWORKIN souligne ainsi que la désobéissance civile peut s'entendre de trois manières différentes[1960]. La première définition consisterait à reconnaître à un individu le droit de désobéir en fonction de sa propre conscience si celui-ci estimait commettre une faute morale grave s'il obéissait à la loi. La seconde définition insiste pour sa part sur un sentiment d'injustice, envers une loi de la majorité oppressant la minorité par exemple. La dernière définition peut enfin être justifiée d'un point de vue pragmatique : il s'agit pour une minorité organisée, unie par la volonté de s'opposer à la politique gouvernementale, de modifier la politique gouvernementale, au nom d'un intérêt général qu'elle estime mieux connaître que la majorité. Pour notre part, nous retiendrons l'hypothèse selon laquelle la désobéissance civile, dans une démocratie d'opinion, repose sur une combinaison des deux dernières définitions, s'imposant ainsi sur deux registres de discours différents. Il convient également de préciser que, d'un point de vue téléologique, la désobéissance civile se doit de s'inscrire dans l'espace public, qui devient alors le référent ultime de l'action.

Dès lors, la question de la désobéissance civile mérite d'être étudiée sous deux perspectives différentes. D'une part, si l'on tente de répondre à la question d'une manière téléologique, il conviendra de préciser les effets, supposés ou réels, de la désobéissance civile sur l'ordre juridique et politique. Il faudra alors s'interroger sur la parenté entre le droit de critiquer le gouvernement, qui apparaît comme une prérogative essentielle du citoyen, et celui de désobéir aux lois qui régissent la Cité (**PARAGRAPHE 1**). D'autre part, ceux qui désobéissent semblent mus par l'idée qu'en désobéissant aux lois, non seulement ils ne font qu'utiliser un droit qui leur est reconnu par l'ordre juridique, mais qu'en outre ils accomplissent par la même leur devoir de citoyen[1961]. En se situant ici sur le terrain déontologique, la désobéissance civile renvoie dès lors à la problématique classique de la tension entre la légitimité et la légalité (**PARAGRAPHE 2**).

Paragraphe 1. Du droit de critiquer au droit de désobéir ?

Dans la pensée contractualiste des Lumières, le jugement des actes publics ne peut donc pas conduire à remettre en cause l'obéissance des sujets, sous peine de retour à la guerre de tous contre tous. L'obéissance à la loi n'est pas un assujettissement en ce que l'on obéit à une règle

---

[1960] *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Coll. Léviathan, 1995, pp. 279-326.

[1961] En ce sens, cf. Michel MIAILLE, *Désobéir à la loi ? « Vous avez entendu qu'il a été dit… Mais, moi, je vous dis… »*, Mélanges Constans, op. cit., pp. 309-328. On ne peut pourtant que souligner le paradoxe consistant à réunir deux exigences *a priori* incompatibles que sont celle d'agir en citoyen et celle de désobéir aux lois du Parlement, lesquelles dictent pourtant les devoirs du citoyen.

que l'on s'est donné à soi-même. La notion de désobéissance civile n'a dès lors aucun sens puisque celle-ci aboutit nécessairement à une destruction de l'ordre démocratique en vigueur (**Sous-Paragraphe 1**). Il convient dès lors de dissocier le jugement lorsque celui-ci est simple désapprobation, et la critique du gouvernement qui aboutirait non pas une critique des actes de l'autorité mais à une critique du principe même de l'autorité, l'existence même du corps social étant alors en jeu. C'est donc dans la pensée libérale que l'on va voir poindre la possibilité reconnue aux citoyens de désobéir aux lois. Ainsi chez un auteur comme Benjamin CONSTANT, on retrouve l'idée que tout individu a le droit d'examiner à l'aide de sa Raison le contenu d'une loi[1962]. Puisque le pouvoir est légitimé aussi bien par son institution que par son exercice, il importe alors de considérer que « *l'obéissance à la loi est sans doute un devoir ; mais ce devoir n'est pas absolu, il est relatif* »[1963]. Toutefois, ce qui est en jeu ici ce n'est pas la reconnaissance d'un droit collectif mais bien la liberté du sujet politique : elle est l'expression pour l'individu d'un droit de critique ontologiquement lié à l'exercice de la citoyenneté. Si la conséquence est bien la relativisation du légicentrisme, la désobéissance ne met pas en cause ici une quelconque collectivité. Dans une démocratie d'opinion, la désobéissance civile doit donc davantage être comprise comme l'exercice d'un droit de critique par l'opinion publique, c'est-à-dire une

---

[1962] « L'homme a le droit d'examiner à l'aide de ses lumières, car c'est le seul instrument d'examen qu'il ait, quelle est la source d'une loi. Si vous lui refusez cette faculté, vous vous exposez vous-même à ce qu'il vous poignarde au gré du premier brigand qui s'intitulera législateur. L'homme possède en outre le droit d'examiner le contenu d'une loi, car ce n'est que d'après le contenu d'une loi qu'il peut apprécier la légitimité de sa source », Benjamin CONSTANT, Principes de politique applicables à tous les gouvernements (version 1806-1810), Paris, Hachette Littérature, Coll. Pluriel, 1997, p. 400. CONDORCET défendit peu ou prou la même idée lors du débat révolutionnaire en affirmant que « l'ordre social n'aura vraiment atteint le degré de perfection auquel on doit tendre sans cesse qu'à l'époque où aucun article des lois ne sera obligatoire qu'après avoir été soumis immédiatement à l'examen de tout individu, membre de l'État, jouissant de sa raison », Sur la nécessité de faire ratifier la Constitution par les citoyens, IN Œuvres, Éd. A. Condorcet O'Connor et M.F. Arago, Paris, Firmin-Didot, 1847-1849, T. IX, p. 429, cité par Lucien JAUME, Condorcet : droit de résistance ou censure du peuple ?, IN CAMY Olivier et GROS Dominique (Dir.), Le droit de résistance à l'oppression, op.cit., p. 64.

[1963] Et CONSTANT d'ajouter : « *ce devoir ne cesse pas absolument lorsque la loi ne s'écarte de cette règle qu'à quelques égards. Nous devons au repos public beaucoup de sacrifices. Nous nous rendrions coupables aux yeux de la morale, si par un attachement trop inflexible à nos droits, nous résistions à toutes les lois qui nous sembleraient leur porter atteinte. Mais aucun devoir ne nous lie envers ces lois prétendues, dont l'influence corruptrice menace les plus nobles parties de notre existence, envers ces lois, qui non seulement restreignent nos libertés légitimes et s'opposent à des actions qu'elles n'ont pas le droit d'interdire, mais nous en commandent de contraires aux principes éternels de justice et de pitié, que l'homme ne peut cesser d'observer sans démentir sa nature* », ibid., p. 402. Cf. Lucien JAUME, *Droit, État et obligation selon Benjamin Constant*, COMMENTAIRE, n°87, 1999, pp. 711-715. La référence aux principes de justice tend à prouver la filiation intellectuelle qui peut exister entre certains auteurs libéraux et les théories de la justice de RAWLS et de DWORKIN.

contestation collective et publique de la manière dont le pouvoir est exercé par les représentants[1964] (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. La désobéissance comme déstabilisation de l'ordre démocratique

L'obligation d'obéir aux lois est inhérente à la citoyenneté. L'émergence de la notion de souveraineté populaire a ainsi contribué à l'identification entre la sujétion et la souveraineté, car « *le souverain, n'étant formé que des particuliers qui le composent, n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur ; par conséquent la puissance souveraine n'a nul besoin de garant envers les sujets, parce qu'il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres* »[1965]. Dès lors, comme le souligne Rousseau, la citoyenneté désigne outre le droit de participer activement à l'élaboration de la loi, l'obligation d'y obéir[1966]. Ainsi, l'autorité qui est associée aux lois ne peut être une pure domination de quelques uns sur l'ensemble de la communauté puisque la volonté du souverain, assimilée à la volonté générale, tend par nature à la justice[1967]. En d'autres termes, la loi injuste ne peut exister puisque le souverain est l'association des citoyens. La loi est donc immuable, inflexible, impartiale parce qu'identique pour tous. En d'autres termes, la raison publique de la loi est donc la condition de l'homme civilisé, le nécessaire substitut d'une raison privée nécessairement défaillante[1968].

[1964] Telle est notamment la position défendue par Jürgen Habermas dans un article intitulé *La désobéissance civile, test crucial d'un État de droit démocratique*, Revue M, n°44, 1991, pp. 25-32.

[1965] Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social*, Livre I, Chap. VII.

[1966] « *Chaque individu peut, comme homme, avoir une volonté particulière contraire ou dissemblable à la volonté générale qu'il a comme citoyen. Son intérêt particulier peut lui parler tout autrement que l'intérêt commun.* [Mais] *le souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur* », Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social*, Livre I, Chap. VII, p. 363.

[1967] L'idée est bien évidemment très présente dans la pensée de Rousseau mais elle se retrouve également chez Hobbes : « *Étant donné que chaque sujet est du fait de l'institution auteur de tous les actes et jugements du souverain institué, il s'ensuit que, quoiqu'il fasse, cela ne saurait constituer un tort à l'égard d'aucun de ses sujets, et qu'il ne doit par aucun d'eux être accusé d'injustice* […]. *Celui qui se plaint d'un tort commis par le souverain se plaint de ce dont il est lui-même l'auteur : il ne doit donc accuser de tort commis nul autre que lui-même – non, pas même lui-même, car il est impossible de commettre un tort à l'égard de soi-même* », *Léviathan*, Chap. XVIII, op. cit., p. 183. Sur ce point, la différence entre les deux auteurs est assez ténue : on peut néanmoins considérer que Hobbes cherche au moyen de sa théorie de la représentation à dénier toute légitimité au droit de résistance, le peuple qui déposerait le souverain se faisant disparaître lui-même *de facto*, alors que Rousseau refuse au moyen de l'idée de l'autonomie de la volonté l'hypothèse même d'une oppression du souverain envers le Peuple. Cf. Éric Desmons, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, lgdj, Coll. Bibliothèque du droit public, T. 193, 1999, pp. 43-50.

[1968] Cf. Jean-Fabien Spitz, *L'amour des lois chez Rousseau*, in Boulad-Ayoub Josiane, Melkevik Bjarne, Robert Pierre (Dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, op. cit., pp. 103-112. L'auteur démontre que, chez Rousseau, « *l'amour des lois n'est pas un devoir désincarné pour un homme désincarné, mais qu'il devient impératif lorsque les hommes se trouvent placés de manière contingente dans une*

Pour autant, il est tout à fait possible pour un individu de se plaindre d'une loi. Mais, comme le souligne ROUSSEAU, cette plainte ne peut qu'être l'expression d'un intérêt particulier que le souverain ne saurait accepter. Il s'agit davantage d'une erreur de jugement qui ne met pas en cause l'obéissance au souverain ; reconnaître l'expression d'intérêts particuliers au sein du corps social reviendrait ainsi à mettre en cause l'existence même de l'État car, du point de vue de l'individu, « *son existence absolue et naturellement indépendante peut lui faire envisager ce qu'il doit à la cause commune comme une contribution gratuite, dont la perte sera moins nuisible aux autres que le payement n'en est onéreux pour lui, et regardant la personne morale que constitue l'État comme un être de raison parce que ce n'est pas un homme, il jouirait des droits des citoyens sans vouloir remplir les droits du sujet ; injustice dont le progrès causerait la ruine du corps politique* »[1969]. Face au risque de désagrégation du corps politique, il convient donc d'associer la contrainte à la légitimité, de faire en sorte pour parler comme Max WEBER que l'autorité publique dispose du monopole de la violence légitime[1970]. Il existe donc un risque à la reconnaissance d'un droit de jugement qui aboutirait à l'expression d'intérêts particuliers, conduisant dès lors à saper les fondements de l'État et à dissoudre le corps social[1971]. En d'autres termes, pour les théoriciens du politique, « *quand l'opinion* […] *manifeste son rejet des décisions ou des actions des gouvernants, elle refuse de légitimer le Pouvoir. Le phénomène est grave : d'une part, dans ce nouveau processus de légitimation, la raison « éclatée » en un pluralisme incohérent d'idées, de croyances et d'intérêts, s'achemine vers son autodestruction en sacrifiant son universalité ; d'autre part, la prolifération des particularismes sclérose l'horizon axiologique au point de faire craindre l'anéantissement des valeurs* »[1972].

---

situation telle que l'exposition à la volonté arbitraire d'autrui rend leur propre liberté et leur propre humanité tributaires de la loi », p. 106.

[1969] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social*, Livre I, Chap. VII, p. 363.

[1970] L'idée est là aussi présente chez ROUSSEAU : « *Afin donc que le pacte social ne soit pas un vain formulaire, il renferme tacitement cet engagement qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps : ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre* », *Du Contrat social*, Livre I, Chap. VII, p. 364.

[1971] Il y a ici identité de point de vue entre HOBBES et ROUSSEAU. En effet, pour les deux auteurs, la pluralité des jugements entraîne l'impossibilité de rendre un arbitrage en cas de conflits puisque l'autorité publique, seule à même de produire les règles de l'arbitrage, n'est plus reconnue comme légitime. Ainsi ROUSSEAU peut-il affirmer que « *l'aliénation se faisant sans réserve, l'union est aussi parfaite qu'elle ne peut l'être et nul associé n'a plus rien à réclamer : car s'il restait quelques droits aux particuliers, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui put prononcer entre eux et le public, chacun étant en quelque point son propre juge prétendrait bientôt l'être en tous, l'état de nature subsisterait et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine* », *Du Contrat social*, Livre I, Chap. VII, p. 361.

[1972] Simone GOYARD-FABRE, *Légitimité*, op. cit., p. 392.

Toutefois, l'avènement du modèle de l'État de droit a profondément bousculé la conception originelle des Lumières. La remise en cause du légicentrisme s'est ainsi accompagnée de l'idée selon laquelle la désobéissance civile, au nom de principes constitutionnels sous-tendant l'ordre légal, constituait un approfondissement du modèle démocratique proposé par le régime représentatif : ainsi, sans pouvoir être légalisée entièrement, la désobéissance civile « *complète la conception purement légale de la démocratie constitutionnelle* »[1973].

Sous-Paragraphe 2. La désobéissance comme renforcement de l'ordre juridique

Les partisans de la désobéissance civile tendent à considérer que la désobéissance civile est le prolongement du droit de critiquer le gouvernement. Elle serait donc une forme de discours politique nécessaire à la vitalité de l'ordre démocratique[1974]. John RAWLS définit ainsi la désobéissance civile comme « *un acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement. En agissant ainsi, on s'adresse au sens de la justice de la majorité de la communauté et on déclare que, selon son opinion mûrement réfléchie, les principes de la coopération sociale entre des êtres libres et égaux ne sont pas actuellement respectés* »[1975]. S'éloignant de l'assimilation parfois hâtive qui est opérée entre le droit de résistance à l'oppression et la désobéissance civile[1976], la définition rawlsienne met donc en évidence les deux facteurs déterminants si l'on veut accepter l'hypothèse d'une désobéissance civile dans un État régi par

---

[1973] John RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 407.

[1974] Aux États-Unis, cette idée s'appuie notamment sur la jurisprudence de la Cour suprême NEW YORK TIMES V. SULLIVAN, 376 US 254 de 1964 qui protège « *l'engagement fier et national au principe de la liberté d'expression. Le débat sur les questions publiques du jour devrait être sans contrainte, robuste, et grand ouvert. Ce débat pourrait comprendre des attaques aiguës, véhémentes, caustiques, et parfois désagréables sur le gouvernement et les fonctionnaires publics* ». La Cour ira jusqu'à considérer qu'« *encourager la liberté d'expression dans une société démocratique pèse bien plus que le bénéfice de toute censure théorique* », RENO V. AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (ACLU), 26 juin 1997, 117 S. Ct. 2329.

[1975] Ibid., p. 405.

[1976] Comme le souligne Pascal JAN, « *le droit de résistance est donc fondamentalement en rapport avec une volonté de renverser ou de contrarier sérieusement un système de droit donné, un ordre juridique établi. Cette dimension n'est pas complètement présente dans la désobéissance civile* », *Le citoyen face à l'État. Droit de résister ou de désobéir ? Réflexions sur la justification des comportements « citoyens »*, RDP, n°5-2006, p. 1181. Ce point de vue est également partagé par Guy HAARSCHER qui insiste pour sa part sur le fait que « *celui qui décide de transgresser l'interdit légal pour défendre une cause joue sur la dimension symbolique du combat : il n'exerce pas la violence sur autrui mais la prend pour ainsi dire sur lui-même en acceptant d'avance la sanction. La désobéissance civile constitue une transgression auto-limitée dans la mesure où, décidant de ne pas respecter telle ou telle loi, le transgresseur s'arrête à un certain point : il n'ira pas jusqu'à exercer la violence sur autrui (et respecte par conséquent le monopole étatique de la violence légitime)* », *La société civile et le concept d'auto-limitation*, op. cit., pp. 155-156.

des règles de droit : la désobéissance civile doit être un acte public et collectif d'une part, et c'est un acte qui doit reposer sur des principes de justice au fondement de l'ordre politique et juridique d'autre part.

Concernant le critère de justice, celui-ci doit être replacé dans le cadre des théories de la justice dont RAWLS ou DWORKIN sont les principaux représentants. Anti-utilitaristes, les théories de la justice tendent à réaffirmer, dans un sens kantien, la priorité du juste sur le bien dans une société démocratique. En affirmant que chaque individu possède une inviolabilité fondée sur la justice qui ne saurait être transgressée, même au nom du bien-être général de la communauté, RAWLS tend à démontrer l'existence d'une idée régulatrice de justice qui serait au fondement de l'ordre juridique et politique. Dans ce contexte, la désobéissance civile interroge sur la question du « *gouvernement par la majorité et celui des raisons d'obéir à des lois injustes* »[1977]. Si la désobéissance civile a pour objet le plus souvent de défendre un intérêt particulier, catégoriel, et négligé par le législateur, la justification se fait toujours au nom d'un intérêt général plus conforme à l'idéal de justice. Elle est donc la revendication d'une collectivité au nom d'une conception de la justice qui ne coïnciderait pas avec celle qu'incarne l'ordre politique établi. Reste qu'un État, soucieux de l'ordre public nécessaire à sa survie, ne peut pas tolérer qu'un citoyen puisse choisir entre les lois auxquelles il obéit et celles auxquelles il n'obéit pas. Il convient alors d'admettre que « [quand] *ils choisissent une constitution et qu'ils adoptent une forme quelconque de gouvernement par la majorité, les partenaires assument le risque de souffrir de l'imperfection des connaissances et du sens de la justice des autres afin d'avoir les avantages d'une procédure législative efficace. Un régime démocratique ne peut pas fonctionner autrement* »[1978]. En d'autres termes, « q*uand la structure de base d'une société est suffisamment juste, dans les limites du contexte prévalant, nous devons reconnaître comme obligatoire des lois injustes, à condition qu'elles ne dépassent pas un certain degré d'injustice* »[1979]. Toutefois la désobéissance civile reste possible en cas de violation grave des principes de justice[1980], et à la double condition que les moyens légaux de remédier à la situation fussent déjà été utilisés et que la désobéissance civile ne remette pas en cause l'ordre constitutionnel établi[1981].

[1977] John RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 375.

[1978] Ibid., p. 395.

[1979] Ibid., p. 392.

[1980] *« Nous pouvons parfois être relevés de notre devoir ou de notre obligation d'admettre les dispositions existantes. Cette obligation est conditionnée par les principes du juste qui peuvent, dans certaines situations, justifier la non-obéissance, toutes choses bien considérées* », ibid., p. 393.

[1981] Ibid., pp. 412-414.

Il n'en demeure pas moins, et RAWLS le reconnaît, que la désobéissance civile ainsi entendue « *risque de conduire à l'anarchie en encourageant chacun à décider par lui-même et a pour conséquence l'abandon de l'interprétation publique des principes politiques* »[1982]. L'arbitraire est néanmoins évité grâce à l'application par chacun du principe de Raison : le sens du juste inhérent à tout citoyen conduit ainsi à un consensus qui n'est pas dicté par un interprète authentique ou souverain et qui respecte les règles démocratiques[1983]. Au regard de la mise en garde hobbesienne selon laquelle des interprétations divergentes du juste sont à l'origine de guerres et querelles qui ne peuvent être résolues que par l'interprétation autorisée du souverain[1984], l'hypothèse rawlsienne n'apparaît guère convaincante. Toutefois, ainsi que le souligne Éric DESMONS, le renforcement de l'ordre juridique postulé par RAWLS n'est en réalité possible que par le fait que « *Rawls ne conçoit pas la désobéissance comme un refus privé, mais comme un appel aux autres fondé sur une raison se produisant spontanément dans la communication* »[1985]. C'est donc l'articulation entre des principes du juste, susceptibles d'être partagés par l'ensemble des citoyens, et la nécessité d'inscrire la revendication dans l'espace public qui légitime la remise en cause du régime représentatif et la mise en œuvre d'un gouvernement de l'opinion.

Ainsi, la désobéissance civile ne peut pas être un acte clandestin, bien au contraire : c'est un acte qui se veut public, collectif et qui repose sur la proclamation motivée d'un refus de la loi[1986]. La désobéissance civile se distingue donc de la désobéissance individuelle, qui peut être soit une injonction de sa propre conscience soit une prescription de la loi comme dans le cas des

---

[1982] Ibid., p. 426.

[1983] « *L'absence d'une autorité qui décide en dernier ressort, et donc d'une interprétation officielle que tous doivent accepter, ne conduit pas à la confusion mais est plutôt une condition du progrès théorique. Des êtres égaux acceptant et appliquant des principes raisonnables n'ont pas besoin d'autorité au-dessus d'eux. Á la question : qui doit décider ? La réponse est : tous doivent décider, chacun réfléchissant par lui-même, et, avec du bon sens, de la courtoisie et de la chance, on arrive souvent à de bons résultats* », ibid., p. 429.

[1984] « *Les hommes divers ne diffèrent pas seulement de jugement à propos des sensations fournies par ce qui plaît ou déplaît au goût, à l'odorat, à l'ouïe, au toucher et à la vue, mais aussi à propos de ce qui et conforme à la raison ou incompatible avec elle dans les actions de la vie courante* », Thomas HOBBES, *Léviathan*, Chap. XV, précité.

[1985] Éric DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne (…)*, op. cit., p. 84.

[1986] Cette position est défendue tant par RAWLS et DWORKIN que par HABERMAS. Contra Georges BURDEAU pour qui la désobéissance civile ne pouvait qu'être individuelle : « *En face de la loi, l'homme est seul* ». Dès lors, si celle-ci tend à devenir « *une action concertée, elle prend une allure politique qui la dénature* », *Traité de Science politique*, T. IV, n°332, cité par Jean-Claude MAESTRE, *Le devoir d'obéissance : quelles limites ?*, op. cit., p. 149.

fonctionnaires[1987], à moins que cette prise de position individuelle ne soit publique[1988]. Dès lors, le rattachement à la problématique du gouvernement de l'opinion apparaît comme évident : ainsi que le souligne Raymond POLIN, la désobéissance civile ne peut en effet intervenir que « *dans une communauté politique constituée en État de droit, où les gouvernants sont les représentants des citoyens et sont chargés d'exprimer la politique voulue, de plus ou moins loin, par l'opinion publique* »[1989]. En d'autres termes, au nom d'une identité entre les gouvernants et les gouvernés, l'opinion publique qui s'exprimerait au travers d'actes de désobéissance nécessairement publics et collectifs agirait comme un Tribunal de la Raison, une contrainte sur la prise de décision politique. Pour parler comme Niklas LUHMANN, les mouvements sociaux qui portent alors la revendication cherchent finalement à agir par l'intermédiaire du « *médium* »[1990] de l'opinion publique, souhaitant « *donner l'illusion et agir comme si l'appel et la protestation émanaient de l'opinion même* »[1991]. En d'autres termes, l'espace public se voit doté ici d'une fonction de

[1987] L'article 28 du Titre premier du Statut général des fonctionnaires issu de la loi du 13 juillet 1983 réaffirme la solution dégagée dans l'arrêt du Conseil d'État LANGNEUR du 10 novembre 1944 : « *tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie* […] *doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ». Cf. Éric DESMONS, *Le droit de résistance du fonctionnaire*, DROITS, n°15, 1992, pp. 101-111 ; Joël MEKHANTAR, *Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946*, AJDA, n°31, 2004, pp. 1681-1690.

[1988] Telle est la position défendue par THOREAU, EMERSON ou plus récemment Stanley CAVELL. En effet, selon ces auteurs, le contrat social repose sur un consentement individuel constamment en « conversation », permettant ainsi la possibilité du dissensus. Dès lors, la désobéissance civile ne doit pas être considérée comme une remise en cause radicale du pacte social mais plus simplement comme une réinterprétation de ce dernier. Dans cette hypothèse, l'intellectuel joue un rôle primordial en ce qu'il se doit « *d'assurer la conversation de la société, de s'exprimer et ainsi de parler au nom de chacun* », et notamment ceux qui sont exclus de cette conversation. Comme le souligne Sandra LAUGIER, pour ce courant de pensée, « *faire en sorte que ma voix privée soit publique : c'est bien le problème de la démocratie. L'adhésion à la communauté n'est pas un donné* », *Désaccord, dissentiment, désobéissance, démocratie*, CITÉS, n°17, 2004, p. 45. Dans cette hypothèse, la désobéissance civile n'est donc pas à la marge de l'État de droit, mais bien à son fondement même.

[1989] *La désobéissance civile*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publication de l'Université de Caen, n°12, 1987, p. 185.

[1990] LUHMANN définit ce terme comme un « *mécanisme additionnel au langage, en d'autres termes, un code symbolique généralisé qui guide la transmission des sélections. En plus du langage, qui garantit normalement la compréhension intersubjective, c'est-à-dire la reconnaissance de la sélection de l'autre partie comme une sélection, les médias de communication ont une fonction de motivation : ils incitent à l'acceptation des sélections des autres et comme une règle, font de l'acceptation l'objet des attentes* », *Macht*, Stuttgart, Enke, 1988, p. 7, cité par Estelle FERRARESE, *Niklas Luhmann et l'opinion publique. L'autre de l'espace public*, Cahiers internationaux de sociologie, Vol. 116, 2004, p. 102.

[1991] Niklas LUHMANN, *L'opinion publique*, POLITIX, Vol. 14, n°55, 2001, p. 57. Pour le sociologue du droit allemand, les mouvements sociaux « *ne sont ni de simples interactions entre coprésents, ni de simples organisations de masse d'un type particulier. Ils se distinguent plutôt selon des intérêts thématiques, associés à des intentions de manifestation et de protestation, et en compensent par leurs plaidoyers l'indétermination de leur appartenance* », op. cit., p. 56.

perception, d'explicitation et de mise en scène de nouveaux thèmes vis-à-vis d'espaces publics institués comme le Parlement, où les mouvements sociaux, en attirant l'attention sur des thèmes non traités par le système politique, participent « *de l'autopoïèse du système social* »[1992]. L'opinion publique, dans la perspective de LUHMANN, permet alors la fragilisation du système, introduisant une sensibilité nouvelle à des thèmes non traités. Dans cette optique, l'opinion publique est alors pensée comme une fonction de médiation entre le peuple et ses représentants, chargée de transmettre les besoins de la société à la sphère politique instituée[1993], la désobéissance civile s'exprimant par ce médium permettant de confirmer que « *l'appel à l'opinion et la communication politique argumentée sont également présentes* [dans nos sociétés démocratiques] *et que c'est en partie d'eux que dépend la dynamique contemporaine* »[1994]. Dans l'espace public se rejoue alors le jeu de « *la légitimité consensuelle contre la légalité positive* »[1995].

Paragraphe 2. De la tension entre légalité et légitimité

Le normativisme kelsenien a complètement évacué la question de la légitimité des normes juridiques en assimilant la validité et la force obligatoire que celles-ci revêtent[1996]. La légitimité,

---

[1992] Estelle FERRARESE, *Niklas Luhmann et l'opinion publique. L'autre de l'espace public*, op. cit., p. 112. Rappelons que pour LUHMANN, la société est un système qui reproduit de la communication et qui est lui-même constitué d'un ensemble de sous-systèmes fonctionnels (politique, religieux, juridique, scientifique, éducation, art etc..) dotés de codes propres (par exemple pour le système politique « avoir du pouvoir » ou « ne pas en avoir », pour le système juridique « validité » et « non-validité ») et intraduisibles aux autres systèmes. Ainsi, chaque système reste une « *boîte noire* » pour les autres puisque tout évènement social est perçu d'une manière différente, à savoir sur la base d'un code spécifique, par les systèmes et les opérations qui s'en suivent sont propres à la logique du système particulier. Tout système est dit alors autopoïétique, à savoir qu'il produit lui-même ses éléments et définit lui-même son rapport avec les autres sous-systèmes fonctionnels. Cf. Hugues RABAULT, *La nature et la fonction de la théorie du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann : vers une rénovation de l'épistémologie du droit ?*, DROITS, n°33, 2001, pp. 191-203.

[1993] Cette hypothèse est confirmée par des travaux plus historiques comme ceux de Raymonde MONNIER, *L'espace public démocratique. Essai sur l'opinion publique à Paris de la Révolution au Directoire*, op. cit.

[1994] Yves SINTOMER, *Aux limites du pouvoir démocratique : la désobéissance civile et droit à la résistance*, Actuel Marx, *Habermas une politique délibérative*, n°24, 1998, p. 101. Le rapprochement sur ce point entre LUHMANN et HABERMAS semble pertinent. Cf. Pierre GUIBENTIF, *La légitimité des mouvements sociaux. Un exercice conceptuel dans le prolongement de Habermas et de Luhmann*, IN COUTU Michel et ROCHER Guy (Dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et Société, Vol. 42, 2006, pp. 259-291.

[1995] Slobodan MILACIC, *La démocratie malade du consensus (…)*, op. cit., p. 101.

[1996] Rappelons que pour KELSEN, la distinction entre les règles sociales et les règles juridiques repose d'une part sur le caractère contraignant de ces dernières, le droit étant un ordre de contrainte, et d'autre part sur le fait que la validité des normes juridiques dépend de leur conformité à des normes supérieures du système juridique auxquelles elles appartiennent. En d'autres termes, selon le juriste autrichien, « *les normes de l'ordre juridique règlent la conduite d'êtres humains* », laquelle « *peut être soit une action positive soit*

qui peut se comprendre comme « *la relation de conformité entre l'idée que l'on se fait de ce que doit être une norme et ce qu'elle est réellement* »[1997], se confond dès lors avec la légalité puisque la validité de la norme dépend uniquement de la conformité de la norme en cause par rapport aux normes supérieures du système juridique dont elle fait partie, normes supérieures qui déterminent les critères d'appartenance au système en jeu. Or, la désobéissance civile implique, sinon nécessairement, du moins en règle générale, une contestation de la légitimité dont les normes juridiques en vigueur sont apparemment revêtues (**Sous-Paragraphe 1**). D'évidence, le droit et les procédures légales jouent alors un rôle primordial pour les mouvements sociaux qui désirent produire des changements politiques majeurs. La sociologie juridique a ainsi depuis longtemps démontré la nécessité pour les groupes d'intérêts de transformer le tribunal en un forum afin d'y exposer leurs idées et d'obtenir une publicité qu'une simple contestation légale ne leur donnerait pas. L'implication du système juridique et des procédures judiciaires dans les luttes pour les changements politiques et sociaux revigore dès lors la figure du « *procès politique* »[1998], mais il n'en demeure pas moins que « *celui qui s'y livre est prêt à assumer les conséquences légales de sa conduite, et c'est ce qui aide à prouver à la majorité que l'acte est en réalité sincère* »[1999]. Dès lors, à moins de saper les fondements du régime représentatif, la désobéissance civile doit rester un acte juridiquement sanctionné (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Légitimité et science du droit : l'exemple de la désobéissance civile

Sur le plan de la théorie du droit, la désobéissance civile semble indiquer que « *les normes juridiques impliquent apparemment une prétention en vertu de laquelle leur contenu doit être considéré comme légitime* », cette prétention reposant sur le fait que « *le contenu de ces normes traduit une représentation de l'ordre social légitime et désirable* »[2000]. Contre le formalisme de la démarche

---

une abstention négative », *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 39-40.

[1997] Marie-Anne COHENDET, *Légitimité, effectivité, validité*, Mélanges Avril, op. cit., p. 203.

[1998] Nous empruntons cette terminologie à Steven BARKAN. Ainsi, selon cet auteur, il convient de « *distinguer deux catégories de procès politiques selon qu'ils émanent ou non des mouvements sociaux en vue d'en arriver à un changement politique. Dans la première catégorie, les poursuites ont pour origine les efforts des autorités et d'autres groupes en vue de harasser les dissidents politiques et sociaux.* […] *Les procès politiques de la seconde catégorie sont le résultat d'un acte de désobéissance civile posé par les dissidents politiques et sociaux dans le cadre d'une stratégie de changements sociaux* ». *La justice et les mouvements sociaux*, Sociologie et sociétés, Vol. XVIII, n°1-1986, p. 155.

[1999] Danièle LOCHAK, *Désobéir à la loi*, Mélanges Mourgeon, op. cit., p. 194.

[2000] Philippe GÉRARD, *Normes juridiques, légitimité et théorie du droit*, IN BRAUSCH Géraldine et DELRUELLE Edouard (Dir.), *Le droit sans la justice*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 2004, p. 27.

positiviste, cette position, que l'on peut qualifier de « néoconstitutionnaliste »[2001], revient à définir une norme non plus uniquement par ses conditions de production mais également par la conformité de son contenu à des principes qui imprègnent l'ordre juridique tout entier. Cette position est très clairement affirmée par HABERMAS pour qui la désobéissance civile « *ne peut intervenir que dans le cadre d'un ordre qui, en même temps qu'il procède de l'État de droit, est reconnu dans son ensemble comme légitime ; la désobéissance civile invoque en effet des principes sur lesquels la Constitution elle-même se légitime* »[2002]. Sans pour autant défendre une position jusnaturaliste[2003], une telle conception de la règle de droit s'expose au risque d'introduire des jugements de valeur dans l'analyse du droit car elle privilégie, pour reprendre la terminologie de HART, le point de vue interne sur le point de vue externe[2004]. Pour HABERMAS par exemple, le primat du point de vue

---

[2001] Selon la formule de Pierre BRUNET qui regroupe sous ce courant des auteurs comme Ronald DWORKIN, Robert ALEXY ou Jürgen HABERMAS, et dont nous avons vu qu'ils étaient des défenseurs affirmés de la nécessité de la désobéissance civile dans un État de droit, *Le droit est-il obligatoire ? La réponse positiviste à travers une critique du « néoconstitutionnalisme »*, IN CAMY Olivier et GROS Dominique (Dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, op. cit., pp. 245-260.

[2002] *Le droit et la force. Un traumatisme allemand*, IN *Écrits politiques*, Paris, Cerf, 1990, p. 89.

[2003] Les jusnaturalistes assimilent largement validité, effectivité et légitimité. Ainsi DUGUIT estime-t-il qu'une règle valide est celle qui est considérée comme légitime pour le peuple : « *une norme sociale peut être qualifiée de norme juridique lorsque la masse des esprits admet que la réaction sociale qu'entraîne sa violation peut être socialement organisée par l'emploi de la contrainte ou en d'autres termes, quand l'emploi de la contrainte contre le violateur de cette norme ne produit plus de réaction sociale* », *Traité de droit constitutionnel*, 3ème Éd., 1927, p. 81.

[2004] Le point de vue externe conduit l'observateur à décrire et à expliquer le droit tout en laissant en suspens la question de la normativité de l'acceptation des principes sous-jacents aux normes juridiques. Ainsi dire d'une norme qu'elle existe ce n'est pas porter un jugement juridique mais constater un fait, cette assertion ayant une fonction externe. Tout au contraire, le point de vue interne conduit à considérer une norme comme valide car on applique alors à des faits donnés des règles de droit qui appartiennent à un système juridique donné. Ceux qui adoptent ce point de vue « *appliquent à une règle particulière du système juridique une règle de reconnaissance admise quoique non formulée* », Herbert HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, FUSL, 1976, p. 130. Rappelons que pour HART, tout système juridique est composé de deux types de règles de nature différente : les premières sont des règles dites « primaires » en ce qu'elles « *prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non* » (p. 105) ; mais il existe également des règles d'une autre nature ne visant pas l'obligation mais conférant des pouvoirs publics ou privés que l'on appelle règles « secondaires ». Celles-ci sont alors elles-mêmes subdivisées en trois autres types de règles : les règles de « décision », les règles de « changement » et surtout les règles de « reconnaissance » « *qui peuvent être considérées comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle visée qui les possède constitue bien une règle du groupe et qu'elle devra être soutenue par la pression sociale exercée par ce groupe* » (p. 120). Comme le souligne Pierre BOURETZ, « *les règles de reconnaissance ont donc un statut privilégié puisque ce sont finalement elles qui donnent au droit son identité et assurent au système sa cohérence proprement normative* », *Le droit et la règle : Herbert L. A. Hart*, IN BOURETZ Pierre (Dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éd. Esprit, 1991, p. 47.

interne repose sur un fait linguistique[2005] : il y a inévitablement une tension linguistique immanente entre la factualité d'une assertion, d'une norme et sa validité. La dynamique communicationnelle à l'œuvre dans nos sociétés démocratiques débouche en effet sur une contradiction entre la prétention à la rationalité de toute norme et l'inscription de toute communication dans une situation donnée, marquée par des contraintes temporelles, informationnelles, symboliques. Dans ce contexte, la désobéissance civile met en exergue l'idée que pour être valide, une norme doit constituer une raison d'agir[2006]. Ce qui est alors en jeu dans la perspective néoconstitutionnaliste, « *c'est l'empire du raisonnement pratique délibératif par lequel les individus justifient leurs actions* »[2007] et, finalement, c'est la manière dont est mise en place la souveraineté du peuple. Dès lors la prétention à la légitimité doit s'accompagner d'une prétention à l'universalité, pensée ici comme « *une exigence de justification impartiale des intérêts ou des valeurs susceptibles de s'exprimer dans des principes de légitimation et dans les normes qui en découlent* »[2008]. Il faut donc, pour HABERMAS, que le contenu de ces normes puisse faire l'objet d'un consensus au terme d'une discussion rationnelle. Mais, même en admettant que la démocratie ne se réduit pas à des mécanismes procéduraux ou à un respect formel de la hiérarchie des normes, la définition axiologique de la norme ne suffit pas à résoudre toutes les contradictions :

[2005] Ceci est également vrai pour HART même si l'analyse n'est pas forcément la même. Ainsi considère-t-il que « *ce que le point de vue externe, qui se réduit à des régularités observables de comportement, ne peut reproduire, c'est la façon dont les règles fonctionnent dans la vie de ceux qui les utilisent, au fil des situations, comme des modèles pour la direction de la vie en société, comme le fondement de prétentions, de réclamations, de reconnaissances, de critiques, ou de peines, en un mot, dans toutes les transactions courantes d'une vie régie par les règles. Pour eux, la violation d'une règle ne constitue pas seulement une base qui leur permet de prédire qu'une réaction hostile va s'ensuivre, mais une raison de cette hostilité* », *Le concept de droit*, op. cit., p. 114. Comme le rappelle Pierre BRUNET, pour HART, « *le jugement interne selon lequel « La règle X est obligatoire et doit être respectée (pour cette raison) » manifeste la reconnaissance du caractère obligatoire de telle règle et apparaît comme une raison suffisante susceptible de justifier la sanction en cas de violation de cette règle* », *Le droit est-il obligatoire ? (…)*, op.cit., p. 251.

[2006] Cette doctrine, quoique séduisante, mérite d'être nuancée. Si l'absence de légitimité d'une norme peut conduire effectivement à un changement de législation, la validité d'une norme ne peut pas dépendre directement de sa légitimité, ni même de son effectivité. Il convient d'ailleurs de rappeler qu'efficacité et effectivité ne se confondent pas. L'effectivité d'une norme est la relation de conformité entre les comportements qu'elle prescrit et les comportements réels alors que l'efficacité d'une norme est le rapport entre l'objectif visé par la règle de droit et le résultat obtenu concrètement. Toutefois, il est certain que ces deux concepts sont intimement liés ; en effet, comme le soulignent François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « *l'efficacité symbolique de la norme ne peut servir, à long terme, que si elle est, au moins ponctuellement, réactivée par son application effective. Or, une telle application ponctuelle de la norme sera d'autant plus difficilement acceptée par ses adversaires qu'elle se doublera, dans ce cas, d'un caractère arbitraire évident* », *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 347.

[2007] Pierre BRUNET, *Le droit est-il obligatoire ? (…)*, op. cit., p. 252.

[2008] Philippe GÉRARD, *Normes juridiques, légitimité et théorie du droit*, op. cit., p. 39.

le point de vue interne conduit inéluctablement à remettre en cause la valeur légitimatrice des principes, à les contester au nom de sa propre subjectivité[2009]. Vouloir reconnaître l'inscription dans le droit positif d'un droit à lui désobéir aboutit de fait à une contradiction performative[2010]. La question de l'obéissance au droit en vigueur ressort de registres de discours politiques ou moraux mais non juridiques, tout du moins si l'on accepte le point de vue externe[2011]. Toute opinion sur le droit ne peut donc relever de la science du droit, sauf à confondre les discours prescriptifs et descriptifs. Dès lors, force est de reconnaître que la justification de la désobéissance civile ne peut en aucun cas être juridique : en d'autres termes, « *le droit ne saurait justifier la violation de la loi, même si cette violation a pour objectif d'empêcher celle d'une autre loi* »[2012].

Sous-Paragraphe 2. La désobéissance civile, un acte sanctionné juridiquement

Loin de résumer le droit de désobéir à un droit moral, ceux qui le revendiquent cherchent tout au contraire à reconnaître la légalité d'une opposition, le plus souvent violente, à un droit positif qui ne respecterait pas les droits fondamentaux garantis par l'ordre constitutionnel et conventionnel. Combinée à une action médiatique qui inscrit dans l'espace public la matérialité des faits, les requérants cherchent alors à faire du tribunal le lieu même de la démocratie, un lieu de débat et d'information pour les citoyens[2013]. En d'autres termes, « *le plus souvent, le recours* [à la désobéissance] *sera accompagné d'une certaine publicité.* […] *La cible privilégiée est l'opinion publique. Et le savoir-faire médiatique est un atout essentiel* »[2014]. La désobéissance civile devient dès lors une ressource politique ordinaire que mobilisent des groupes minoritaires mais relativement bien organisés dans le but de défendre des causes diverses, mais toujours au nom d'un intérêt général qui se serait vu bafoué par les institutions représentatives. Cette nouvelle forme de militantisme rompt avec un engagement politique plus conventionnel en adoptant des

---

[2009] Ibid., pp. 33-34.

[2010] Rafael Encinas de Munagorri, *La désobéissance civile : une source du droit ?*, RTDC, n°1-2005, pp. 73-78.

[2011] Comme le signifie Michel Troper, « *un texte peut être contraire à la Constitution aux yeux d'un particulier et conforme aux yeux d'un autre. Ce ne sont là que des opinions subjectives que seul un organe compétent pour émettre une opinion authentique pourrait départager.* […] *Dès lors qu'un acte juridique a été édicté par une autorité compétente, et tant qu'il n'est pas annulé par une autre autorité compétente il doit être considéré comme en vigueur* », *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, Mélanges Eisenmann, Paris, Éd. Cujas, 1975, p. 138.

[2012] Hannah Arendt, *Du mensonge à la violence*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, p. 101.

[2013] On peut par exemple citer le cas des faucheurs volontaires d'OGM, qui, s'inspirant de la théorie prônée par Gandhi, arguent de leur volonté de « *rendre visible la violence faite aux paysans, aux citoyens, à la science, à la démocratie, au simple devoir de gouverner* », *Les OGM sont inconstitutionnels*, Le Monde, 19 janvier 2006.

[2014] Jean-Claude Maestre, *Le devoir d'obéissance : quelles limites ?*, op. cit., p. 150.

stratégies d'exposition médiatiques et conflictuelles. Comme le souligne Dominique REYNIÉ, « *par son caractère spectaculaire, la désobéissance militante satisfait une exigence de l'espace médiatique, qui n'est que l'une des composantes de l'espace public* »[2015]. Ici, la désobéissance civile exprime donc bien une contestation médiatique du Parlement et une remise en cause de la loi en tant qu'instrument de régulation du politique, même si elle n'échappe pas au risque d'une tyrannie de la minorité[2016] : comme l'écrit Slobodan MILACIC, « *souvent, la technique du gouvernement d'opinion est maîtrisée par les acteurs, politiques aussi bien que civils, pour arracher des décisions politiquement correctes mais juridiquement douteuses. Des minorités, groupes et élites, arrivent ainsi à contourner la légalité réelle au nom d'une consensualité purement formelle de l'opinion. Alors que le respect du droit démocratiquement établi reste le critère suprême de la légitimité de l'État de droit* »[2017]. En effet, comment ne pas considérer que cette manière pour l'opinion « extraparlementaire » d'enserrer le pouvoir gouvernemental n'est pas si démocratique qu'elle le proclame ? Certains auteurs n'hésitent ainsi pas à affirmer que « *les groupes d'opinion spontanément constitués pour exercer des pressions sur le processus démocratique ont pour caractère principal l'irresponsabilité politique. Par définition, chacun d'eux a vocation à faire valoir un intérêt ou un principe particuliers, sans se préoccuper de l'ensemble. Le résultat d'un « procès délibératif » mené de façon informelle, sans ordre du jour, n'est alors la résultante que provisoire et anonyme d'un état passager de l'opinion publique* »[2018].

Sur le plan juridique, en s'appuyant le plus souvent sur l'état de nécessité[2019], les requérants, qui prétendent parler au nom de la société civile, tentent ainsi d'échapper à la sanction en

---

[2015] La crise démocratique de l'obéissance, IN PERRINEAU Pascal (Dir.), *Le désenchantement démocratique*, op. cit., p. 59.

[2016] Pierre BOURDIEU, dont pourtant on connaît la sympathie pour certains mouvements de désobéissance civile, soulignait ainsi que « *l'action collective fondée sur la délégation est en effet toujours hantée par la menace de l'appropriation usurpatrice. Les responsables de la mobilisation et de la manifestation du groupe qui, par la parole ou par toute autre forme de représentation, verbale ou agie, théâtrale, font passer les malaises et les souffrances tacites, les aspirations et les attentes inexprimées, de l'état implicite à l'état explicite, à l'opinion exprimée rendue publique, öffentlichkeit, disposent d'un pouvoir absolu de création puisqu'ils font, d'une certaine façon, exister le groupe en tant que tel* […] », *Le mystère du ministère (…)*, op. cit., p. 10.

[2017] *La démocratie malade du consensus (…)*, op. cit., p. 100.

[2018] Vincent DESCOMBES, *Le contrat social de Jürgen Habermas*, LE DÉBAT, n°104, 1999, p. 55.

[2019] La jurisprudence sur l'état de nécessité a trouvé une expression législative dans l'article 122-7 du Code Pénal : « n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens accomplis et la gravité de la menace ». Comme le souligne la doctrine, « *l'état de nécessité constitue tout à la fois une norme dérogatoire à l'application des règles pénales instituées par le législateur, et une habilitation du juge à écarter les condamnations prévues* », Sylvain MONTEILLET, *L'état de nécessité peut-il résoudre un conflit de normes ? (Réflexions théoriques sur l'affaire dite des 49 faucheurs d'OGM d'Orléans)*, RRJ, n°3-2006, p. 1725.

anéantissant l'élément légal de l'infraction. Revigorant la figure du bon juge MAGNAUD, président du Tribunal de Château-Thierry et qui avait relaxé dans un jugement du 4 avril 1898 une jeune femme qui avait volé un pain dans une boulangerie afin de nourrir son enfant[2020], ils désirent mettre en exergue « *l'alliance passagère d'une société et d'un juge qui découvrent leur capacité d'instituer le bien commun en dehors de la loi* »[2021]. Reste que pour l'instant les éléments constitutifs de l'état de nécessité ont été entendus assez strictement par le juge judiciaire. Ainsi, concernant la notion de danger actuel ou imminent, l'auteur de l'acte se doit d'être placé devant un danger immédiat et certain et non simplement hypothétique et futur[2022], la simple crainte ne pouvant justifier l'infraction[2023]. Concernant la nécessité de l'acte, l'état de nécessité suppose un préjudice intentionnellement causé à autrui afin d'en éviter un autre ; l'état de nécessité s'apprécie alors de façon « objective », c'est-à-dire qu'il doit être partagé par l'ensemble de la communauté concernée. Il n'est donc pas possible en principe à une minorité active de s'arroger un droit de représentation au nom de la défense d'intérêts, le plus souvent particuliers mais qui peuvent être revêtis de l'apanage du bien commun, le juge judiciaire indiquant que l'état de nécessité doit être invoqué à l'encontre d'une « *personne déterminée* »[2024]. Tel est particulièrement le cas lorsque l'association entend se prévaloir de conceptions morales et religieuses, la désobéissance ayant alors pour objectif de faire primer une loi jugée supérieure en valeur au système des lois positives[2025]. Toutefois l'autonomisation du politique rend sans objet la volonté de faire dépendre l'obéissance de la conformité des commandements aux lois divines[2026] : dès lors, selon

---

[2020] Sa motivation reste célèbre : « *Attendu que la faim est susceptible d'enlever à tout être humain son libre arbitre et d'amoindrir en lui dans une grande mesure la notion du bien et du mal* […] *Le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi. Un acte ordinairement répréhensible perd beaucoup de son caractère frauduleux lorsque celui qui le commet n'agit que poussé par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité* ».

[2021] Denis SALAS, *(Le bon juge) Magnaud*, IN CADIET Loïc (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 857.

[2022] Trib. Corr. de Nantes, 12 novembre 1956.

[2023] Ainsi, un prévenu ne peut-il pas détruire les abeilles non agressives de son voisin pour se mettre à l'abri des piqûres, Cass. Crim, 27 décembre 1961, Bull. crim., n°563

[2024] Trib. Corr. de Paris, 24 novembre 1980.

[2025] Ainsi, opposé aux mariages homosexuels, le cardinal américain William LEVADA, préfet de la congrégation pour la doctrine de la foi, déclare par exemple que « *le citoyen a obligation, en conscience, de désobéir aux prescriptions des autorités civiles quand celles-ci sont contraires aux exigences de l'ordre moral, aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux enseignements de l'Evangile* », Le Monde, 12 juillet 2006.

[2026] Ainsi que le souligne PUFENDORF, « *si en même temps que l'un ordonne quelque chose sur peine de mort naturelle, l'autre persuade aux citoyens, qu'en faisant cela ils encourent la damnation éternelle, en sorte que chacun d'eux agisse, de son côté, par un droit propre et indépendant, il s'ensuit de là, non seulement, que des citoyens innocents pourront être légitimement punis, puisqu'ils ne sauraient obéir en même temps à des ordres contraires ;*

une formule rituelle du juge judiciaire, « *il n'est pas possible pour une minorité, en raison de conceptions morales ou religieuses particulières, de s'ériger en juges de la valeur des intérêts à défendre* »[2027]. En d'autres termes, « *la loi est la conscience publique, par laquelle il* [l'individu] *a antérieurement accepté d'être guidé. S'il n'en est pas ainsi, étant donné la diversité des consciences privées, qui ne sont rien d'autre que des opinions privées, la République sera nécessairement divisée, et nul ne s'aventurera à obéir au pouvoir souverain au-delà de ce qui aura trouvé grâce à ses propres yeux* »[2028].

Enfin, concernant la proportionnalité des moyens utilisés, la violence, symbolique ou physique, inhérente à la désobéissance civile, semble en contradiction avec le dernier élément de l'état de nécessité. Ainsi, concernant des affaires de squat, de nombreuses décisions dans les années 50 ont souligné que la généralisation de l'infraction commise serait un remède pire que le mal que les associations entendaient dénoncer. Celles-ci ont alors tenté de combiner l'état de nécessité avec « *la possibilité reconnue à toute personne de disposer d'un logement décent* »[2029] pour fonder juridiquement leurs actions[2030]. Il est vrai que le droit de propriété apparaît aujourd'hui comme un droit « *politiquement essentiel* »[2031] : soumis à des nécessités sociales, il tend à perdre son

mais encore que l'État deviendra un corps monstrueux ou à deux chefs. Car personne ne saurait servir en même temps deux maîtres ; et celui dont on croit devoir suivre les préceptes pour éviter la damnation éternelle n'est pas moins maître, que celui à qui l'on obéit par la crainte de la mort temporelle », *Droit de la nature et des gens*, Livre VII, Chap. IV, T. II, Publications de l'Université de Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 2 Vol., 1987, p. 264.

[2027] Voir par exemple Trib. Corr. du Puy-en-Velay, 14 mars 1995 ; Trib. Corr. de Valenciennes, 15 janvier 1996 dans une affaire où étaient en cause des commandos anti-IVG.

[2028] PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens*, Livre VIII, Chap. I, T. II, op. cit., p. 345.

[2029] « *S'il appartient au législateur de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires, c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés* », Décision n°98-403 DC, 29 juillet 1998, TAXE D'HABITATION, Cons. 7.

[2030] Cf. Laurence GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Université Aix-Marseille III, 2001, Thèse, dactyl., pp. 488-492. Le lien entre désobéissance civile et droit à un logement décent semble légitime selon certains auteurs du fait que « *la désobéissance civile s'imposerait lorsqu'on ferait preuve d'un mépris flagrant pour l'existence humaine* », Stamatios TZITZIS, *Légitimité humanitaire et ordre légal*, IN *La personne, l'humanisme et le droit*, Presses Universitaires de Laval, Coll. Dikè, 2001, p. 81. Or, le Conseil constitutionnel a explicitement rattaché l'objectif de valeur constitutionnelle qu'est le droit pour toute personne de disposer d'un logement décent au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, 94-359 DC, 19 janvier 1995, DIVERSITÉ DE L'HABITAT, Cons. n°7. Cf. Hélène PAULIAT, *L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ?*, D., 1995, 37ème Cahier, Chron., pp. 283-287.

[2031] Jean-François LACHAUME et Hélène PAULIAT, *Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ?*, Mélanges Ardant, *Droit et politique à la croisée des cultures*, LGDJ, 1999, p. 382. Pierre DE MONTALIVET a pu considérer que « *l'opinion publique a peut-être joué un rôle, même mineur, dans la consécration de la possibilité*

caractère subjectif, qui participait de son caractère fondamental, au profit de sa fonction sociale déjà exaltée par Léon DUGUIT[2032]. L'utilisation du squat comme une technique de communication a toutefois été condamnée par le juge administratif. Droit de valeur constitutionnelle, le droit de propriété a ainsi été reconnu dans le cadre du contentieux du référé-liberté comme une liberté fondamentale dont le corollaire est non seulement le droit pour le propriétaire de disposer de son bien[2033], mais également le droit pour le locataire de disposer librement des biens pris à bail[2034]. Dès lors il appartient à l'autorité administrative, en l'occurrence ici le Préfet, d'exécuter un jugement d'expulsion en l'absence de troubles manifestes à l'ordre public[2035] et « *compte tenu des fins, de nature principalement revendicative, poursuivies par les occupants des personnes* […] *agissant afin d'attirer l'attention sur les difficultés du logement dans la région marseillaise* », sous peine de porter une atteinte manifestement grave à une liberté fondamentale[2036]. Cette protection du

---

pour toute personne de disposer d'un logement décent ». Il ajoute plus loin : « *certains objectifs de valeur constitutionnelle sont peut-être des expressions de l'opinion publique, tant ils semblent correspondre à des nécessités reconnues par tous dans une société démocratique* », *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, op. cit., pp. 114-145. Dans le même sens, Valérie GODFRIN écrit que « *l'opinion publique estime que désormais la misère et l'exclusion sociale sont des violations des droits de l'homme et notamment des droits de deuxième génération* », justifiant ainsi la création de cet objectif à valeur constitutionnelle, *Le droit au logement, un exemple de l'influence des droits fondamentaux sur le droit de propriété*, Mélanges Bolze, op. cit., p. 141. Cette interprétation est partiellement exacte. Politiquement, il est certain que l'opinion publique joue un rôle non négligeable sur cette question, ainsi qu'en atteste la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, publiée au Journal officiel du 6 mars 2007, cf. Yves JÉGOUZO, *Un droit au logement "opposable"*, AJDA, n°2-2007, p. 57. Juridiquement, cependant, en justifiant le caractère constitutionnel de droit garanti au droit de propriété dans sa décision du 16 janvier 1982 NATIONALISATIONS I, le Conseil constitutionnel a plutôt démontré que son interprétation n'était pas soumise aux fluctuations de l'opinion publique du moment. Cf. infra.

[2032] Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, ainsi que *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Éd. Félix Alcan, 2ème Éd., 1920 (1912). Proche de la conception solidariste d'un Léon BOURGEOIS, DUGUIT défend l'idée d'une fonction sociale de la propriété : le propriétaire est tenu avant tout d'employer sa chose à la satisfaction des autres membres du groupe, à l'existence desquels le bien est indispensable. Cette position est toujours défendue aujourd'hui par une partie de la doctrine. Cf. Hélène PAULIAT, *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, PULIM, PUF, 1994.

[2033] CE, Ord. réf., 23 mars 2001, SOCIÉTÉ LIDL.

[2034] CE, 29 mars 2002, SCI STEPHAUR ET AUTRES. Cf. Jérôme TRÉMEAU, *Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété*, AJDA, n°13-2003, pp. 653-658.

[2035] Depuis la décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998 TAXE D'HABITATION, Cons. 46, on sait que le principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la DDHC oblige le pouvoir exécutif à aider le pouvoir judiciaire dans l'exécution de ses jugements, exception faite de « *circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public* » qui est un objectif de valeur constitutionnelle.

[2036] Comme le souligne par la suite le Conseil d'État, « *une situation de précarité sociale dont l'expulsion sans relogement viendrait aggraver les effets* » est à même de constituer un trouble à l'ordre public. Cf. CE, Ord. réf., 21 novembre 2002, GAZ DE FRANCE. Ainsi, le refus du Préfet de Police de Paris de procéder à l'expulsion

droit de propriété par le juge est d'autant plus efficace que, contrairement aux libertés fondamentales, l'objectif de valeur constitutionnelle du droit à un logement décent n'est tourné que vers les pouvoirs publics et n'est donc invocable par les justiciables, empêchant sa reconnaissance par le juge du référé-liberté comme une liberté fondamentale[2037]. D'une manière plus générale, les juges tendent à considérer que si l'opinion publique dispose de moyens légaux pour faire entendre sa voix, de tels actes ne s'imposent pas[2038].

Toutefois, une récente décision d'une juridiction de première instance, très médiatisée, a pu laisser planer un doute quant à la possibilité pour le juge d'assouplir le dernier élément légal de l'état de nécessité[2039]. En effet, dans l'affaire des faucheurs volontaires d'OGM, le Tribunal correctionnel d'Orléans a mis en avant la non-compatibilité du droit positif interne visé au soutien des autorisations de dissémination des OGM avec les directives communautaires, ainsi que la violation du droit à un environnement sain reconnu par l'article 1er de la Charte de l'environnement pour estimer que l'action des requérants était « *un comportement responsable* », et donc proportionné. Dès lors, les infractions pénales, en l'occurrence ici la violation du droit de propriété, « *ont été, partiellement au moins, rendues nécessaires par l'insuffisante transposition en droit interne des normes conventionnelles applicables* »[2040]. Mais le juge de première instance va plus loin estimant que l'état de nécessité reflète un conflit de valeurs puisqu'il « *apparaît en relation nécessaire avec « les intérêts sociaux supérieurs » ou les valeurs sociales dominantes, tels qu'ils peuvent*

---

de plusieurs familles comportant de nombreux enfants en bas âges, pour lesquelles il n'y a pas de solution de relogement, ne peut être regardé comme entaché d'une illégalité grave et manifeste, CE, Ord. réf., 17 juillet 2003, SRRI.

[2037] CE, Ord. réf., ASSOCIATION DE RÉINSERTION SOCIALE DU LIMOUSIN, 3 mai 2002. Cf. Pascal JAN, *Les objectifs de valeur constitutionnelle et le contentieux administratif : de beaux principes seulement*, LPA, n°193-2002, pp. 15-19.

[2038] Ainsi, dans les nombreuses affaires relatives aux destructions de champs d'OGM, la Cour de Cassation avait pu relever que si « *les prévenus ont invoqué le bénéfice de la clause d'irresponsabilité prévue par l'article 122-7 du Code pénal, faisant valoir que leurs agissements étaient justifiés par le risque pour la santé et l'environnement que présentaient des organismes génétiquement modifiés et par la nécessité d'alerter sur ce point l'opinion publique,* [ceux-ci] *disposaient de nombreux moyens d'expression dans une société démocratique* […] *pour faire entendre leur voix auprès des pouvoirs publics, et ne peuvent dès lors invoquer l'état de nécessité* », Cass. crim., 19 novembre 2002, n°02-80788.

[2039] Pour une analyse précise de ce jugement, Cf. Jean-Philippe FELDMAN, « *Les faucheurs d'OGM » et la Charte de l'environnement. Sur le jugement du Tribunal correctionnel d'Orléans du 9 décembre 2005*, D., n°12-2006, pp. 814-819 ; Amandine CAPITANI, *L'état de nécessité entre loi, droit communautaire et Constitution*, LPA, 26 avril 2006, pp. 13-17. Les conclusions du Tribunal correctionnel d'Orléans avaient été partagées dans une affaire similaire par le Tribunal correctionnel de Versailles dans un jugement du 12 janvier 2006.

[2040] Jean-Philippe FELDMAN précise, non sans provocation, que « *revendiquer une action non violente en saccageant des plantations fait penser à la « novlangue » : la guerre c'est la paix… Le Tribunal retourne l'apophtegme napoléonien : violer le droit de propriété d'un seul, c'est le faire respecter pour tous...* », ibid., p. 818.

être appréciés au moment de la commission de l'infraction ; que cet état de nécessité est donc nécessairement relatif et contingent ; qu'il dépend des valeurs sociales utiles à la date de la commission de l'infraction, et donc de l'état de la société et des connaissances qui sont au fondement de ces valeurs considérées comme imminentes ». L'acte commis en état de nécessité correspondrait ainsi à une « *utilité sociale* »[2041] qui trouve un terreau favorable avec la conception solidariste du droit de propriété. Conscient qu'un tel jugement porte en lui les germes de la contestation du régime représentatif, le tribunal correctionnel d'Orléans prend soin de préciser, *ultra petita*, qu'il « *ne saurait être interprété comme autorisant des groupes minoritaires à s'affranchir du principe représentatif et à poursuivre, par la violence sur les biens, l'atteinte d'objectifs rejetés par la voie du débat démocratique* », tout en rajoutant que « *les prévenus ne sauraient se prévaloir de « sondages d'opinion » ou « d'opinion majoritaire » pour légitimer les agissements qui apparaissent, a priori, contraires au principe de la représentation politique et aux règles du débat démocratique* »[2042]. Cependant, de manière opportune nous semble-t-il, la Cour d'appel d'Orléans a infirmé ce jugement dans une décision du 27 juin 2006 en estimant d'une part que « *la controverse scientifique sérieuse, ayant pour protagonistes des scientifiques chevronnés,* [aurait dû conduire le tribunal correctionnel] *à s'abstenir de procéder par voie d'affirmation dans ce domaine* » ; d'autre part que « *le comportement des prévenus est inacceptable dans une société organisée autour de principes tels que le débat public, la représentativité nationale reposant sur le suffrage universel et la primauté de la loi* »[2043]. Cette solution de droit semble aujourd'hui partagée par la Cour de cassation qui a rendu, dans une affaire similaire, une décision particulièrement critique envers les requérants[2044], marquant vraisemblablement le rejet définitif des juridictions de reconnaître la possibilité d'une reconnaissance juridique de la

---

[2041] Cour d'appel de Colmar, 6 décembre 1957.

[2042] « *Cette incise, sans aucune valeur juridique, fragilise la décision.* […] *Si le tribunal croit nécessaire d'ajouter ce paragraphe à sa décision, c'est qu'il se doute bien que cette dernière pourra aisément être ainsi interprétée, tant par les démocrates que par les extrémistes. Il se rend bien compte que sa décision, dont le cas d'espèce serait généralisé, aboutirait à l'anarchie la plus totale* », Jean-Philippe FELDMAN, « *Les faucheurs d'OGM* » *et la Charte de l'environnement (…)*, op. cit., p. 818.

[2043] CA Orléans, 2ème Ch. Corr., 27 juin 2006.

[2044] « *Il est surprenant que les prévenus, dont certains sont d'éminents parlementaires, invoquent un « déficit démocratique » et se bornent à soutenir que tous autres moyens d'actions avaient été épuisés alors qu'en tant que citoyens d'un État démocratique, ils disposaient de voies de droit, leur permettant éventuellement de discuter, devant les juridictions compétentes, de la légalité des autorisations d'essais en plein champ qu'ils considéraient comme irrégulières au regard des normes européennes ;* […] *en tout état de cause, les textes internationaux invoqués font peser une obligation sur les États parties et ne confèrent pas à leurs ressortissants le droit de commettre des infractions pour exprimer leur opinion, en l'absence de tout fait justificatif démontré* », Cass. crim., 7 février 2007. Cf. Jean-Philippe FELDMAN, *Les « faucheurs » fauchés par la Cour de cassation*, D., n°19-2007, pp. 1310-1313.

désobéissance civile. Comme avait pu le souligner Norberto BOBBIO, le droit à la désobéissance civile n'existe donc pas : « *tout cela n'exclut pas que la désobéissance civile puisse exister dans des circonstances bien précises comme des formes spécifiques de pouvoir de fait.* [Mais] *les présenter comme des droits est trompeur. Cela fait croire qu'ils sont garantis, comme tous les autres droits, alors qu'ils ne le sont pas et que celui qui s'y fie risque d'aller en prison.* […] *C'est précisément la raison pour laquelle il convient de se rendre compte qu'il s'agit là de rapports de force et non pas d'un recours à des droits garantis, et que pour modifier les rapports de force, il est nécessaire – aurait dit M. de La Palice – d'en avoir la force. Je ne discute pas l'existence de cette force. J'affirme simplement qu'il n'est pas possible de changer en droits une série de faits, voire le désir que certains faits se réalisent* »[2045].

Ainsi, le contentieux relatif à la désobéissance civile témoigne selon nous de la double dynamique qui traverse la démocratie d'opinion : une réfutation du cadre « légal-rationnel » associé au régime représentatif d'une part, et la recherche d'une amélioration des procédures démocratiques préalables à la prise de décision normative d'autre part. Pour reprendre les termes de Gérard TIMSIT, la désobéissance civile est donc une situation extrême, qui a trait à la définition même du politique en ce qu'elle pose la question de la légitimité du régime ou d'une décision politique, mais dont la solution s'inscrit dans un système juridique donné[2046]. Reste que l'idée selon laquelle « *l'élection libre et disputée constitue la source principale, mais non exclusive, de légitimité* »[2047] tend à s'effriter. Le régime représentatif repose en effet sur une identification des gouvernants aux gouvernés, et donc sur une assimilation entre la légitimité et la légalité. Or, la dimension communicationnelle de la démocratie d'opinion transforme durablement le lien politique car « *la communication assure une sorte de confirmation quotidienne de la légitimité du pouvoir* »[2048]. Alors même que la légitimité semblait reposer sur un invariant, perçue comme une réalité préexistante, elle semble désormais s'inscrire dans un processus dynamique de production de la réalité. Pourtant, il convient sans doute ne pas oublier qu'un « *pouvoir légitimé*

[2045] *Le futur de la démocratie*, op. cit., pp. 182-183.

[2046] La désobéissance civile n'est donc pas pour l'auteur un « cas extrême », car ceux-ci se caractérisent également par une solution qui « *consiste à faire prévaloir sur le droit établi un droit qui vient le contredire et s'impose comme droit de l'espèce* », ce que Gérard TIMSIT appelle « *transgression de la loi* », *Premiers éléments pour une théorie des cas extrêmes*, Mélanges Moor, Éd. Staempfli, 2005, p. 176.

[2047] François RANGEON, *Communication politique et légitimité*, IN CURAPP, *La communication politique*, Paris, PUF, 1991, p. 100.

[2048] Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, T. X, Paris, LGDJ, 1977, p. 98.

par l'opinion n'est pas nécessairement légitime. Autrement dit, la légitimation du Pouvoir n'en signifie pas la Légitimité »[2049].

Conclusion du Chapitre 1

« Aussi bien quelles que soient les solutions juridiques, les formules que le législateur pourra édifier me paraissent totalement vaines si elles ne peuvent prendre appui sur un élément fondamental qui n'est pas juridique, qui est vague, difficile à enfermer dans une définition, et que nous appellerons : l'esprit public »[2050].

Les mécanismes constitutionnels qui organisent tant l'existence que le fonctionnement de l'institution parlementaire ont profondément à voir avec l'opinion publique. Le Doyen VEDEL avait parfaitement résumé l'ambiguïté qui saisit le pouvoir législatif : « *sans doute l'Assemblée ne peut-elle pas être à tout moment la représentation absolument exacte et nuancée de l'opinion de l'heure. Le pouvoir a besoin de plus de continuité de pensée que les simples citoyens et l'on ne peut pas voter tous les mois. Mais l'Assemblée ne peut pas davantage n'être qu'un instantané photographique pris de loin en loin et que l'on réputerait avec force de vérité légale être l'image authentique et seule authentique du pays* »[2051]. Ainsi, si l'élection est souvent considérée par la doctrine comme le meilleur moyen d'expression de l'opinion publique, le principe de la souveraineté nationale exclut néanmoins que le Parlement puisse être le lieu où s'exprime directement l'opinion publique. De même, si le Parlement reste organisé autour de principes tels que la publicité de ses actes, reste à déterminer si l'opinion publique préexiste à la délibération parlementaire ou si celle-ci contribue à la faire naître. Sans doute l'essentiel n'est-il alors pas là, mais bien plutôt dans la mise en évidence de ce que Georges VEDEL appelait le dialogue entre gouvernants et gouvernés[2052]. On retrouve là les prescriptions de Maurice HAURIOU selon lequel « *le régime électoral lui-même est l'organisation d'éléments plus profonds, à savoir la confiance des sujets et l'opinion du public* »[2053]. Cette position, qui

---

[2049] Simone GOYARD-FABRE, *Légitimité*, op. cit., p. 393.

[2050] Jean RIVERO, *Le statut des techniques de formation de l'opinion*, op. cit., p. 133.

[2051] *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 585.

[2052] « *La démocratie est d'abord un dialogue entre les gouvernants et les gouvernés. Si les gouvernants étaient entièrement étrangers et comme « extérieurs » aux gouvernés, sans communication avec eux, il n'y aurait pas de démocratie* », *La notion de dialogue dans les démocraties modernes*, op. cit., p. 12.

[2053] *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 158. On sait que le Doyen de Toulouse voyait dans le pouvoir de l'opinion publique un moyen d'assurer le « pouvoir de sujétion » du milieu social, au même titre que le « pouvoir de suffrage », cf. Bernard DENNI, *Représenter : gouverner au nom du peuple ? La contribution de Maurice Hauriou à l'analyse de la relation gouvernants-gouvernés*, op. cit., p. 83.

semble commune à n'importe quel régime représentatif[2054], souhaite ainsi favoriser le jugement public, soit du peuple lui-même, soit de ses représentants[2055]. Dès lors, ainsi qu'avait pu le relever CHATEAUBRIAND à propos de la Restauration[2056], le lien intime qui unit le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ne s'exerce que sous le regard bienveillant de l'opinion publique.

Chapitre 2. Le pouvoir exécutif, interlocuteur moderne de l'opinion publique

« Lorsque la Nation se donne à une dynastie, elle a raison de persévérer ; mais son droit n'est point épuisé par cet acte ; elle conserve le droit de suivre pas à pas son gouvernement et d'exiger que l'opinion publique, expression de sa volonté, soit la règle de tous les actes de ce gouvernement »[2057].

La place de l'exécutif dans le régime représentatif demeure incertaine pour une grande partie de la doctrine. Ainsi, la tradition constitutionnelle française, héritée de ROUSSEAU, a fait du pouvoir exécutif un pouvoir subordonné au souverain[2058]. Nécessaire à l'État, il est également pensé

[2054] Ainsi le Juge CORY dans son opinion dissidente sous la décision de la Cour suprême canadienne NEW BRUNSWICK BROADCASTING CO. C. NOUVELLE-ÉCOSSE, 1993, 1 RCS 319, affirme-t-il que « *pour que les canadiens aient confiance dans les actions de leurs représentants élus, ils doivent disposer de renseignements exacts sur ce qui s'est passé dans les assemblées législatives et à la Chambre des communes. Une opinion publique éclairée constitue la condition essentielle du bon fonctionnement d'un gouvernement démocratique* ».

[2055] Conformément à la définition proposée par Bernard MANIN du gouvernement représentatif, à savoir « *un système où tout ce qui tient au gouvernement est soumis au jugement public* », op. cit., p. 245.

[2056] « *Il suit de là que sous la monarchie constitutionnelle c'est l'opinion publique qui est la source et le principe du ministère, principium et fons ; et par une conséquence qui dérive de celle-ci, le ministère doit sortir de la majorité de la chambre des députés, puisque les députés sont les organes de l'opinion populaire. C'est assez dire aussi que les ministres doivent être membres des chambres, parce que représentant alors une partie de l'opinion publique, ils entrent mieux dans le sens de cette opinion et sont portés par elle à leur tour. Ensuite le ministre député se pénètre de l'esprit de la chambre, laquelle s'attache à lui par une réciprocité de bienveillance et de patronage* », *De la monarchie selon la Charte*, Chap. XXIV, *Le ministère doit sortir de l'opinion publique et de la majorité des chambres*, op. cit.

[2057] Adolphe THIERS, *Discours sur les principes de 1789*, T. X, 26 février 1866, p. 344, en ligne sur Gallica (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k23693k/f348.table).

[2058] « *Le gouvernement n'existe que par le Souverain. Ainsi la volonté générale dominante du Prince n'est ou ne doit être que la volonté générale ou la loi ; sa force n'est que la force publique concentrée en lui : sitôt qu'il veut tirer de lui-même quelque acte absolu et indépendant, la liaison du tout commence à se relâcher. S'il arrivait enfin que le Prince eût une volonté particulière plus active que celle du Souverain et qu'il usât, pour obéir à cette volonté particulière, de la force publique qui est dans ses mains, en sorte qu'on eût, pour ainsi dire, deux souverains, l'un de droit et l'autre de fait, à l'instant l'union sociale s'évanouirait et le corps politique serait dissous* », *Du Contrat*

comme dangereux, justifiant par là même que le peuple le nomme et le révoque. Reste que, comme l'a démontré CARRÉ DE MALBERG, la soumission de l'exécutif aboutit de fait à une domination du pouvoir législatif et à l'exercice d'une souveraineté parlementaire. Á l'inverse de cette conception dominante, d'autres auteurs, et en premier lieu NECKER, insistent sur le rôle primordial de l'exécutif et sur l'établissement d'un lien fort de celui-ci avec l'opinion publique[2059]. C'est sans conteste cette conception qui se retrouve dans la volonté bien connue des constituants de la Vème République de restaurer l'État républicain[2060]. Néanmoins, cette structuration du pouvoir doit être appréhendée au moyen d'une théorie de la représentation qui ne méconnaisse pas l'ambivalence inhérente au lien représentatif. Sans pour autant se confondre avec un régime de type monarchique ou oligarchique[2061], la Vème République tente en effet d'instituer un canal d'expression direct entre le peuple et le chef de l'État, mettant ainsi en évidence la dimension communicationnelle du pouvoir exécutif (**SECTION 1**). Cela ne signifie pas que la légitimité du chef de l'État puisse s'affranchir du principe de responsabilité[2062], qui est lui-

---

social, Livre III, Chap. X.

[2059] « *Tout indique à un ministre le prix qu'il faut mettre à l'opinion publique.* […] *L'administrateur capable de l'étudier, et avide de l'obtenir, pourrait, par ce seul sentiment, suppléer à la faiblesse de ses talents, et à l'incertitude de ses connaissances. En effet, les idées générales sur le bien de l'État, les notions sur tout ce qui est utile et raisonnable, ont suivi le progrès des lumières, et sont aujourd'hui fort répandues. Ainsi, l'opinion publique, en même temps qu'elle sert d'encouragement et de récompense, peut encore devenir un conducteur fidèle ; c'est du moins un canal dont les feux sont sans cesse allumés ; et l'administrateur des finances peut, à cette seule lueur, parcourir un grand espace* », *De l'administration des finances de la France*, 1784, pp. 68-69, cité par Léonard BURNAND, *Necker et l'opinion publique*, op. cit., p. 67.

[2060] « *Un des caractères essentiels de la Constitution de la Vème République, c'est qu'elle donne une tête à l'État. Aux temps modernes où tout est si vital, si rude, si précipité, la plupart des grands pays du monde en font autant, chacun à sa manière. Nous le faisons à la nôtre qui est d'une part démocratique et, d'autre part, conformes aux leçons et aux traditions de notre longue histoire* », Conférence de Presse du 20 septembre 1962 du Général DE GAULLE, IN *Discours et messages*, T. IV, p. 22, citée par Lucien JAUME, *La réhabilitation de la fonction gouvernementale dans la Constitution de 1958*, ESPRIT, n°1-2002, p. 94. Cf. également Georges VEDEL, *Les sources idéologiques de la Constitution de 1958*, Études juridiques, 1958, pp. 5-8, repris IN DE LAUBADÈRE André, MATHIOT André, RIVERO Jean et VEDEL Georges (Dir.), *Pages de doctrine*, T.1, op. cit., pp. 493-500 ; Véronique ALIBERT-FABRE, *La pensée constitutionnelle du Général De Gaulle à « l'épreuve des circonstances* », RFSP, n°5-1990, pp. 699-712.

[2061] Telle était notamment la position de Maurice DUVERGER qui pensait voir là, non un phénomène propre à la Vème République, mais une sorte de loi de l'évolution institutionnelle commune aux grandes démocraties occidentales. Cf. *La monarchie républicaine, ou comment les démocraties se donnent des rois*, Paris, Robert Laffont, Coll. Libertés 2000, 1974. Toutefois, ainsi que le souligne Lucien JAUME, « *le référendum, l'usage prompt de la dissolution lorsque nécessaire, l'appel direct à l'opinion publique étaient les moyens qui, aux yeux du fondateur, devaient prévenir toute dérive, de type « monarchique », précisément, mais aussi bien, « oligarchique »* », *L'État républicain selon de Gaulle (II)*, COMMENTAIRE, n°52, 1990, p. 755.

[2062] Bien sûr la responsabilité directe du chef de l'État devant le peuple fut longtemps assimilée au plébiscite comme le montre la proclamation de LOUIS-NAPOLÉON du 14 janvier 1852, « *dans ce pays de centralisation, l'opinion publique a sans cesse tout rapporté au chef du gouvernement, le bien comme le mal. Aussi*

même au fondement de l'idéal démocratique[2063] ; ainsi que l'avait noté ROUSSEAU, « *c'est à l'estime publique à mettre la différence entre les méchants et les gens de bien ; le magistrat n'est juge que du droit rigoureux* »[2064]. Si la responsabilité politique est ontologiquement liée au régime représentatif, il conviendra alors de démontrer que « *le rôle de l'opinion publique* […] *dans l'histoire de la responsabilité est complexe* […] *mais indéniablement important* »[2065] (**SECTION 2**).

Section 1. La dimension communicationnelle de la fonction présidentielle

L'organisation du pouvoir exécutif se veut un problème récurrent dans l'interrogation républicaine. Alors que la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 ne mentionne même pas le Président de la République, la Constitution du 4 octobre 1958 semble au contraire lui laisser une place prépondérante en lui conférant le Titre II. Mais l'identification, dans une logique positiviste, de la souveraineté au seul pouvoir législatif, place l'institution présidentielle en porte-à-faux, niant en quelque sorte la « *révolution copernicienne* »[2066] proposée par les constituants. Au contraire, en reconnaissant au chef de l'État le rôle de représentant, on met en évidence la nature profondément ambivalente de l'institution présidentielle (**SOUS-SECTION 1**). La dimension incarnative du pouvoir va néanmoins trouver son achèvement dans la possibilité pour le chef de l'État de mettre en place un véritable État d'exception. Ainsi est-il très net que chez DE GAULLE, « *comme chez Machiavel ou Carl Schmitt, la situation d'exception est ce qui intègre, éclaire et permet de juger la situation régulière* »[2067]. Confirmant la place tenue par l'État pour la garantie des libertés dans la conception républicaine[2068], l'État d'exception repose également sur

---

écrire en tête d'une charte que ce chef est irresponsable, c'est mentir au sentiment public, c'est vouloir établir une fonction qui s'est trois fois évanouie au bruit des révolutions. […] *La Constitution actuelle proclame, au contraire, que le chef que vous avez élu est responsable devant vous ; qu'il a toujours le droit de faire appel à votre jugement souverain, afin que, dans les circonstances solennelles, vous puissiez lui continuer ou lui retirer votre confiance* ».

[2063] Christian BIDÉGARAY, *Le principe de responsabilité fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du « jardin des délices démocratiques »*, POUVOIRS, n°92, 2000, pp. 5-16.

[2064] *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Garnier-Flammarion, 1971, p. 230.

[2065] Denis BARANGER, *Une tragédie de la responsabilité. Remarques autour du livre d'Olivier Beaud : « Le sang contaminé »*, RDP, n°1-1999, p. 33.

[2066] Pierre AVRIL, *Le Président de la République, représentant de la Nation*, Mélanges Loïc Philip, op. cit., p. 32.

[2067] Lucien JAUME, *L'État républicain selon de Gaulle (I)*, COMMENTAIRE, n°51, 1990, p. 525.

[2068] « *Seul l'État* […] *peut garantir la liberté. Car seul il peut imaginer les conditions politiques qui permettent cette liberté* […]. *L'État est* [donc] *bien, en définitive, le maître de la liberté* », Michel DEBRÉ, *La mort de l'État républicain*, Paris, Gallimard, 1947, p. 235. Cf. Frédéric ROUVILLOIS, *Se choisir un modèle : Michel Debré et le parlementarisme anglais en 1958*, RFHIP, n°12, 2000, p. 347-357.

une identité de vue entre les gouvernants et les gouvernés : il est en quelque sorte « *rythmé par un plébiscite permanent qui réunit le peuple en un chœur commun à l'appel de son chef* »[2069]. En d'autres termes, l'État d'exception instaure une démocratie d'acclamation dont l'opinion publique est la forme moderne[2070] (**Sous-Section 2**).

Sous-Section 1. Le Président, une institution ambivalente

La conciliation de la logique libérale, telle qu'elle s'affirme par exemple chez Benjamin Constant, avec l'affirmation de l'autorité de l'État, conduit à penser la fonction présidentielle de manière profondément contradictoire. La puissance oscille ainsi en permanence entre un despotisme césarien qui privilégie la dimension incarnative et une logique de souveraineté parlementaire qui dénie au Président le titre de représentant[2071]. La Vème République n'entend finalement pas trancher entre ces deux conceptions, proposant une formule ambiguë et originale (**Paragraphe 1**). Toutefois, la reviviscence de la figure du chef ne peut se comprendre sans une analyse du « *règne de l'opinion, qui est celui de la société* [et qui] *appelle l'individu et ses porte-parole, système sans obligation ni sanction, monde sans projet ni volonté* »[2072]. Si la démocratie d'opinion modifie nos perceptions institutionnelles, interroge quant au statut de la fonction présidentielle, elle oblige également à penser la représentation dans et en dehors des canaux traditionnels d'expression. Ainsi que l'a mis en évidence Paul Ricoeur, la dimension communicationnelle contraint à

[2069] Denis Salas, *La sécurité peut-elle justifier un droit d'exception ? Réflexion sur le rôle du juge gardien des libertés*, 20 février 2006, www.ihej.org, p. 6.

[2070] Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 385. De ce point de vue, la filiation entre Carl Schmitt et Max Weber est évidente ; le grand sociologue allemand considérait en effet que « *la « démocratie plébiscitaire » - principal type de démocratie dirigée par des chefs – est, sous son aspect authentique, une espèce de domination charismatique qui se cache sous la forme d'une légitimité issue de la volonté de ceux qui sont dominés et qui n'existe que par elle. Le chef (démagogue) domine grâce à l'attachement et à la confiance de ses partisans politiques envers sa personne en tant que telle* », *Économie et société*, op. cit., p. 383 et 351, cité par Carlos Miguel Herrera, *Comment assumer l'héritage wébérien sous Weimar ? Légitimité, démocratie, changement social*, in Coutu Michel et Rocher Guy (Dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Paris, LGDJ, coll. Pensée allemande et européenne, 2006, p. 219. cf. également pp. 233-235.

[2071] Ainsi que le rappelle Carré de Malberg, « la *Constitution se fait uniquement au moyen de textes : les intentions de ses auteurs ne comptent pas, ou du moins, elles ne possèdent force constitutionnelle* », *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Économica, 1984 (1ère Éd. 1931), p. 107.

[2072] Jean-Marie Donégani et Marc Sadoun, *La Vème République. Naissance et mort*, Paris, Calmann-Lévy, 1998, p. 302.

redéfinir ce que l'on entend par langage, et plus particulièrement par langage politique[2073]. Á l'aune de ces postulats, il est alors possible de voir dans le Président un interlocuteur de l'opinion publique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le Président : entre représentation et incarnation

Á la question de savoir si le Président est un représentant, l'article 3 alinéa 1 de la Constitution n'apporte pas de réponse précise en ce qu'il ne nomme pas précisément les représentants[2074]. Comme l'explique Michel Troper, « *ce sont trois théories de la représentation différentes qu'il est possible de fonder sur l'article 3 : si la qualité de représentant est liée à la participation au pouvoir législatif, seront représentants l'Assemblée nationale et Conseil constitutionnel ; si elle est liée à l'élection, au suffrage universel national, le Parlement et le Président de la République ; enfin, si elle résulte d'une combinaison des deux critères, l'Assemblée nationale seule est représentant* »[2075]. Toutefois, les controverses doctrinales relatives aux méthodes d'interprétation de l'article 3 semblent conclure finalement au caractère peu pertinent de la question[2076] : l'objet n'est peut-être pas tant de savoir si le Président est un représentant que de savoir qui il représente réellement. La démocratie classique, représentative et libérale, conçoit en effet le peuple comme « *un tout homogène qu'anime un vouloir unique* »[2077] : le Président, tel que le présente le texte constitutionnel de 1958,

---

[2073] « *L'extrême fragilité du langage politique, à jamais éloigné du langage incontroversible, explique sa vulnérabilité au mésusage sophistique de la rhétorique : car le langage politique est rhétorique non par vice, mais par essence. Ce qui fait sa limite mais aussi sa grandeur. L'homme n'a pas de meilleur organe pour s'interpréter lui-même comme animal politique.* […] *Le langage politique fonctionne au mieux dans les démocraties occidentales modernes comme langage qui affronte les prétentions rivales et qui contribue à la formation d'une décision commune. C'est donc un langage à la fois conflictuel et consensuel* », *Langage politique et rhétorique*, in *Lectures I. Autour du politique*, Paris, Seuil, Coll. Points, 1991, pp. 161-167.

[2074] « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». La formule est à rapprocher de l'article 3 de la Constitution de 1946 aux termes duquel « le peuple l'exerce [la souveraineté nationale] en matière constitutionnelle par la voie de ses représentants et par la voie du référendum. En toutes autres matières, il l'exerce par ses députés à l'Assemblée nationale, élus au suffrage universel ». Par la confrontation de ces deux articles, Georges Burdeau en avait conclu que les constituants avaient bien eu l'intention de mettre fin au monopole de la représentation par les parlementaires, *La conception du Pouvoir selon la Constitution Française du 4 octobre 1958*, rfsp, Vol. 9, n°1-1959, pp. 87-100 et plus spécialement p. 96.

[2075] « *La souveraineté nationale appartient au peuple ». L'article 3 de la Constitution de 1958*, in Jaume Lucien et Troper Michel (Dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, op. cit., p. 260.

[2076] Pierre Brunet, *Vouloir pour la Nation (…)*, op. cit., p. 328.

[2077] Georges Burdeau, *Démocratie classique ou démocratie vivante*, rfsp, Vol. 2, n°4-1952, p. 659. L'auteur précise : « *il n'est ni une masse impulsive, ni une collection d'individus isolés ; il est un corps doué d'une intelligence infaillible, sensible aux seuls enseignements de la Raison. Il doit cette cohésion et cette sagesse à sa structure même qui, excluant les faiblesses et les égoïsmes individuels, au même titre que les appétits des factions,*

incarne alors la Nation dans son devenir (**Sous-Paragraphe 1**). En outre, ainsi que l'avait mis en évidence HOBBES, le mécanisme d'identification semble inhérent au lien représentatif. Une partie de la doctrine considère alors que la démocratie d'opinion oblige l'électeur à rechercher quelqu'un qui lui soit similaire et non « *quelqu'un qui s'affirme pleinement dans son altérité et son indépendance* »[2078]. En d'autres termes, la représentation tend à se confondre avec la représentativité. Dans cette configuration, c'est l'objet même de la représentation qui se trouve interrogé : le Président, obéissant à une logique incarnative, devient ainsi, pour reprendre les termes de Georges BURDEAU, le représentant du « *peuple réel* »[2079] (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Le Président, représentant de la Nation

La Vème République tente de concilier la tradition constitutionnelle démocratique que Georges BURDEAU a parfois qualifiée de démocratie « *classique* » ou « *gouvernée* », et la volonté affichée des constituants de restaurer l'État au moyen d'une tête située à son sommet. Le résultat de cette conciliation est donc l'affirmation selon laquelle le Président serait le représentant de la Nation. Trois types d'arguments vont venir au soutien de cette hypothèse.

Tout d'abord, des arguments empruntés à l'histoire constitutionnelle. La question de savoir si le Président s'identifie à la volonté générale exprimée par la Nation serait en quelque sorte la réitération du débat qui opposa SIÉYÈS à MIRABEAU à propos de l'éventualité d'un veto accordé au Roi en 1789. En effet, dans un célèbre discours du 1er septembre 1789, MIRABEAU proposa d'accorder au Roi une capacité « *d'appel au peuple* » contre une proposition de loi qu'il jugerait contraire à la volonté générale, la puissance exécutive étant « *chargée du soin de maintenir l'équilibre, d'empêcher les partialités, les préférences vers lesquelles le petit nombre tend sans cesse au préjudice du plus grand* »[2080]. Le Roi ne s'approprie pas la volonté générale, mais par son veto il

---

n'associe que les citoyens ».

[2078] Lucien JAUME, *Représentation* IN RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 656. Et l'auteur d'ajouter que dans une démocratie d'opinion, « *l'élu ne peut se sentir libre tandis qu'il fait en sorte que l'électeur soit captivé par le jeu de miroir qui organise le théâtre de la représentation* ».

[2079] Le peuple réel se compose de « *la collectivité dans toute sa richesse sociologique, agglomérat d'individus et de groupes différenciés… par leur condition matérielle… leurs intérêts… leurs aspirations, leur culture* », Georges BURDEAU, *Traité de science politique. T. V. L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, Paris, LGDJ, 1953. p. 595.

[2080] *Archives parlementaires*, 1ère série, T. VIII, p. 538, cité par Lucien JAUME, *Le gaullisme et la crise de l'État*, ESPRIT, n°2-2001, p. 43.

s'affirme comme un interlocuteur de la Nation en dehors de ceux qui parlent en son nom[2081]. Ainsi MIRABEAU est-il convaincu que « *la sanction royale* [est] *le rempart inexpugnable de la liberté politique, pourvu que le Roi ne puisse jamais s'obstiner dans son veto sans dissoudre, ni dissoudre sans convoquer une autre Assemblée, parce que la Constitution ne doit pas permettre que le corps social soit jamais sans représentants* »[2082]. Bien sûr, la sanction royale ne peut être utilisée par le Roi pour des motifs personnels, mais toujours dans l'intérêt de la collectivité : dans le sens contraire, le Roi sera despote[2083]. L'octroi d'un droit de veto suspensif au Roi a parfois été considéré comme contradictoire avec la solution prônée par THOURET et BARNAVE et retenue par la Constitution de 1791 qualifiant le Roi de représentant au même titre que le Corps législatif. En effet, l'appel au peuple est nécessairement une prérogative de l'exécutif alors même que l'on peut aussi considérer que le veto fait participer le Roi à la fonction législative en ce que celui-ci agit non sur le fondement de sa volonté propre mais sur celle de la Nation. En réalité, la contradiction n'est qu'apparente : d'une part, l'égalité entre les pouvoirs est trompeuse car « *le thème dominant de la Constitution de 1791 est certainement, bien au contraire, celui de la méfiance dans laquelle est tenu le pouvoir exécutif et tout ce qui s'en rapproche* »[2084] ; d'autre part, certains constituants, et notamment BARNAVE, confondent les deux arguments[2085]. Si la conception de SIÉYÈS l'a emporté au lendemain de la Révolution[2086], la tentation de faire de l'exécutif le garant de la liberté de la Nation contre la

---

[2081] René CAPITANT y voit un parallèle avec la Constitution américaine de 1787, l'influence de LOCKE et de MONTESQUIEU dans la rédaction des deux constitutions étant indiscutable. Ainsi, « *toutes deux sont des constitutions dualistes, comportant deux représentants (dans l'une le Président et le Congrès, dans l'autre le Roi et le Corps législatif), participant tous deux à l'exercice du pouvoir législatif (le président américain par le droit de veto, le roi français par la sanction royale), dotés d'une indépendance réciproque qui exclut dans chaque cas le régime parlementaire* », *Démocratie et participation politique dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris - Montréal, Bordas, 1972, p. 41.

[2082] MIRABEAU, *Discours du 1er septembre 1789*, *Archives parlementaires*, T. VIII, p. 539, cité par Pierre BRUNET, *Vouloir pour la Nation (…)*, op. cit., p. 318.

[2083] BARNAVE met en évidence cette alternative dans son discours du 10 août 1791 : « *Ainsi donc ou le Roi veut pour la Nation dans l'ordre de ses fonctions constitutionnelles, ou il cesse d'être Roi, et la forme du gouvernement est changée. Que s'il a le droit de vouloir pour le peuple il est donc son représentant ; ou bien il exerce un droit individuel : son pouvoir cesse d'être légitime et devient une tyrannie* », AP, T. XXIX, p. 331.

[2084] Michel VERPEAUX, *1791, première Constitution française ?*, RFDC, n°13, 1993, p. 13.

[2085] cf. Pierre BRUNET, *La notion de représentation sous la Révolution*, op. cit., pp. 41-45 plus particulièrement. L'auteur réfute néanmoins la première hypothèse pour ne retenir que l'idée selon laquelle le Roi participe comme co-législateur à la formation de la volonté générale.

[2086] La souveraineté étant une et indivisible, il n'est pas acceptable selon SIÉYÈS que le Roi puisse participer à la formation de la volonté générale. Subordonné entièrement au pouvoir législatif, le Roi n'est que le premier citoyen de la Nation. Lui reconnaître la possibilité d'en appeler au peuple, reviendrait donc à dissoudre l'unité de la Nation : ainsi que l'exprime SIÉYÈS dans son discours du 7 septembre 1789, « [les appels au peuple] *ne vont rien moins qu'à couper, qu'à morceler, qu'à déchirer la France en une infinité de petites*

tentation d'omnipotence du pouvoir législatif se retrouve en germe dans la conception libérale du pouvoir, et plus particulièrement la théorie du « pouvoir neutre » chez Benjamin CONSTANT [2087]. Il est important de noter que le lien entre pouvoir neutre et opinion publique est indéniable en ce qu'ils ont tous deux pour objet de garantir la limitation de la souveraineté[2088]. Reste une incertitude sur la forme que doit prendre ce pouvoir neutre. Dans un premier temps, CONSTANT défend l'idée d'un organe collégial dont les membres sont élus à vie et distinct du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif[2089]. Puis, croyant voir dans la monarchie la capacité à produire ce pouvoir neutre[2090], il va subrepticement, et bien qu'il s'en défende[2091], contribuer à entretenir

---

démocraties qui ne s'uniraient ensuite que par les liens d'une confédération générale, à peu près comme les treize ou quatorze États-Unis d'Amérique sont considérés en convention générale », *Archives parlementaires*, op. cit., p. 593, cité par Lucien JAUME, *Le gaullisme et la crise de l'État*, op.cit., p. 44. La doctrine est parfois nuancée sur ce point : ainsi, Pierre BRUNET considère-t-il qu'il est abusif de voir dans le Roi de MIRABEAU un symbole de l'unité de la Nation, celle-ci ne se produisant uniquement que dans « *la réunion du corps législatif et du Roi* », *Vouloir pour la Nation (…)*, op. cit., p. 336. Néanmoins, ainsi que le constate Michel TROPER lui-même, « *la théorie de la représentation permettait en 1791 de justifier l'attribution du pouvoir suprême et ce pouvoir était celui qui s'exerçait dans la forme législative, celui par conséquent du Corps législatif et du Roi. Au XX ème siècle, le pouvoir suprême ne s'exerce plus seulement en forme législative, mais aussi dans d'autres formes, très variées et dans des domaines divers* », *La Constitution de 1791 aujourd'hui*, RFDC, n°9, 1991, p. 13.

[2087] CONSTANT doute toutefois de l'efficacité du veto qui « *est bien un moyen direct de réprimer l'activité indiscrète des assemblées représentatives, mais* [qui] *employé souvent, les irrite sans les désarmer* », *Principes de politiques applicables à tous les gouvernements représentatifs et plus particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, 1815, repris IN *Écrits politiques*, op. cit., p. 339.

[2088] En ce sens, cf. Alain LAQUIÈZE, *La réception de Sieyès par la doctrine publiciste (…)*, op. cit., p. 242 ; dans le même sens Thomaz DINIZ GUEDES, *Le pouvoir neutre et le pouvoir modérateur dans la Constitution brésilienne de 1824*, Annales Benjamin Constant, n°23-24, 2000, pp. 237-238 notamment.

[2089] « *Il faudrait en conséquence créer un pouvoir dont l'intérêt fût distinct à la fois et de celui du pouvoir législatif et de celui du pouvoir exécutif, et combiné de manière à ce qu'il eût besoin pour lui-même, non de nuire à ces deux rivaux éternels, mais de maintenir entre eux équilibre et concorde* », *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, L. VIII, Ch. 4, Aubier, Paris, 1991, p. 375.

[2090] « *La monarchie constitutionnelle a ce grand avantage, qu'elle crée ce pouvoir neutre dans la personne du roi, déjà entourée de tradition et de souvenirs, et revêtu d'une puissance d'opinion, qui sert de base à sa puissance politique. L'intérêt véritable de ce roi n'est aucunement que l'un des pouvoirs renverse l'autre, mais que tous s'appuient, s'entendent et agissent de concert* », *Réflexions sur les Constitutions et les garanties*, Chap. I, IN *Cours de politique constitutionnelle*, Genève-Paris, Slatkine,1982, T. I, p. 178.

[2091] « *La Monarchie n'est donc qu'un moyen d'opposer à un nombre indéfini de monarques en idée, un monarque reconnu, qui éteigne l'espoir avant qu'il soit né, et décourage les entreprises avant qu'elles ne soient essayées. La monarchie n'est point instituée pour gouverner, mais pour empêcher, d'une part, ceux qui gouvernent d'aspirer à plus de pouvoir qu'il ne leur en faut pour s'acquitter de leur mission, et, de l'autre, pour ôter à ceux qui ne gouvernent pas, l'idée de saisir le gouvernement par des moyens violents et factieux* », *De la monarchie en République*, *Questions politiques, Le temps*, 26 mars 1830, IN *Recueil d'articles*, 1829-1830, Éd. Harpaz, Slatkine, Genève, 1991, p. 293.

l'idée que le chef de l'exécutif peut être le gardien de la séparation des pouvoirs, une sorte d'arbitre telle que la Vème République a tenté de l'instaurer[2092].

Ensuite, des arguments plus contemporains, tirés d'une analyse du texte constitutionnel, confirment la thèse du Président-représentant. Ainsi, selon Georges BURDEAU, la Constitution de la Vème République instaurerait un pouvoir d'État, conçu « *non comme l'instrument d'un homme ou d'un parti, mais comme l'énergie de la nation entière* »[2093]. La Vème République se distingue dès lors des régimes autoritaires auxquels on a voulu, abusivement, la comparer, par le maintien, à côté du pouvoir d'État, d'un pouvoir « *populaire* », qui consacre le pluralisme nécessaire à la respiration démocratique et qui tend à s'exprimer au moyen du Parlement[2094]. L'objet du pouvoir d'État est alors d'engager la collectivité toute entière pour l'avenir, loin des intérêts catégoriels et des « *turbulences des masses* »[2095]. Dans cette hypothèse, l'État devient le siège du pouvoir tout en conservant une assise populaire, le Président représentant le corps formé par l'ensemble des citoyens[2096]. Le fondement du régime se trouve alors dans la légitimité du Président, ainsi que le résume la formule de Michel DEBRÉ : « *Le président de la République, c'est la légitimité nationale ; le Parlement, c'est l'expression de la vie démocratique* »[2097]. L'État incarne alors par l'intermédiaire de sa tête le contrat social et associe l'intérêt collectif et les intérêts contradictoires de la sphère privée. En d'autres termes, la Constitution organise « *deux circuits parallèles mais d'inégale importance : le Président, placé au sommet de l'État, respecte certes l'autonomie du circuit représentatif* […] *mais il bénéficie par son statut – historique pour de Gaulle, électif pour ses successeurs – de l'éminence attachée à sa fonction* »[2098].

[2092] Si selon la formule de Michel DEBRÉ l'exécutif est « *l'essentiel dépolitisé* », cela vaut essentiellement pour la période antérieure à 1965. En cela, mais pas uniquement, il serait abusif d'assimiler les deux notions. Cf. en ce sens, Lucien JAUME, *Le gaullisme et la crise de l'État*, op. cit., p. 49.

[2093] Georges BURDEAU, *La conception du Pouvoir (…)*, op. cit., p. 89.

[2094] Ainsi que l'exprime Jean-Louis QUERMONNE, « *le Parlement forme à lui seul, avec l'appui des groupes qui le composent, un autre pouvoir que le pouvoir d'État.* [Ce dernier est donc] *un concept associant, au service du pouvoir présidentiel, l'appareil gouvernemental, administratif, militaire et judiciaire de l'État à un large consensus populaire* », *La notion de pouvoir d'État et le pouvoir présidentiel sous la Vème République*, Mélanges Hamon, *Itinéraires*, Paris, Économica, 1982, p. 556 et p. 561.

[2095] Georges BURDEAU, *La conception du Pouvoir (…)*, op.cit., p. 93.

[2096] Pour BURDEAU, « *le citoyen, en effet, c'est l'homme qui, pour s'élever à la jouissance des prérogatives de la liberté politique, fait taire en lui l'intérêt personnel* », *Démocratie classique ou démocratie vivante*, op. cit., p. 660.

[2097] Michel DEBRÉ, *Refaire une démocratie, une État, un pouvoir*, Paris, Plon, 1958, p. 29, cité par Georges BURDEAU, *La conception du pouvoir (…)*, op. cit., p. 97.

[2098] Jean-Marie DONÉGANI et Marc SADOUN, *La Vème République. Naissance et mort*, op. cit., p. 291.

Enfin, si le juge constitutionnel français ne s'est pas prononcé sur cette question, on peut sans doute trouver du côté du juge européen des éléments de réponse confirmant l'hypothèse d'un Président représentant. En effet, la définition du « corps législatif » mentionné à l'article 3 du Protocole 1 de la Convention européenne des droits de l'homme va donner lieu à une interprétation extrêmement large de la part du juge de Strasbourg. Si, dans un premier temps, il a rappelé que « *les mots de « corps législatif » ne s'entendent cependant pas nécessairement du seul Parlement national et qu'il échoit de les interpréter en fonction de la structure constitutionnelle de l'État en cause* »[2099], visant par là même les Parlements des États fédérés[2100], les Conseils régionaux italiens[2101], voire le Parlement européen[2102], le juge a par la suite considéré que « *s'il était établi que les fonctions du chef de l'État concerné comprennent l'initiative législative et le pouvoir d'adopter des lois ou incluent de vastes prérogatives en matière de contrôle d'adoption des lois ou le pouvoir de censurer les principaux organes législatifs, on pourrait alors soutenir que le chef de l'État est un « corps législatif » au sens de l'article 3 du Protocole n°1* »[2103]. Au regard des critères dégagés par la Cour dans sa décision, on peut penser que la possibilité qu'a le Président de dissoudre l'Assemblée, de demander une nouvelle délibération de la loi ou de saisir le Conseil constitutionnel, pourrait conduire le juge européen à une interprétation extensive le considérant comme un membre du « Corps législatif » et donc comme un représentant.

Outre ces arguments, il convient également de mentionner l'élection au suffrage universel direct du Président qui a profondément modifié et remis en cause partiellement la doctrine du pouvoir d'État[2104]. En effet, si le Président acquiert par l'onction du suffrage universel le statut de

---

[2099] CEDH, 2 mars 1987, MATHIEU-MOHIN ET CLERFAYT C. BELGIQUE, § 53.

[2100] Par exemple, concernant les Länder allemands, Com. EDH, JAN TIMKE C. ALLEMAGNE précité.

[2101] CEDH, 1er juillet 2004, VIDE SANTE SANTORO C. ITALIE.

[2102] CEDH, Gde Ch., 18 février 1999, MATTHEWS C. ROYAUME-UNI, § 52.

[2103] CEDH, 2 septembre 2004, BOSKOSKI C. EX RÉPUBLIQUE YOUGOSLAVE DE MACÉDOINE.

[2104] Ainsi que l'avaient relevé certains auteurs à l'époque, la doctrine du pouvoir d'État, en ce qu'elle faisait de l'élection en 1958 du Président par un collège électoral l'un des arguments prépondérants au soutien de cette thèse, souffrait déjà de certaines failles : « *la distinction de la représentation politique, concernant les citoyens au sens de la théorie révolutionnaire, et de la représentation concrète, traduisant la diversité des hommes engagés dans la vie quotidienne, eut son heure de célébrité dans les années 30 : elle y servit principalement à justifier les chambres corporatives et la représentation des intérêts.* […] *La thèse de M. Burdeau est originale, en prenant le contre-pied de cette attitude : puisque le suffrage rural y est censé exprimer la nation abstraite, le suffrage politique, représenter les hommes concrets. En somme, si l'on comprend bien, les ducs orléanistes de 1875 en inventant le scrutin sénatorial, auraient achevé l'œuvre de Rousseau et de la Convention. Cette interprétation les eut laissés rêveurs : ils auraient apprécié en dilettantes la subtilité de cet énorme contresens* », Maurice DUVERGER, *Les institutions de la Vème République*, RFSP, Vol. 9, n°1-1959, p. 129.

représentant de la collectivité toute entière, alors force est de constater que l'objet de la représentation change de nature pour progressivement faire place à une démocratie « *gouvernante* » où « *le peuple d'hommes situés* »[2105] est le véritable représenté. Ainsi, la mutation de la structure du pouvoir va venir renforcer la logique incarnative, confirmant les dires d'Edouard LABOULAYE selon lesquels, « *en France, comme chez toutes les races romaines, l'opinion s'incarne toujours dans un homme, et que la Nation aime à se sentir conduite et tenue par un chef* »[2106].

Sous-Paragraphe 2. Le Président, représentant du « peuple réel »

Alors même que les constituants de 1789 ne distinguaient pas la Nation du peuple concret[2107], l'élection au suffrage universel direct du Président à partir de 1965 va venir modifier la théorie de la représentation. La logique incarnative, telle qu'elle avait déjà été mise en avant par Karl MARX dans *Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte*[2108], va trouver dans la logique républicaine un formidable réceptacle. Le pouvoir d'État dont parle BURDEAU se manifeste ici sous une forme de « *représentation-incarnation* »[2109], le chef de l'État étant tout à la fois celui qui dirige l'État, qui est à sa tête, et celui qui est l'État. La dimension incarnative ne s'inscrit pas nécessairement dans une interrogation juridique, mais bien davantage politique. Et la démocratie d'opinion renvoie inéluctablement aux problématiques de la légitimité du chef de l'État[2110]. Or, les questions de légitimité ne sont pas d'ordre purement institutionnel : si elles ne peuvent être totalement et toujours découplées des questions de légalité, « *elles ne prennent leur sens que dans des situations et*

[2105] Georges BURDEAU, *La conception du pouvoir (…)*, op. cit., p. 95.

[2106] Edouard LABOULAYE, *Considérations sur la Constitution* (1848), IN *Questions Constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, p. 54, cité par Lucien JAUME, *Tocqueville et le problème du pouvoir exécutif en 1848*, RFSP, Vol. 41, n°6-1991, p. 753.

[2107] Cf. Guillaume BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, précité.

[2108] « *Tandis que les voix des votants sont éparpillés sur 750 membres de l'Assemblée nationale, elles se concentrent ici sur un individu... L'Assemblée nationale représente les divers aspects de l'esprit de la Nation, mais le Président en est l'incarnation. Comparé à elle il possède une sorte de droit divin, il est président par la grâce du peuple* », Paris, Pauvert, Coll. Libertés, 1965, p. 240, cité par Dominique TURPIN, *Crise de la démocratie représentative*, RA, n°226, 1985, p. 335.

[2109] Éric DESMONS, *L'exécutif sous la Vème République : le Président de la République et le Premier ministre en représentation*, RDP, n°5/6-1998, p. 1564. Comme le souligne l'auteur, « *c'est ce lien presque charnel entre l'électorat et le chef de l'État qui permet de développer une forme de dialogue avec le peuple – notamment par la voie du référendum – que seule une personne physique est en mesure de tenir* », ibid., p. 1570.

[2110] « *La légitimité profonde* [n'émane pas du Parlement, lieu où s'exprime une] *représentation multiple, incertaine et troublée des tendances qui divisent la nation, mais bien des sentiments, des espoirs des institutions qui tendent au contraire à l'unir* », Conférence de presse du 16 mai 1967 du Général DE GAULLE, IN *Discours et messages*, T. V, p. 157, cité par Pierre BRUNET, *Vouloir pour la Nation (…)*, op. cit., p. 317.

des rapports de force nécessairement changeants »[2111]. L'invocation de l'opinion publique participe ici à une démarche identitaire et s'inscrit dans une entreprise de refiguration sociale. Ainsi tend-elle à s'imposer comme une puissance vivante, incarnant, de façon permanente et parfaitement lisible par tous, le principe actif de la vie du peuple[2112]. L'opinion publique est dès lors un moyen de rompre avec l'abstraction démocratique en faisant du peuple-nation un être de chair qu'il s'agirait de faire sortir de son mutisme en lui restituant une voix et un visage, en l'occurrence celles du Président de la République.

Mais ce n'est peut-être pas tant l'élection au suffrage universel direct du Président qui est en cause[2113], que le rapport qu'ont les hommes politiques avec ce mode de désignation. Ainsi, TOCQUEVILLE, pourtant grand défenseur de l'élection populaire du chef de l'État et qu'il a contribuée à mettre en œuvre en 1848, constate-t-il que la réélection par exemple a un caractère contre-productif : alors que la qualité du chef de l'État doit provenir de sa force de résistance tant vis-à-vis de l'opinion publique que vis-à-vis du pouvoir législatif, le système de la réélection « *tend à dégrader la morale politique du peuple et à remplacer par l'habilité la patriotisme.* […] *Rééligible, le président des États-Unis n'est qu'un instrument docile dans les mains de la majorité. Il aime ce qu'elle aime, hait ce qu'elle hait… les législateurs voulaient qu'il la guidât, et il la suit. Ainsi, pour ne pas priver l'État des talents d'un homme, ils ont rendu ces talents presque inutiles* »[2114]. Pourtant, la tradition

---

[2111] Jean-Marie DONEGANI et Marc SADOUN, *Les vertus dormitives de l'opium judiciaire*, LE DÉBAT, n°108, 2000, p. 47.

[2112] « *Le chef qui incarne* […] *peut d'autant plus parler et agir qu'il symbolise l'unité du pays et en exprime la volonté profonde. Le pouvoir incarnatif, c'est cela, le lieu où s'opère une relation de symbiose telle que son titulaire peut être indifféremment le porte-parole ou le guide de la Nation, le fils qui obéit ou celui qui impose* », Marc SADOUN, *Pouvoir d'incarnation et démocratie d'opinion*, Cahiers français, *La Vème République, évolutions et débats*, n°332, 2006, p. 35.

[2113] Ainsi que le note Pierre AVRIL, « *il ne faut cependant pas inverser l'ordre logique en faisant une cause de ce qui est une conséquence. Ce n'est pas l'élection qui fait le représentant, c'est la qualité de représentant conférée par la Constitution qui appelle l'élection en régime de souveraineté nationale* », *Le Président de la République, représentant de la nation*, op. cit., p. 39.

[2114] *De la démocratie en Amérique, T. 1* (1835), Paris, Flammarion, Coll. GF, 1981, pp. 211-212. Élu le 17 mai 1848 au premier tour de la Commission de Constitution, TOCQUEVILLE avait dans un premier temps défendu cette idée : « *Il est vrai que si le président n'est pas rééligible, on peut jeter un énorme mécontentement dans l'esprit d'un homme éminent qui ne peut prolonger son pouvoir et accomplir les grands desseins qu'il médite, on ne lui laisse que l'ambition du désespoir et on lui inspire l'idée de briser la Constitution. C'est un mal, mais j'aime mieux voir la Constitution exposée à un danger accidentel et passager, que voir la société habituellement soumise à l'influence corruptrice d'un président qui emploie la force dont il dispose à prolonger son pouvoir* », Procès verbal, séance 27 mai, p. 61. Puis, dès mars 1851, il pressentit les difficultés que la non-réélection pouvait engendrer : « *notre esprit ne fut pas assez souple et assez prompt pour se retourner à temps et apercevoir que, du moment où il avait été décidé que ce seraient les citoyens eux-mêmes qui choisiraient directement le président, le mal était irréparable, et que c'était l'accroître que d'entreprendre témérairement de gêner le peuple dans son choix* »,

constitutionnelle, telle qu'elle s'exprima notamment dans les écrits de René CAPITANT, considéra tout au contraire que l'accroissement des votations populaires, y compris à mi-mandat, contribuait à une respiration démocratique indispensable, surtout dans un régime où l'exécutif occupe une place prégnante. Il signifierait le passage d'un « *régime représentatif pur* » à un régime « *semi-représentatif* »[2115]. Profondément liée à l'idée de responsabilité, une telle conception se retrouve mise à mal dans une démocratie d'opinion. Privilégiant l'instantanéité et une conception du peuple compris comme entité électorale, elle réactualise ainsi la pensée de TOCQUEVILLE[2116]. Et, dans une certaine mesure, on peut également considérer que le quinquennat vient renforcer l'inscription du Président dans l'immédiat, rompant avec la logique consistant à inscrire la collectivité qu'il représente dans le long terme[2117]. Dès lors, nous nous accordons avec Lucien JAUME quand celui-ci écrit que « *le rythme syncopé, instantanéiste, de la démocratie dite « d'opinion », avec un agenda, des questions et des urgences définis par médias ou par sondages, enlève beaucoup de crédibilité à cet édifice* »[2118].

Ainsi que l'exprime Pierre BRUNET, « *contrairement aux apparences, il est très difficile de décrire le Parlement et le président comme des « représentants » en employant le terme dans un seul sens. Le*

Souvenirs, IN *Œuvres complètes*, T. XIII, op. cit., p. 190.

[2115] Le régime représentatif pur, tel qu'il s'exprime en 1791, est hostile à la réélection, du moins indéfinie, des représentants car comme le souligne BARRÈRE, « *la réélection indéfinie crée les flatteurs du peuple. Les flatteurs du peuple, se mettant au service de l'électeur, transfèreront en fait sinon en droit l'exercice du pouvoir législatif à celui-ci* ». Ainsi que le note CAPITANT, « *cette interdiction de la réélection* […] *avait pour objet d'éviter que l'électeur, par la menace de refuser son vote à l'élu sortant et sollicitant sa réélection, ne lui imposât sa volonté et par conséquent n'introduisît dans l'élection une part de démocratie qui était étrangère à l'esprit du régime représentatif* », *Démocratie et participation politique (…)*, op. cit., p. 49. Tout au contraire, dans un régime semi-représentatif, la réélection permet au corps électoral d'exercer un moyen de pression sur l'élu et de le faire participer indirectement à l'exercice de la volonté générale.

[2116] Telle est la position de Marc SADOUN. Selon cet auteur, « *l'opinion, comme l'a bien vu Tocqueville, s'exprime dans la fragmentation et la décomposition du social ; elle ne se forme pas dans les cercles réglés des institutions politiques mais dans les circuits informels de la société de communication, sans échange et sans concertation, hors de toute délibération et de tout projet commun.* […] *Elle n'est pas seulement aux antipodes de la démocratie incarnative ordonnée autour de l'Un, elle s'affirme aussi dans les failles de la démocratie représentative* », *Pouvoir d'incarnation et démocratie d'opinion*, op. cit., p. 36. Un tel point de vue s'avère en réalité profondément prescriptif en ce que l'auteur néglige la large place consacrée par la pensée libérale à l'opinion publique, celle-ci n'étant donc pas l'apanage exclusif des doctrines favorables au pouvoir incarnatif.

[2117] « *Le quinquennat, à la différence du septennat, ne permet plus au président d'incarner le pouvoir d'État qui perd donc en autonomie. Le temps présidentiel s'efface au profit d'une vision plus immédiate et l'institution s'inscrit dès lors dans la conjoncture. Le chef de l'État sera par la force des choses plus soumis aux mouvements de l'opinion publique* », Marie-Claire PONTHOREAU, *Le Président de la République. Une fonction à la croisée des chemins*, POUVOIRS, n°99, 2001, p. 41.

[2118] *La réhabilitation de la fonction gouvernementale dans la Constitution de 1958*, op.cit., p. 92.

premier « représente » parce qu'il exprime juridiquement une volonté politique qui sera imputée au peuple entier, tandis que le second, aussi prestigieux soit-il, exprime politiquement une volonté tout aussi politique imputée à l'État »[2119]. Ce qui est en jeu s'inscrit alors davantage dans une logique politique que juridique.

Paragraphe 2. Le Président de la République, interlocuteur privilégié de l'opinion publique

La Vème République, davantage qu'un nouvel équilibre des institutions, introduit finalement une nouvelle lecture des rapports entre la société civile et la société politique, entre le peuple, la nation, et ses dirigeants ; « *elle a plus précisément mis en place deux circuits parallèles d'expression des citoyens : l'un de représentation classique, va du peuple au gouvernement, par la médiation des partis et du Parlement, l'autre, d'incarnation, plus difficile à préciser, relie directement la Nation au chef de l'État.* […] *Le second circuit travaille sur le singulier des universaux (la Nation, l'État, la France), il refuse tous les intermédiaires et travaille sur le principe d'unanimité* »[2120]. Le texte constitutionnel a ainsi mis en place les mécanismes nécessaires à l'instauration d'un dialogue entre le chef de l'État et l'opinion publique (**Sous-Paragraphe 1**). Néanmoins, la démocratie d'opinion nous oblige également à repenser le cadre conceptuel de la légitimité : celle-ci doit nécessairement s'extraire du cadre normatif car « *il faut comprendre que la vie en société ne peut tenir à la longue par les seules vertus de la force nue, police ou armée, et que le principal instrument de cohésion, le plus efficace en longue période et le moins coûteux* […] *réside dans la symbolique politique* »[2121]. En d'autres termes, la légitimité présidentielle dépasse les formes constitutionnelles pour remonter aux sources du mécanisme démocratique[2122]. Dès lors, à côté des dispositions normatives et institutionnelles, la

---

[2119] *Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français*, POUVOIRS, n°114, 2005, p. 17.

[2120] Jean-Marie DONEGANI et Marc SADOUN, *Vie et mort de la Vème République*, LE DÉBAT, n°106, 1999, p. 152.

[2121] Lucien SFEZ, *Politique symbolique*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1169. En définitive, et pour reprendre la célèbre typologie de Max WEBER, la fonction présidentielle doit combiner deux types de légitimité : la légitimité charismatique, qui s'appuie sur des qualités personnelles du titulaire de la fonction lui valant une autorité reconnue et acceptée, et la légitimité légale-rationnelle qui s'appuie sur le droit définissant un code ou des règles d'accession au pouvoir et d'exercice du pouvoir. Cf. Max WEBER, *Economie et société*, précité.

[2122] On doit sans doute la première analyse à Roberto MICHELS qui considérait qu « *la masse* […] *a un faible pour tout ce qui frappe les yeux et pour les spectacles devant lesquels les passants se rassemblent bouche bée sur la voie publique* », *Les partis politiques (…)*, op. cit., p. 51. Albert MABILEAU écrira plus tard que « *le leadership personnel, hybride et incomplet, peut être une étape vers l'instauration d'un leadership institutionnel* », ainsi que l'exprime notamment la Vème République, *La personnalisation du pouvoir dans les gouvernements démocratiques*, op. cit., p. 49.

communication entre le chef de l'État et l'opinion publique se réalise également à travers des canaux informels et médiatiques (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. La configuration institutionnelle : l'exemple de la dissolution

Ainsi que le soulignent certains auteurs, « *l'accord permanent que les promoteurs de la Constitution avaient voulu installer entre l'opinion et le pouvoir d'État, notamment par la remise en jeu constante du mandat présidentiel, est un objectif qui a été délibérément abandonné.* […] *Certes, l'opinion n'a jamais autant été sollicitée que ces dernières années, elle n'a jamais autant parlé, mais peut-on dire pour autant qu'elle dispose aujourd'hui du pouvoir de décision que les dispositifs institutionnels de la Cinquième originelle se proposaient de lui donner ? Sans doute non* »[2123]. Parmi les mécanismes prévus par le texte constitutionnel, outre le référendum et le droit de message adressé au Parlement[2124], l'outil de la dissolution apparaît comme fondamental. Acte dispensé du contreseing ministériel par l'article 19 de la Constitution, la dissolution est ainsi sensée exprimer une volonté propre du Président de la République n'engageant pas la responsabilité gouvernementale[2125]. Une telle situation répond ainsi à l'objection formulée par Carré DE MALBERG pour qui la qualification du Président comme « *organe d'État* » dépendait de ce que « *la Constitution l'ait mis en état d'exercer ces facultés d'une façon libre et indépendante* »[2126]. Si la nature de représentant du chef de l'État est ici confirmée, la dissolution a bien davantage pour objet la mise en place d'une communication permanente avec l'opinion publique : ainsi que le souligne Carl SCHMITT, « *la conséquence la plus importante pour le droit public de la prise en considération de l'opinion publique* […] *porte sur l'institution juridique de la dissolution du Parlement* »[2127].

Appréhendée le plus souvent sous l'angle de la résolution des conflits entre les pouvoirs exécutif et législatif, la dissolution aurait donc également une dimension communicationnelle entre le chef de l'État et le corps électoral. Une telle conception du droit de dissolution se

---

[2123] Jean-Marie DONÉGANI et Marc SADOUN, *La Vème République. Naissance et mort*, op. cit., pp. 286-287.

[2124] Cécile BLIN, *Les messages de l'article 18 de la Constitution sous la Vème République*, RRJ, n°3-2003, pp. 1145-1164.

[2125] Il s'agit en outre d'un acte insusceptible de recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative, CE, M. ALLAIN, 20 février 1989. Toutefois, certains auteurs défendent l'hypothèse de la compétence du Conseil constitutionnel en ce que la dissolution met en exergue un conflit entre organes constitutionnels, entendu comme « *un différend opposant des sujets titulaires de fonctions constitutionnelles et portant sur l'interprétation ou l'application de la Constitution* », Elise CARPENTIER, *L'« acte de gouvernement » n'est pas insaisissable*, RFDA, n°4-2006, p. 667.

[2126] *Contribution à la théorie générale de l'État, T. 2*, op. cit., p. 402.

[2127] *Théorie de la Constitution*, op. cit, p. 389.

retrouvait déjà dans les débats qui ont jalonné notre histoire constitutionnelle. Ainsi MIRABEAU met-il en exergue qu'en cas de conflit persistant entre l'Assemblée et le Roi « *le prince* […] *n'a plus d'autre moyen que d'en appeler à son peuple en dissolvant l'Assemblée* »[2128]. En d'autres termes, il revient à la Nation de trancher les éventuels conflits entre le législatif et l'exécutif : « *le roi de Mirabeau devait être – comme chez de Gaulle – l'interlocuteur de la nation ainsi dissociée de tous ceux qui parlaient en son nom et en fait à sa place* »[2129]. On retrouvera par la suite cette idée sous la plume de Benjamin CONSTANT lorsqu'il prône l'instauration d'un pouvoir préservateur, le fameux pouvoir neutre chargé de garantir la limitation de la souveraineté, sorte de « *pouvoir judiciaire des autres pouvoirs* »[2130]. Le droit de dissolution est, au même titre que la grâce et le pouvoir de destituer les dépositaires du pouvoir exécutif, l'un des attributs essentiels de ce pouvoir intermédiaire que prône le juriste libéral. Ainsi CONSTANT peut-il préciser que « *la dissolution des assemblées n'est point, comme on l'a dit, un outrage aux droits du peuple, c'est au contraire* […] *un appel fait à ses droits en faveur de ses intérêts* »[2131]. Mais, ainsi que nous l'avons précisé, le pouvoir neutre va très vite reposer sur un dédoublement fonctionnel de l'exécutif[2132], le pouvoir préservateur étant ici une institution comparable à la monarchie héréditaire. La transposition de cette théorie

---

[2128] *Archives parlementaires*, op. cit., p. 538, cité par Lucien JAUME, *L'État républicain selon de Gaulle (II)*, op.cit., p. 753.

[2129] Lucien JAUME, *Le gaullisme et la crise de l'État*, op. cit., p. 44.

[2130] *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, L. VIII, Ch. 3, Paris, Aubier, 1991, p. 390. Ainsi que le précise CONSTANT : « *lorsque les citoyens divisés entre eux d'intérêt se nuisent mutuellement, une autorité neutre les sépare, prononce sur leurs prétentions et les préserve les unes des autres. Cette autorité, c'est le pouvoir judiciaire ; de même, lorsque les pouvoirs publics se divisent et sont prêts à se nuire, il faut une autorité neutre qui fasse à leur égard ce que le pouvoir judiciaire fait à l'égard des individus. Le pouvoir préservateur est pour ainsi dire le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs* ».

[2131] *Principes de politiques applicables à tous les gouvernements représentatifs et plus particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, 1815, repris IN *Écrits politiques*, op. cit., p. 343. Néanmoins, la position de CONSTANT sur ce sujet a évolué, soulignant une technique à double tranchant : « *elle* [la dissolution] *place même un germe de malveillance dans l'esprit de corps de l'assemblée qui remplace celle que l'autorité vient de dissoudre. Pour peu que cette assemblée soit libre, elle est d'humeur querelleuse et disposée à venger ses* prédécesseurs », 6ème lecture, Co 3252/4h, f°5, cité par Alain LAQUIÈZE, *Benjamin Constant et les lectures à l'Athénée royal consacrées à la Constitution anglaise*, op. cit., p. 162. Ainsi que le précise Alain LAQUIÈZE, Benjamin CONSTANT est conscient que « *son efficacité serait très réduite dès lors que l'opinion ne serait pas du côté du pouvoir exécutif. Constant met ici l'accent sur les incertitudes d'un mécanisme qui ne donne pas automatiquement les résultats électoraux escomptés par ses instigateurs et qui peut même se retourner contre eux* », ibid.

[2132] « *Il y a, dans le pouvoir monarchique, deux pouvoirs : le pouvoir exécutif investi de prérogatives positives, et le pouvoir royal, composé de souvenirs et d'illusion religieuses ou traditionnelles, ce dernier est en quelque façon un pouvoir neutre entre le peuple et le pouvoir exécutif proprement dit qui est toujours délégué à ses ministres* », *Fragments d'un ouvrage abandonné (…)*, op. cit., p. 398.

au régime républicain et parlementaire ne va pas se faire sans heurts, malgré les précautions de CONSTANT[2133]. Comme le souligne Alain LAQUIÈZE, entre 1815 et 1848, la dissolution est exercée, malgré le texte constitutionnel[2134], par le Roi, en accord avec ses ministres, et ce dans le seul but de disposer d'une majorité à la Chambre[2135]. Qui plus est, alors que la dissolution en régime parlementaire « *est censée laisser le corps électoral s'exprimer, ce principe essentiel du gouvernement d'opinion n'est pourtant pas respecté puisque le pouvoir se sert de l'administration pour faire pression au moment des élections* »[2136]. Les constituants de la IIIème République renforcèrent eux aussi l'ambiguïté[2137] : s'il ne fait pas de doute que la commission constitutionnelle composée en majorité de monarchistes propose le droit de dissolution comme un moyen de mettre fin si besoin de manière prématurée à la République[2138], la dissolution est également pensée comme

[2133] « *Le pouvoir préservateur doit être ce qu'est le pouvoir monarchique en Angleterre, avec les différences exigées par la nature du gouvernement républicain. Le pouvoir préservateur, étant élu et tiré au sein du peuple, ne permet pas les prestiges de la Royauté héréditaire. Il y a par conséquent, diverses attributions qui doivent lui être refusées. Il doit avoir le droit de destituer le pouvoir exécutif : comme le Roi d'Angleterre a le droit de destituer le ministère, qui est véritablement le pouvoir exécutif ; mais le pouvoir préservateur ne doit pas être investi du droit de nommer le pouvoir exécutif, comme le roi d'Angleterre nomme les ministres, parce que les fautes des hommes nommés par le pouvoir préservateur retomberaient sur lui* », ibid., pp. 403-404. Walter BAGEHOT éprouvera la même difficulté à désigner l'organe titulaire de ce qu'il appelle pour sa part le « *pouvoir régulateur* ». Ainsi, selon le constitutionnaliste anglais, « *le meilleur moyen de remédier au caprice du Parlement, c'est de donner le pouvoir de dissoudre la Chambre au ministre choisi par elle-même, cela vaut mieux que de réserver ce pouvoir à une autorité étrangère. Mais si, au contraire, il faut remédier à l'esprit de parti et à l'égoïsme du Parlement, le plus sûr est de confier le pouvoir de dissoudre la Chambre à une autorité qui n'est liée par aucune attache au Parlement et qui n'en dépend pas* […] », *La Constitution anglaise*, op. cit., pp. 328-329.

[2134] Ainsi l'article 50 de la Charte de 1814 énonce que le Roi peut dissoudre la Chambre sous réserve d'en convoquer une sous les trois mois. Cette disposition sera reprise par l'article 42 de la Charte de 1830.

[2135] On est donc loin de la distinction proposée par PRÉVOST-PARADOL entre « *la dissolution ministérielle, signifiant qu'un ministère ayant perdu la majorité ou n'ayant qu'une majorité insuffisante désirerait de son plein gré se retremper dans l'opinion, et la dissolution royale qui est prise par le monarque sans le concours des ministres, afin d'inviter la Nation à confirmer ou à détruire une majorité parlementaire et un ministère soupçonnés de ne plus représenter le sentiment général* », *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, op. cit., p. 381.

[2136] Ibid., p. 385.

[2137] Par exemple, PRÉVOST-PARADOL qualifie le chef de l'État de « *surveillant général de l'État* [qui] *doit rester l'arbitre des partis et n'appartenir à aucun ;* [pour ce faire, il faut lui donner] *l'usage opportun du droit de dissolution, qui renvoie la représentation nationale devant son juge suprême et rétablit aussitôt entre la nation et ses députés l'accord indispensable au bien public* », cité par Lucien JAUME, *L'État républicain selon de Gaulle (II)*, op.cit., p. 754. Le lien entre le Président de la République et l'opinion publique est ainsi très clairement mis en avant par Edouard LABOULAYE lorsqu'il interroge à propos de la Constitution de 1848 : « *Qui départagera cette Assemblée, qu'on ne peut renvoyer devant le peuple, son juge suprême, et ce président soutenu, encouragé dans sa désobéissance par l'opinion publique, et qui, n'ayant pas même de veto pour refroidir la passion de la Chambre, ne peut défendre ce qu'il croit l'intérêt du pays qu'en se révoltant ?* », *Questions Constitutionnelles*, op. cit., p. 54. Cf. Vida AZIMI, *La Constitution et ses limites selon Edouard de Laboulaye*, RFDC, n°26-1996, pp. 243-271.

[2138] Ainsi que l'affirme BERTAULD, lorsque que le Roi décide d'utiliser sa prérogative de dissolution, c'est au nom d'une « *souveraineté publique* [qui] *s'incarne dans une dynastie qui est l'expression et le symbole de l'unité et*

un instrument indispensable à la consolidation de la République. Si l'épisode de 1877 va dans un premier temps reléguer la prérogative de dissolution au rang d'anomalie constitutionnelle, la dissolution de 1955, la seule de la IVème République, est néanmoins présentée comme un « *événement constitutionnel de première grandeur* […] *signe dans l'évolution de nos pouvoirs publics.* […] *l'opinion admet ou en tous cas admettra prochainement que l'impuissance de l'Assemblée nationale légitime la mise en œuvre de la dissolution* »[2139]. Toutefois, malgré ces prises de position en faveur du droit de dissolution, dans le système qui va prévaloir jusqu'en 1958 et que CAPITANT qualifie de « *régime représentatif pur* », la participation des citoyens à la volonté générale se limite à l'élection, à la désignation des représentants. Dans ces conditions, en 1791 par exemple, le corps électoral ne peut pas être considéré comme un organe de l'État en ce qu'il ne participe pas à l'exercice même du pouvoir législatif, et en ce que la dissolution est très clairement exclue[2140]. Dès lors, l'objectif des constituants successifs sera d'empêcher que les représentants puissent subir quelconque pression de la part de l'électeur : « *par conséquent le régime représentatif est-il hostile à la dissolution qui n'est qu'une réélection anticipée, et dans des conditions politiques qui avivent l'attention de l'opinion, donc le contrôle exercé par le corps électoral* »[2141].

Conformément aux souhaits de CARRÉ DE MALBERG et de CAPITANT, la Vème République va tout au contraire permettre la participation du peuple par l'intermédiaire de la dissolution, renforçant ainsi le lien qui existe entre le chef de l'État et le corps électoral. Elle permet donc de mettre en adéquation la volonté des élus avec l'opinion des électeurs[2142]. La dissolution apparaît donc

---

de la perpétuité nationale ». Á la différence, hanté par sa réélection, rien ne peut garantir pour un Président de la République « *qu'il n'y ait d'homme en lui, qu'il ne soit que la personnification de l'unité nationale* […] *et que ce soit exclusivement à l'intérêt national qu'il obéisse* », cité par André CABANIS et Michel Louis MARTIN, *La dissolution parlementaire à la française*, Paris, Presses de Science Po, 2001, pp. 94-95.

[2139] Jacques GEORGEL, *La dissolution du 2 décembre 1955*, Paris, Compagnie d'éditions libres sociales et économiques, 1958, p. 3.

[2140] En 1791, « *il n'y avait point place dans ce système pour la dissolution parce que le peuple n'y était pas envisagé comme appelé à énoncer dans les élections une volonté propre. Le peuple ne faisait qu'élire et quant à vouloir, c'était une faculté réservée exclusivement aux représentants* », CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., cité par René CAPITANT, *Démocratie et participation politique (…)*, op. cit., p. 52.

[2141] René CAPITANT, ibid., p. 53.

[2142] Comme l'écrit CARRÉ DE MALBERG, « *sans doute la dissolution conduit à de simples élections, ne fait appel qu'au pouvoir électoral du peuple, donc ne semble pas sortir du cadre du régime représentatif, mais les circonstances dans lesquelles elles ont lieu donnent à ces élections une portée spéciale. Le fait capital à remarquer à cet égard, c'est que, au cours même de la législature, le corps électoral est convié à renouveler les pouvoirs de ses députés ou à leur substituer d'autres élus. Il ne s'agit plus ici d'un simple acte de nomination : il s'agit de confirmer au cours de la période pour laquelle elle avait été faite, une nomination antérieure, de la confirmer ou de la révoquer. La dissolution dans ces conditions ne peut avoir d'autre signification que de fournir au peuple un moyen de faire connaître s'il*

comme le moyen de faire émerger le « *gouvernement d'opinion* » dont s'enorgueillit le parlementarisme anglais. Alors que les Républiques précédentes réalisaient davantage un gouvernement d'assemblée, la dissolution permet de soumettre le cabinet au contrôle de l'opinion : « *comme la confiance de l'opinion l'a élevé au pouvoir, la défiance de celui-ci l'oblige à en descendre. Et c'est la dissolution qui a pour fonction de mettre en œuvre cette responsabilité du parti gouvernemental devant le pays* »[2143]. Deux situations politiques fort différentes doivent alors être distinguées[2144] :

- soit l'exécutif, spontanément et en l'absence de tout conflit avec le législatif, demande au peuple français de lui renouveler sa confiance, « *simplement en vue de consolider le soutien que la politique qu'il poursuit trouve dans l'opinion publique* »[2145]. Pour CAPITANT, il s'agit de la condition même du bon fonctionnement des institutions, et celui-ci croît y voir un des fondements du parlementarisme anglais[2146]. Il est difficile de savoir si pour le grand juriste français il s'agit là d'une obligation morale ou juridique. Sa conception de la Constitution, comprise comme un texte normatif dont les significations ne s'épuisent pas avec la lettre, laisserait à penser qu'il s'agit là d'une obligation au sens juridique du terme, mais l'auteur reconnaît également que c'est

---

approuve ou désapprouve ses députés. C'est-à-dire si, depuis le commencement de la législature, il est ou non demeuré d'accord avec eux. La dissolution est donc bien un procédé servant à contrôler et à constater la persistance d'une conformité réelle entre la volonté du peuple et celle des élus », *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., pp. 375-376.

[2143] René CAPITANT, *La crise et la réforme du parlementarisme en France (…)*, op. cit., p. 353.

[2144] Pour sa part, Marie-France VERDIER distingue sous la Vème République trois types de dissolution : la dissolution parlementaire « royale » de 1962, les dissolutions-référendums de 1968 et 1997 et les dissolutions présidentialistes de 1981 et 1988, *Le droit de dissolution sous la Vème République : Essai de typologie d'un pouvoir discrétionnaire*, POLITEIA, n°1, 2001, pp. 67-101.

[2145] René CAPITANT, *Démocratie et participation politique (…)*, op. cit., p. 153. Tel est en France par exemple le sens à donner aux dissolutions de 1968, 1981, 1988 et 1997.

[2146] « *D'eux-mêmes, si quelque question politique vient à se présenter qui n'ait pas fait précédemment l'objet d'une campagne électorale, ou si quelque signe vient à révéler un changement de l'opinion, ils doivent loyalement tenter l'épreuve de la dissolution et fournir ainsi au corps électoral l'occasion de décider de leur maintien ou de leur remplacement au pouvoir. Le parlementarisme britannique est ainsi dominé par le contrôle de l'opinion* », René CAPITANT, *La crise et la réforme du parlementarisme en France (…)*, op. cit., p. 353. Toutefois, Michel DEBRÉ, grand admirateur lui aussi du régime parlementaire anglais, doute pour sa part de l'analogie entre les deux parlementarismes : « *Notre système de dissolution* […] *ne pourra jamais jouer le rôle qu'il joue dans les démocraties anglo-saxonnes, car la dissolution est un mécanisme interne, il ne peut pas être séparé du mode de scrutin* […]. *Avec nos modes de scrutin et notre situation de l'opinion, la dissolution n'aura jamais, quel que soit notre désir et quelle que soit sa forme, la qualité exceptionnelle qu'elle présente dans les démocraties parlementaires de type anglo-saxon* », Michel DEBRÉ, IN *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, T. II, Documentation Française, 1987, pp. 504, cité par Frédéric ROUVILLOIS, *Michel Debré (…)*, op. cit., p. 366.

« *une obligation morale, que les cabinets britanniques respectent,* [qui] *leur interdit d'abuser de cette circonstance* »[2147]. Reste qu'aujourd'hui le maintien de cette possibilité de « dissolution à l'anglaise » dépend également parfois de la volonté du juge constitutionnel de contrôler la procédure de dissolution, ainsi qu'en atteste l'exemple allemand[2148].

- soit, plus classiquement, la dissolution apparaît comme un arbitrage rendu par le peuple lors d'un conflit entre les pouvoirs exécutif et législatif, comme en 1962 en France. Adhémar ESMEIN, marqué par la dissolution de 1877, explique par exemple que, sans le droit de dissolution, « *la Chambre des députés, alors même qu'elle n'est plus soutenue par l'opinion du pays* »[2149] pourrait imposer un gouvernement et annihiler l'indépendance du pouvoir exécutif. Le droit de dissolution, dans cette hypothèse, n'est pas « *échec à la souveraineté nationale, puisque l'exercice du droit de dissolution a justement pour but et pour effet de remettre à la nation elle-même, au corps électoral, la solution du conflit et la décision suprême* »[2150]. La dissolution, si elle doit néanmoins demeurer exceptionnelle, apparaît tout à la fois comme un contrepoids nécessaire pour préserver l'indépendance de l'exécutif et comme un moyen pour l'opinion publique de se prononcer[2151]. Cette position doctrinale a clairement influencé les rédacteurs de la Constitution de la Vème République qui ont fait du Président, à la lecture de l'article 5 de la Constitution, un arbitre. Ainsi le Général DE GAULLE peut-il affirmer que « *certes, il existe un gouvernement qui*

[2147] Ibid., p. 353.

[2148] La Cour de Karlsruhe a ainsi eu l'occasion lors de la dissolution de 1983 de mettre en exergue le conflit constitutionnel entre organes qui pouvait exister lorsque la dissolution n'avait pas pour objet de résoudre un conflit. L'article 68 al. 1 de la Loi Fondamentale est en effet compris comme un moyen de garantir la pérennité de l'action gouvernementale : dès lors, une question de confiance posée par le Chancelier dans le but d'obtenir un vote négatif puis une dissolution du Bundestag n'est licite que si le gouvernement fédéral n'est plus assuré de conduire la politique du pays en s'appuyant sur une majorité parlementaire nette, Décision du 16 février 1983, recueil Bverfge, T. 62. Néanmoins, à l'occasion de la dissolution du 21 juillet 2005, le juge constitutionnel allemand, s'il confirme la position défendue en 1983, souligne la nécessité de se ranger à l'appréciation du Chancelier en ce que l'érosion de la confiance et le manque de confiance peuvent ne pas être démontrés au cours d'un procès constitutionnel, Décision du 25 août 2005. Cf. Olivier JOOP, *Le contrôle de décisions politiques par le juge constitutionnel : l'exemple de la décision du Bundestag allemand*, LPA, n°148-2006, pp. 12-17.

[2149] *Éléments de droit constitutionnel (…)*, op. cit., p. 743.

[2150] Ibid., p. 748.

[2151] ESMEIN souligne ainsi, à propos du Sénat sous la IIIème République, que celui-ci « *n'autoriserait une dissolution de la Chambre des députés que si l'opinion publique l'imposait véritablement ; mais alors par là même la dissolution prononcée ne pourrait être qu'une mesure bienfaisante* », *Éléments de droit constitutionnel (…)*, op. cit., p. 750. Alexis MICHEL note très justement que, « *en cette hypothèse limite, l'opinion publique est puissance dont la volonté devient ordre, commandement pour l'organe représentatif* », *Le gouvernement parlementaire dans la pensée d'Adhémar Esmein*, op. cit., p. 69.

détermine et conduit la politique de la Nation. Mais tout le monde sait et attend qu'il procède de mon choix et n'agisse que moyennant ma confiance. Certes, il y a un Parlement dont l'une des deux chambres a la faculté de censurer les ministres. Mais la masse nationale et moi-même ne voyons là rien qui limite ma responsabilité, d'autant mieux que je suis juridiquement en mesure de dissoudre, le cas échéant, l'assemblée opposante […] »[2152].

Dans les deux cas, il s'agit bien d'un « *appel au peuple* »[2153], d'un dialogue avec l'opinion publique dont l'objet est d'instiller une dose de démocratie dans un parlementarisme où la souveraineté jusque là se comprenait davantage comme une souveraineté parlementaire[2154]. Néanmoins, en découplant responsabilité politique et droit de dissolution, les Présidents successifs ont davantage mis en avant le caractère exorbitant de cette prérogative que dénonçait en son temps Georges VEDEL[2155] que son caractère démocratique. Il n'en demeure pas moins que les mécanismes d'appels au peuple prévus par la Constitution se heurtent « *à la réalité morale et passionnelle de la démocratie contemporaine où le leader, dans la conquête du pouvoir (et dans son*

[2152] Allocution prononcée lors de la présentation des vœux des corps constitués le 1er janvier 1967, citée par Dominique CHAGNOLLAUD, *La conception gaullienne de l'État : une monarchie républicaine ?*, Mélanges Duverger, op. cit., p. 48.

[2153] Sur ce point, la doctrine constitutionnelle italienne semble particulièrement explicite puisque Livio MINGUZZI n'hésite pas par exemple à proclamer que « *l'appel au peuple est une forme institutionnelle d'appel à l'opinion publique* », *La teoria della opinione pubblica nello Stato costituzionale*. Saggio, Roma, Roux, 1893, cité par Luigi LACCHÈ, *Per una teoria costituzionale dell'opinione pubblica. Il dibattito italiano (XIX secolo)*, Giornale di Storia costituzionale, n°6, 2003, p. 285. Il est important de noter que cette formule tend justement à présenter un moyen de répondre aux crises parlementaires que connaît alors la péninsule italienne.

[2154] « *Soit que l'initiative en ait été prise par le gouvernement en cas de conflits survenus entre lui et l'assemblée des députés, soit que cette assemblée elle-même ait provoqué son renouvellement anticipé dans le but, par exemple, de mettre un terme à l'impuissance où elle se sent réduite par suite de l'absence d'une majorité suffisamment compacte et décidée, dans une hypothèse comme dans l'autre, la dissolution apparaît comme un appel au peuple, comme une mesure destinée à lui donner la parole et à lui fournir l'occasion de manifester son sentiment touchant la politique à suivre* », Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 374. Adhémar ESMEIN avait lui aussi adopté cette position : « *la dissolution étant immédiatement suivie d'élections nouvelles, c'est au fond le corps électoral qu'on fait juge de la crise ; c'est même la responsabilité des députés à son égard qui est mise en jeu. Le droit de faire comparaître ceux-ci devant leurs électeurs, avant l'expiration normale de leur mandat, est ainsi remis exceptionnellement au pouvoir exécutif, qui n'en usera, d'ailleurs, qu'à la dernière extrémité : les risques qu'il peut courir en prenant ce parti sont une garantie suffisante* », *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 440.

[2155] Selon le Doyen VEDEL, la dissolution devrait prioritairement être utilisée pour permettre aux électeurs de trancher un conflit opposant pouvoirs exécutif et législatif. Or, selon lui, sous la Vème République, elle, « *ne peut remplir cette fonction. Elle dépend du seul chef de l'État qui peut l'esquiver s'il craint son issue électorale et, même s'il en use, il le fait sans risque pour son propre mandat. Cumulée avec la possibilité de recourir au référendum législatif ou constituant, elle met aux mains du président un arsenal écrasant qui va au-delà du but recherché en assurant non le concert entre les deux pouvoirs, mais la maîtrise de l'un sur l'autre* », *Vers le régime présidentiel ?*, op. cit., p. 31.

exercice) joue des effets de miroir qui hantent toujours la représentation : le discours politique veut séduire, il veut personnaliser l'agent dans sa précieuse différence. […] *ces préceptes sont tenus pour les clefs de la « popularité » dans la démocratie dite d'opinion* »[2156]. Ainsi aux mécanismes institutionnels viennent se superposer des canaux informels de communication entre l'exécutif et l'opinion publique.

Sous-Paragraphe 2. La configuration non-institutionnelle

Plusieurs politologues ont déjà dénoncé la soumission des politiques, et plus particulièrement de l'exécutif, au diktat des baromètres et autres sondages d'opinion. Ainsi, les efforts de communication du Président relèvent-ils davantage d'un jugement des agir, sorte de déformation de ce que Lucien SFEZ appelle une « *politique symbolique* »[2157], faite d'actions plus impliquantes que les actions médiatiques[2158]. Or, il ne fait aucun doute que « *les mass media et en particulier la télévision ont renforcé la personnalisation du pouvoir en soulignant la dimension personnelle de l'action politique au détriment des institutions délibérantes* »[2159]. Les appels à l'opinion peuvent dès lors être interprétés comme une mise en évidence de cette « *communication confondante* » qui aboutit « *à la confusion totale de l'émetteur et du récepteur* »[2160]. Cette crise de la communication est ainsi ontologiquement liée à la crise de la représentation en ce que la

---

[2156] Lucien JAUME, *Représentation*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1338.

[2157] Lucien SFEZ, *La politique symbolique*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2ème Éd., 1993.

[2158] Les modes d'intervention du chef de l'État sous la Vème ne sont pas nécessairement tous nouveaux mais certains sont renforcés par la place particulière donnée au Président par nos institutions. Ainsi en est-il par exemple des discours, puisque sous les IIIème et IVème République le Président du Conseil se chargeait d'une relecture avant diffusion, ou encore des voyages qui sont devenus de véritables actes politiques. Cf. Francis DE BAECQUE, *Qui gouverne la France ?*, Paris, PUF, Coll. Droit aujourd'hui, 1976, pp. 127-140.

[2159] Marie-Claire PONTHOREAU, *Pour une réforme de la responsabilité politique du Président de la République française*, IN BEAUD Olivier et BLANQUER Jean-Michel (Dir.), *La responsabilité des gouvernants*, op. cit., p. 306. Il est vrai que depuis les « causeries au coin du feu » du Président Roosevelt, en passant par les émissions télévisées du Président Giscard d'Estaing, l'instrument médiatique se trouve au cœur de la « *Présidence d'opinion* ». Cf. Roland CAYROL, *La présidence d'opinion. Mécanismes institutionnels et médiatiques*, IN WAHL Nicholas et QUERMONNE Jean-Louis (Dir.), *La France présidentielle. L'influence du suffrage universel sur la vie politique*, Paris, Presses de Science Po, 1995, pp. 95-103.

[2160] Lucien SFEZ, *Communication*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 245. Un tel discours n'est pas sans influence car, comme le souligne Daniel GAXIE, ceux qui possèdent un capital social et culturel moindre sont ceux qui « *ne peuvent que reprendre les catégories éthiques avec lesquelles ils interprètent dans la vie courante le comportement des personnes qu'ils côtoient et évaluer les acteurs politiques comme honnêtes, droits, sympathiques, efficaces, sérieux, compétents, ou encore arrivistes, égoïstes, agressifs, snobs ou malhonnêtes.* […] *Ce sont les mêmes raisons qui les poussent souvent à jauger les « prouesses » physiques ou intellectuelles des hommes politiques* », *Le Cens caché. Inégalités culturelles et ségrégation politique*, Paris, Seuil, 1978, p. 185.

démocratie d'opinion prétendrait mettre en scène médiatiquement un « peuple-émotion », niant la distance inhérente au mécanisme représentatif entre les gouvernés et les gouvernants[2161]. Si la politique est avant tout affaire de symbolique, nécessitant une conciliation permanente entre l'ordre et le mouvement, la symbolique politique ne peut être perçue que comme « *un remède, on pourrait même dire un placebo, à la crise de la représentation politique* »[2162]. En d'autres termes, la politique symbolique met en évidence que la légitimité ne peut s'analyser que comme une croyance partagée : « *l'expérience*, disait WEBER, *montre qu'aucune domination ne se contente de bon gré de fonder sa pérennité sur des motifs ou strictement matériels, ou strictement affectuels, ou strictement rationnels en valeur. Au contraire, toutes les dominations cherchent à éveiller et à entretenir la croyance en leur légitimité* »[2163]. Deux exemples viennent étayer la thèse selon laquelle les interventions présidentielles auraient une forte dimension symbolique, à la frontière du normatif et du factuel.

[2161] Pour Lucien SFEZ, « *les deux théories classiques de la communication et de la représentation coïncident. La communication distingue un émetteur et un récepteur reliés par un canal : tripartition qu'on retrouve dans la théorie classique de la représentation, qui distingue le monde objectif à représenter et le monde effectivement représenté, reliés par un médiateur* », *Communication*, op. cit., pp. 245-246. La récente décision de diffuser le conseil interministériel sur l'Europe, ainsi que le souhait, finalement non réalisé, du premier Ministre DE VILLEPIN de téléviser le Conseil des Ministres, est une illustration saisissante de ce mécanisme, Le Monde, 28 octobre 2006. Pourtant, on devrait se souvenir des propos de Walter BAGEHOT qui rappelait que « *ses réunions* [celle du Cabinet] *ne sont pas seulement secrètes en théorie, elles le sont en réalité. Dans l'usage actuel on n'en garde point de minute officielle. Si même une note d'un caractère privé se produisait à cet endroit, elle ne trouverait ni encouragement ni faveur. La Chambre des Communes, alors même qu'elle désirerait le plus se renseigner, et dans les circonstances les plus agitées, ne permettrait pas de lire une note qui aurait trait aux discussions du cabinet. Aucun ministre ayant quelque respect pour les usages fondamentaux de la pratique gouvernementale n'essayerait de lire une pareille note* », *La Constitution anglaise*, op. cit., p. 19.

[2162] Lucien SFEZ, *Politique symbolique*, op. cit., p. 1169.

[2163] *Économie et Société*, op. cit., p. 220.

D'une part, le rôle des conférences de presse, allocutions télévisées[2164] ou autres entretiens donnés à la presse spécialisée ou juridique apparaît comme primordial afin de saisir l'évolution de la pratique présidentielle sous la Vème République. Inaugurée en France par Gaston DOUMERGUE le 17 juillet 1934[2165], l'expérience fut reprise par MENDÈS-FRANCE puis poursuivie par DE GAULLE[2166]. Á titre d'illustration, on peut mettre en en avant la célèbre conférence de presse du 31 janvier 1964, parfois qualifiée de « *constituante aux petits pieds* »[2167], où le chef de l'État, s'appuyant sur son pouvoir d'interprétation, a explicitement refusé la possibilité d'une dyarchie au sommet de l'État[2168]. L'interprétation du Président se situe ici aux frontières de deux types d'argumentations : l'argumentation génétique qui repose sur une connaissance de la volonté réelle de l'auteur du texte (en l'occurrence ici le pouvoir constituant), et l'argumentation fonctionnelle qui vise à donner au texte constitutionnel « *la signification qui lui permettra de*

[2164] Les allocutions télévisuelles du Président de la République, qui hors campagne électorale ne sont soumises à aucun régime juridique précis, participent de ce que Daniel DAYAN et Elihu KATZ nomment les « *évènements-confrontations* » qui tentent de solenniser un mode d'autorité fondé sur la raison. Cf. *La télévision cérémonielle*, Paris, PUF, 1996. On peut également noter que Walter BAGEHOT avait très tôt mis en évidence cette « société du spectacle » dont parlera plus tard Guy DEBORD, et de la dimension communicationnelle qui unit les gouvernants aux gouvernés : ainsi, selon le constitutionnaliste anglais, « *ce qu'elle* [la masse du peuple] *respecte, c'est ce qu'on peut nommer la pompe théâtrale de la société. Qu'une cérémonie imposante qu'un cortège de grands personnages, qu'un certain spectacle de femmes élégantes, qu'une de ces mises en scène dans lesquelles la richesse et le luxe se déploient, viennent frapper ses regards, voilà cette masse profondément impressionnée* », *La Constitution anglaise*, op. cit., p. 61. Mais ce que veut également montrer l'auteur, c'est le poids de la bureaucratie qui se dessine en arrière-plan : « *les personnages qui gouvernent en apparence l'Angleterre, sont comme ceux qui figurent le plus ostensiblement dans une magnifique possession, ce sont eux qui occupent les regards de la foule et qui provoquent les acclamations. Ceux qui gouvernent en réalité sont enfermés dans des voitures de second ordre, nul ne les remarque ni ne demande leurs noms, mais on leur obéit implicitement et instinctivement, en raison de la splendeur déployés par ceux qui les éclipsent et les précèdent* », p. 63.

[2165] Ce qui fit dire à Pierre DE PRESSAC dans la RPP : « *dès l'instant où M. Doumergue s'est adressé au pays par TSF, il prétend résoudre le problème en faisant appel à l'opinion. Ce problème cesse d'être d'ordre parlementaire. Ainsi M. Doumergue, issu d'un mouvement d'opinion, soutenu par l'opinion, reste en communication directe avec l'opinion et n'a plus à tenir, pour sa décision finale, des obstacles d'ordre parlementaire* », cité par Jean-Marie COTTERET, *L'évolution des moyens de communication entre gouvernants et gouvernés*, op. cit., p. 104. Du même auteur cf. *Les stratégies de communication des Présidents de la République*, POUVOIRS, n°41, 1987, pp. 115-121.

[2166] DE GAULLE utilisa la télévision de manière régulière, environ six fois par an et le plus souvent hors session parlementaire, ce rythme n'étant pas démenti par ses successeurs. Cf. Roland CAYROL, *La présidence d'opinion*, op. cit.

[2167] Jean GICQUEL, *Essai sur la pratique de la Vème République (…)*, op. cit., p. 273.

[2168] « *Le Président est évidemment seul à détenir et à déléguer l'autorité de l'État ; l'autorité indivisible de l'État est confiée tout entière au Président par le peuple qu'il a élu, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne soit conférée et maintenue par lui* », op.cit., pp. 28-29.

remplir la fonction qu'on lui attribue »[2169]. Cette interprétation prend ici d'autant plus de force qu'elle s'inscrit dans l'espace public au moyen du médium télévisuel, et ce en dehors d'un cadre normatif prédéterminé[2170].

D'autre part, on peut également mentionner l'allocution télévisuelle du 31 mars 2006 du Président de la République où celui-ci a annoncé la promulgation de la loi pour l'égalité des chances tout en demandant la non-application de son article 8 qui fixait le régime juridique des « contrats première embauche » (CPE)[2171]. Sur le plan normatif, une telle décision ne manque pas dans un premier temps de surprendre dans la mesure où « *la promulgation est l'acte par lequel le chef de l'État atteste l'existence de la loi et donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer cette loi* »[2172]. On serait donc en présence d'une sorte de contradiction performative, l'énoncé ne pouvant à la fois prescrire simultanément l'exécution impérative de la loi et la possibilité de ne pas respecter ce commandement. L'objection est alors aisée : le Président aurait violé la Constitution et plus particulièrement son article 10[2173] puisqu'en la matière il ne dispose que d'une compétence liée lui enjoignant « *d'authentifier la volonté générale du législateur* »[2174].

[2169] Michel TROPER, *Interprétation*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 844.

[2170] Comme le souligne le politologue Patrick CHAMPAGNE, « *le recours direct à la population du général de Gaulle par l'intermédiaire de la procédure référendaire et par de fréquentes prestations télévisées, une nouveauté dénoncée mais appelée à la fois par la diffusion de ce nouveau média et par les circonstances politiques exceptionnelles, contribua à imposer l'idée que « l'opinion publique » n'était pas celle de ses porte-parole autoproclamés mais celle de l'ensemble des électeurs dûment consultés* », *Le sondage et la décision politique*, PROJET, n°268, 2001, pp. 65-72.

[2171] « *Le Parlement, les élus de la Nation, ont voté la loi sur l'égalité des chances et le Conseil constitutionnel vient de juger cette loi en tout point conforme aux principes et valeurs de la République. En démocratie, cela a un sens et doit être respecté. C'est pourquoi j'ai décidé de promulguer cette loi.* [Toutefois, j'ai demandé] *de préparer immédiatement deux modifications de la loi sur les points qui ont fait débat* [et] *de prendre toutes les dispositions nécessaires pour qu'en pratique, aucun contrat ne puisse être signé sans intégrer pleinement l'ensemble de ces modifications* ». Le CPE fut définitivement « enterré » lorsqu'une proposition de loi de MM. Bernard ACCOYER, Jean-Michel DUBERNARD et Laurent HÉNART sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise, votée par le Parlement le 13 avril 2006, lui substitua un mécanisme favorisant « l'insertion des jeunes en difficulté ». Cf. Jean-Éric GICQUEL, *La promulgation-suspension de la loi*, RDP, n°3-2006, pp. 568-574.

[2172] Concl. ROUGEVIN-BAVILLE sous CE, Ass., 8 février 1974, COMMUNE DE MONTORY, RDP, 1974, p. 1571. La solution est identique tant pour la Cour de cassation (Cass. crim., 6 février 1874) que pour le Conseil constitutionnel selon lequel la promulgation « *atteste que la loi a été régulièrement délibérée et votée* », Décision n°85-197 DC, 2 août 1985, Cons. 15.

[2173] L'alinéa 1 dispose que le Président « promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée ».

[2174] Jean-Éric GICQUEL, *La promulgation-suspension de la loi*, op. cit., p. 569. On peut rappeler ici que la Constitution prévoir la possibilité pour le chef de l'État, dans un délai de 15 jours, de saisir le Conseil constitutionnel ou de saisir le Parlement d'une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ces articles,

Mais, en réalité, un tel postulat s'appuie sur une théorie de l'acte normatif, parfois qualifiée de théorie de « l'acte clair », selon laquelle la signification de la norme doit apparaître le plus souvent comme évidente aux yeux de l'interprète. Outre les difficultés méthodologiques que cela suppose, ces arguments semblent incapables ici d'expliquer la réalité de la décision présidentielle : on est en effet obligé d'admettre que l'organe d'application a ici donné sa signification à l'énoncé constitutionnel. Deux remarques sont ici nécessaires. D'une part, le pouvoir d'interprétation du Président, bien que compris ici comme une autorité non juridictionnelle, n'est plus aujourd'hui remis en cause car il est admis depuis longtemps que l'interprétation présidentielle est bien une interprétation authentique : en l'occurrence, l'attribution de la signification est bien une décision, non susceptible d'être contestée et réformée, et qui produit des effets juridiques[2175]. D'autre part, l'interprète n'est pas entièrement libre, du moment que l'interprétation a, en ce qui concerne le Président, un caractère collectif[2176] : en l'occurrence, le Président de la République doit ici tenir compte de l'interprétation que donne le Parlement de la Haute trahison, étant entendu que la Commission Avril, chargée de proposer une révision de la responsabilité pénale du Chef de l'État, avait, dans son rapport du 12 avril 2002, retenu parmi les « *cas indiscutables de Haute trahison* » celui du refus de promulguer la loi[2177]. En vertu de la théorie réaliste de l'interprétation, le Président de la République est donc

---

cet acte devant être contresigné par le Premier ministre.

[2175] Ainsi que le souligne Michel Troper, ces effets juridiques peuvent être de deux sortes. En premier lieu, des normes juridiques sont produites sur le fondement de la décision et de l'interprétation qui la justifie. En second lieu, cette interprétation va s'incorporer au texte constitutionnel et servir de fondement à des interprétations ultérieures, *L'interprétation constitutionnelle*, in Mélin-Soucramanien Ferdinand (Dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2005, pp. 16-18. Dans le cas présent, il ne fait pas de doute que la première condition est remplie car, si juridiquement seule la loi publiée au JO est opposable aux administrés (CE, Ass., 13 décembre 1957, Barrot), « *dans la pratique,* [les administrés] *adaptent leur comportement et le bon sens (i.e. la prise en considération de l'allocution présidentielle) les aura dissuadés de recourir à la formule du CPE* », Jean-Éric Gicquel, *La promulgation-suspension de la loi*, op. cit., p. 570. La seconde condition demeure plus problématique en ce qu'elle n'a pas connue pour l'instant d'application réitérée.

[2176] L'hypothèse selon laquelle l'interprétation d'une autorité peut être contrebalancée par des moyens d'action réciproques est d'ailleurs une spécificité de l'interprétation constitutionnelle. Cf. Michel Troper, *L'interprétation constitutionnelle*, op. cit., p. 20.

[2177] Comme le constate Pascal Jan, les différents courriers du ministre de l'emploi et de la cohésion sociale enjoignant les entrepreneurs à ne pas enclencher une procédure de recrutement par CPE semblent en outre en contradiction avec l'article L. 432-1 du Code pénal qui dispose que « le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans le cadre de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 Euros d'amende », *La Constitution de 1958 à l'épreuve de ses interprètes politiques*, RDP, n°3-2006, p. 565.

libre de conférer à l'article 10 de la Constitution la signification qu'il veut lui donner, l'absence de sanction à l'égard d'un éventuel refus de promulgation semblant confirmer cette hypothèse[2178]. Si la théorie juridique vient ici au secours d'une interprétation contestable que d'aucuns ont cru soumise aux pressions de l'opinion publique dans un contexte de crise politique et institutionnelle[2179], il convient par ailleurs de ne pas non plus négliger l'idée selon laquelle la liberté juridique de l'interprète demeure socialement déterminée[2180].

Ces deux exemples interrogent quant à la fonction du discours du chef d'État : celui-ci ne se situe donc pas à un simple niveau énonciatif ; il est par essence performatif en ce qu'il produit par lui-même des effets, exerçant *de facto* une fonction de régulation sociale. Ceci s'explique uniquement par le fait qu'un « *chef d'État ou de gouvernement bénéficie d'une présomption de sérieux et de profondeur. Il ne saurait s'exprimer gratuitement, tenir des propos fantaisistes. Son discours s'impose ipso facto comme un discours lourd de sens, quand bien même l'auditoire n'en saisit pas tous les tenants et aboutissants ou ne dispose pas des moyens de le vérifier* »[2181]. Dès lors, on ne peut que conclure avec Lucien Sfez que « *le Président est la figure.* […] *Il ne crée pas l'image symbolique qu'il incarne, car il incarne le pays tout entier. Il incarne la fidélité, la sécurité, la continuité, tout le passé et même l'avenir* »[2182]. Loin de disparaître en période de cohabitation, cette dimension communicationnelle et incarnative va au contraire davantage s'affirmer ; en effet, c'est en mettant en exergue sa dimension arbitrale[2183] que le chef de l'exécutif va tenter de redéfinir le champ politique : ainsi en est-il du contre-communiqué de presse lu par le porte-parole de l'Élysée dans le but de marquer la désapprobation symbolique du chef de l'État à la politique

---

[2178] Le décret de promulgation est aux yeux du Conseil d'État un acte de gouvernement, CE, 3 novembre 1933, Desreumeaux. Dès lors, « *dans la mesure où la Constitution ne prévoit aucune sanction à l'égard d'un éventuel refus de promulgation, on peut considérer que le Président est le seul maître de l'interprétation du premier alinéa de l'article 10, le seul organe compétent pour lui donner sa signification normative.* […] *Dans ces conditions, la promulgation apparaît comme un acte de volonté, comme un acte par lequel le Président consent à un autre acte de volonté émanent du Parlement.* », Pierre Brunet, *Vouloir pour la Nation (…)*, op. cit., p. 330.

[2179] Jean-Éric Gicquel précise ainsi qu'« *à plus long terme, les fondements mêmes de la représentation sont remis en cause* », *La promulgation-suspension*, op. cit., p. 573.

[2180] Cf. Michel Troper, *Interprétation*, op. cit., p. 847.

[2181] Philippe Ségur, *Prévoir en politique*, Annales des Sciences sociales de Toulouse, T. 44, 1996, p. 144.

[2182] Lucien Sfez, *Politique symbolique*, op. cit., p. 1170.

[2183] Caractéristique est le discours de François Mitterrand à Solutré le 20 mai 1986 à propos de la première cohabitation : « *Les français ont l'impression d'avoir gagné avec moi un arbitre, d'avoir retrouvé une fonction arbitrale. Je dois à la fois marquer des domaines essentiels, ceux qui relèvent des pouvoirs du président de la République définis par la Constitution. Et pour tous ceux qui sont minoritaires, je dois exercer ce pouvoir arbitral, représenter les catégories de français qui pourraient souffrir d'un manque de justice* », cité par Hugues Portelli, *Arbitre ou chef de l'opposition ?*, pouvoirs, n°91, 1999, p. 68.

décidée par le gouvernement, ou des visites à l'étranger où un soi-disant « domaine réservé » permettrait une prééminence de l'exécutif. Néanmoins, ainsi que le souligne la doctrine, « *les quelques moyens propres dont il dispose sont de portée et d'efficacité variables mais au total faibles. Et chaque fois qu'il en use, s'il n'engage pas sa responsabilité et son maintien en fonctions, il se soumet au jugement de l'opinion* »[2184].

Sous-Section 2. L'État d'exception ou la recherche de la légitimation de l'opinion publique

D'un point de vue méthodologique, la sociologie du droit nous apprend que la légitimation s'entend par référence à la production et à la réception de discours justificatifs produits ou introduits par les autorités publiques, en l'occurrence l'exécutif. L'efficacité réelle de la décision de mettre en œuvre l'État d'exception dépendra ainsi de « *sa mobilisation au sein de discours assurant des représentations sociales appropriées auprès de leurs auditoires* »[2185]. Or, la dimension communicationnelle de l'État d'exception ne fait pas de doute aujourd'hui. Benjamin CONSTANT, quoique très critique à l'égard des mécanismes d'exception[2186], avait déjà mis en évidence la tension inhérente au mécanisme de l'État d'exception et les liens que celui-ci entretient avec

---

[2184] Philippe ARDANT et Olivier DUHAMEL, *La Dyarchie*, POUVOIRS, n°91, 1999, p. 22. Et les deux auteurs d'ajouter : « *En temps de cohabitation, le verbe devient son arme privilégiée, il exerce un véritable ministère de la parole*. […] *Ces moyens d'action sont quand même assez dérisoires et anecdotiques ; même si le Président en use avec souvent assez habilité et délectation, ils n'ont guère de prise sur la réalité* », p. 23.

[2185] Olivier CORTEN, *La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale*, DROIT ET SOCIÉTÉ, n°50, 2002, p. 187.

[2186] « *Un gouvernement qui existe par une Constitution cesse d'exister aussitôt que la Constitution qui l'a créé n'existe plus et une Constitution n'existe plus dès qu'elle est violée* », *Principes de politique*, T. II, op. cit., p. 111. D'une manière plus générale, le groupe de Coppet estime qu'utiliser des mécanismes destructeurs des droits garantis, même de manière temporaire, revient à détruire l'ordre constitutionnel et non à le sauvegarder. Benjamin CONSTANT décrit ainsi ceux qui prônent au nom de la vertu ou d'un intérêt public supérieur le mépris des institutions : « *il se bâtit je ne sais quelle théorie d'arbitraire équitable, qui est le bouleversement de toutes les idées ; car dans le corps politiques, il n'y a que les formes qui soient stables, et qui résistent aux hommes. Le fond même, c'est-à-dire la justice, la vertu, peuvent être défigurées. Leurs noms sont à la merci de qui veut les employer* […] *Ce qui préserve de l'arbitraire, c'est l'observance des formes ; les formes sont les divinités tutélaires des associations humaines ; les formes sont les seules protectrices de l'innocence ; les formes sont les seules relations des hommes entre eux* », *Discours prononcé au Cercle constitutionnel le 9 ventôse an VI*, Paris, Imprimerie Veuve Galletti, p. 16, cité par Lucien JAUME, *Benjamin Constant au centre de nos préoccupations*, Annales Benjamin Constant, n°23-24, 2000, pp. 27-28. Cf. également l'analyse très instructive d'Alain LAQUIÈZE, *État d'exception et coup d'État dans la pensée du groupe de Coppet*, Annales Benjamin Constant, n°27, 2003, pp. 39-60.

l'esprit public : ainsi, si « *le despotisme bannit toutes les formes de libertés ; l'usurpation, pour motiver le renversement de ce qu'elle remplace, a besoin de ces formes ; mais en s'en emparant, elle les profane. L'existence de l'esprit public lui étant dangereuse, et l'apparence de l'esprit public lui étant nécessaire, elle frappe d'une main le peuple, pour étouffer l'opinion réelle, et elle le frappe encore de l'autre, pour le contraindre au simulacre de l'opinion supposée* »[2187]. S'il est certain que l'herméneutique juridique semble impuissante à résoudre l'aporie illustrée par les deux adages contradictoires « Nécessité fait loi » et « Nécessité n'a point de loi », les travaux de François SAINT-BONNET ont bien mis en évidence la place prépondérante du concept « d'évidente nécessité » dans la définition et la mise en œuvre d'un État d'exception[2188]. Ce dernier se situe donc à la jonction de « *trois éléments constitutifs : la dérogation, la référence à une situation anormale et la conception d'une finalité supérieure* »[2189]. Or, ainsi que le met en évidence CLEMENCEAU, « *il est des moments où un seul personnage incarne l'opinion publique* »[2190]. En d'autres termes, l'exécutif apparaît de prime abord comme l'unique organe compétent pour déterminer la mise en œuvre de cet État d'exception (**PARAGRAPHE 1**). Conçue comme une stratégie de communication, la mise en œuvre se doit d'être crédible et donc de s'inscrire dans l'espace public : en effet, comme le souligne Jürgen HABERMAS, « *les moyens par lesquels s'acquiert la légitimation se détruisent d'eux-mêmes, dès que le mode de cette acquisition est percé à jour* »[2191]. Néanmoins, la sauvegarde de l'ordre démocratique ne peut que s'accompagner d'un équilibre entre les pouvoirs, à moins de s'en remettre à la *virtu* chère à MONTESQUIEU[2192]. Dès lors, l'opinion publique, soutenue par le juge, se doit de jouer le rôle de contrepoids face à l'absolutisme potentiel de l'exécutif (**PARAGRAPHE 2**).

[2187] Benjamin CONSTANT, *De l'esprit de conquête et d'usurpation*, IN *Écrits politiques*, op. cit., p. 195.

[2188] *L'État d'exception*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 2001. Voir également du même auteur *Droit et évidente nécessité. L'autonomie de l'État d'exception*, DROITS, n°30, 2000, pp. 29-43.

[2189] François SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, op. cit., p. 27.

[2190] *Sur la démocratie. Neuf conférences rapportées par M. Segard*, Paris, Larousse, 1930, p. 55. CLEMENCEAU prend ainsi l'exemple de PÉRICLÈS : « *en pleine démocratie, Périclès, par la force de son éloquence, sut garder un pouvoir de persuasion : c'était en quelque sorte la dictature de la persuasion* », ibid., p. 27, cité par Éric GASPARINI, *Le Démosthène de Clémenceau : mirage athénien et mythe de la grandeur française*, Mélanges Courvoisier, op. cit., p. 132.

[2191] *Raison et légitimité*, Paris, Payot, 1978, p. 101.

[2192] « *Il ne faut pas beaucoup de probité pour qu'un gouvernement monarchique ou un gouvernement despotique se maintienne ou se soutienne. La force des lois dans l'un, le bras du Prince toujours levé dans l'autre, règlent ou contiennent tout. Mais dans un État populaire, il faut un ressort de plus qui est la vertu* », *De l'esprit des lois*, Livre III, Chap. III. Et MONTESQUIEU de préciser en note : « *je parle ici de la vertu politique qui est la vertu morale dans le sens qu'elle se dirige au bien général* ».

Paragraphe 1. L'exécutif comme figure centrale du processus de légitimation

Le modèle de la dictature romaine, au sens où le gouvernement d'exception consiste en une suspension temporaire des droits individuels garantis au profit d'un pouvoir monocratique, supérieur aux droits des citoyens et justifié par un intérêt suprême qu'est le salut de la Nation, a survécu dans la plupart des démocraties modernes[2193]. La confusion des pouvoirs au profit de l'exécutif répond ainsi, tel que l'avait mis en évidence LOCKE, à un souci de conservation de la société politique[2194], que ne renie pas la doctrine constitutionnelle libérale[2195]. Un tel modèle se retrouve tout d'abord sous la forme de législations dites de crise, que l'on peut aussi qualifier d'« *urgences exceptionnelles* »[2196] (**Sous-Paragraphe 1**). Mais c'est bien l'organisation d'un régime

---

[2193] Le dualisme, qui suppose une distinction nette entre gouvernement régulier et gouvernement d'exception, peut être rattaché à deux grandes écoles. D'une part, le dualisme romain tel qu'on le retrouve chez MACHIAVEL ou chez ROUSSEAU suppose que des pouvoirs extraordinaires soient confiés au dictateur qui reste un commissaire du peuple souverain auquel appartient exclusivement la capacité de légiférer. D'autre part, le dualisme anglais qui renvoie à la prérogative royale telle qu'elle apparaît chez John LOCKE : « *Il existe plus d'un domaine où la loi n'a pas les moyens de jouer un rôle utile ; il faut donc nécessairement les laisser à la discrétion de celui qui détient le pouvoir exécutif, pour qu'il les règlemente selon que le bien du public et son avantage l'exigeront ; mieux encore, il convient parois que les lois mêmes s'effacent devant le pouvoir exécutif ou, plutôt, devant la loi fondamentale de la nature et du gouvernement, c'est-à-dire que tous les membres doivent être sauvegardés autant que possible… Ce pouvoir d'agir discrétionnairement en vue du bien public en l'absence d'une disposition légale, ou parfois même à son encontre, voilà ce qu'on appelle la prérogative* », *Second Traité du Gouvernement Civil*, § 159-160, Paris, PUF, Coll. Épiméthée, 1994, pp. 117-118. Pour une comparaison de ces deux modèles, cf. Pasquale PASQUINO, *Urgence et État de droit. Le gouvernement d'exception dans la théorie constitutionnelle*, CSI, n°51, 2003, pp. 9-27.

[2194] L'exécutif a « *le pouvoir d'assembler le législatif et de le dissoudre* [et ce en raison d'une] *mission de confiance dont il est chargé pour assurer la supériorité du peuple dans un domaine où l'incertitude des affaires humaines et leur mutabilité ne pouvaient s'accommoder d'une règle fixée une fois pour toutes* », ibid., § 156. Jean-Jacques ROUSSEAU lui-même ne dit pas autre chose : selon la gravité du péril, on peut « *concentrer l'activité du gouvernement dans un ou deux de ses membres, sans altérer l'autorité des lois* [et] *si le péril est tel que l'appareil des lois soit un obstacle à s'en garantir, nommer un chef suprême qui fasse taire toutes les lois et suspendre un moment l'autorité souveraine.* […] *En pareil cas, la volonté générale n'est pas douteuse, et il est évident que la première intention du peuple est que l'État ne périsse pas. De cette manière, la suspension de l'autorité législative ne l'abolit point ; le magistrat qui la fait taire ne peut la faire parler ; il la domine sans pouvoir la représenter. Il peut tout faire, excepté des lois* », *Du Contrat social*, Livre IV, Chap. VI.

[2195] « *Sous un gouvernement de Cabinet, dans une occasion soudaine, ce peuple peut choisir un homme à la hauteur des circonstances. Il est possible et même probable qu'un tel homme ne serait pas appelé au pouvoir avant cette occasion.* […] *Le monde est ainsi fait qu'il lui fait, quand survient tout à coup une tempête périlleuse, changer le timonier, remplacer le pilote des temps calmes par le pilote des temps orageux.* […] *on porta alors au pouvoir un homme d'État qui avait le genre de mérite nécessaire, un homme qui, s'il se sent fermement appuyé par l'Angleterre, s'il s'en sent la puissance derrière lui, marche sans hésitation et frappe sans s'arrêter* », *La Constitution anglaise*, op. cit., pp. 38-39.

[2196] Parmi les circonstances extérieures qui imposent à l'État d'agir dans l'urgence, Jacques ROBERT distingue ainsi entre les urgences exceptionnelles et les crises majeures, *Les situations d'urgence en droit constitutionnel*, RIDC, n°2-1990, pp. 751-764.

constitutionnel dérogatoire, notamment avec l'article 16, qui met en exergue la place prégnante de l'exécutif dans la mise en œuvre d'un État d'exception (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Les urgences exceptionnelles

La première d'entre elles, l'état de siège, dont l'origine remonte à une loi du 9 août 1849 (modifiée par les lois du 3 avril 1878 et 27 avril 1916 et constitutionnalisée à l'article 36 de la Constitution de 1958), ne peut être déclarée en Conseil des ministres qu'en cas de « péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée »[2197]. L'absence de débat et d'autorisation parlementaire n'empêche ainsi pas le transfert par le Conseil des ministres à l'autorité militaire des compétences de maintien de l'ordre, et ce pour une durée de douze jours. Si l'imminence d'une guerre ne semble pas prêter à caution, l'utilisation par le gouvernement et par l'autorité militaire des pouvoirs exceptionnels risque de déboucher pour le Doyen BARTHÉLEMY sur une confusion des moyens appropriés pour régler les conduites humaines ; ainsi note-t-il à propos de l'état de siège que « *le gouvernement ne se considère pas seulement comme investi, par la déclaration de l'état de siège, des pouvoirs exceptionnels définis par la législation spéciale sur la matière ; appuyé par la croyance à peu près universelle de l'opinion, il se considère comme investi du pouvoir exceptionnel de prendre toutes mesures convenables* »[2198]. Ici, ce n'est donc pas tant le déclenchement de l'état de siège qui prête à discussion mais la porosité de l'État de droit lui-même face aux moyens exceptionnels mis en œuvre par ailleurs. En outre, il est patent que l'opinion publique apparaît pour BARTHÉLEMY comme un soutien à cette dégradation du régime normal[2199]. Une même logique semble se retrouver avec la loi du 11 juillet 1938, toujours en vigueur, sur l'organisation de la Nation en temps de guerre, puisque c'est au gouvernement qu'il appartient d'apprécier s'il y a lieu d'ouvrir ce régime exceptionnel « en période de tension extérieure, lorsque les circonstances l'exigent ».

Le second régime, législatif, porte sur l'instauration d'un état d'urgence en cas de « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou à l'existence d'une « calamité

[2197] Rappelons que la mise en œuvre de l'état de siège, décrété en conseil des ministres pour douze jours et éventuellement prorogé par le Parlement, entraîne le transfert à l'autorité militaire des pouvoirs de maintien de l'ordre normalement dévolus à l'autorité civile.

[2198] Joseph BARTHÉLEMY, *Le droit public en temps de guerre*, RDP, 1915, p. 159.

[2199] « *Quelle signification a conservé* […] *l'article 11 de la loi du 9 août 1849* […] *; en vain chercherions-nous quels sont les droits qui sont restés hors des atteintes du gouvernement. La France a eu la sensation qu'elle était gouvernée, fortement gouvernée* », ibid., p. 160.

publique »[2200]. Si, en vertu d'une jurisprudence constante, les mesures d'application sont soumises au contrôle du juge[2201], c'est bien la mise en œuvre de l'état d'urgence qui semble confirmer la grande marge de manœuvre de l'exécutif. Deux éléments méritent d'être distingués.

D'une part, pour le juge administratif, le Président de la république dispose d'un « *pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence* »[2202], et ce d'autant plus qu'au cas où le Parlement voterait une loi de prorogation, celle-ci a pour effet de ratifier le décret d'institution de l'état d'urgence, empêchant le juge de se prononcer au fond[2203]. Une solution identique se dégage quant à la décision de mettre fin au régime de l'état d'urgence avant son terme légal[2204].

[2200] La loi du 3 avril 1955 permet à certaines autorités civiles comme les Préfets ou le Ministre de l'intérieur de prendre des mesures de police d'exception dans les circonscriptions à l'intérieur desquelles l'état d'urgence entre en vigueur. L'état d'urgence est également décrété en Conseil des Ministres, puis prorogé au-delà de douze jours par le Parlement. Cf. Roland DRAGO, *L'état d'urgence et les libertés publiques*, RDP, 1955, pp. 670-705, qui avait affirmé que le Parlement avait adopté, « *en faisant abstraction des régimes autoritaires, le texte le plus sévère que la France ait jamais connu* », p. 704. Dans sa décision du 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, le Conseil constitutionnel a par ailleurs jugé que, s'il est possible de mettre en cause la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée, la Constitution de 1958 « *n'a pas eu pour effet de d'abroger la loi de 1955* ». Et le juge administratif, en vertu de sa jurisprudence ARRIGHI du 6 novembre 1936, n'est pas compétent pour se prononcer sur la constitutionnalité de la loi relative à l'état d'urgence, CE, Ord. réf., 14 novembre 2005, M. ROLIN.

[2201] Les mesures prises en application du décret de mise en œuvre de la loi sont en effet des mesures de police administrative. En d'autres termes, « *le Parlement a entendu ouvrir aux autorités administratives et judiciaires les pouvoirs étendus prévus par la loi du 3 avril 1955, sans pour autant soustraire leur usage effectif au contrôle des juridictions compétentes* », CE, Ord. réf., 9 décembre 2005, MME ALLOUACHE ET AUTRES. Dès lors, le juge se livre à un contrôle minimal (CE, 6 décembre 1955, DAME BOUROBKA) ou d'erreur manifeste d'appréciation (CE, 25 juillet 1985, MME DAGOSTINI). Il est à noter que dans le cadre conventionnel, la Cour européenne des droits de l'homme se livre pour sa part à un contrôle de proportionnalité, tenant compte de « *la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé* », CEDH, BRANNIGAN ET MC BRIDE C. ROYAUME-UNI, 26 mai 1993, § 43.

[2202] CE, Ord. réf., MME ALLOUACHE ET AUTRES, précité. Comme le souligne Pascal CAILLE, « *on mesure le retentissement qu'aurait eu une décision de suspension d'un tel décret, décret dont la dimension politique ne saurait être négligée. Et l'on peut comprendre la difficulté pour le juge, statuant en référé, de s'opposer à la volonté du président de la République* », *L'état d'urgence. La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation*, RDP, n°2-2005, p. 339.

[2203] En ce sens, CE, Ass., 24 mars 2006, ROLIN ET BOISVERT. Cf. la note de Claire LANDAIS et Frédéric LENICA, AJDA, n°19-2006, où les auteurs justifient cette décision par la volonté d'éviter « *un insoluble conflit avec le législateur* », p. 1035.

[2204] Notamment parce qu'en vertu de l'article L. 511-1 du CJA les mesures ordonnées par le juge des référés ne peuvent avoir des effets identiques en tous points à ceux procédant d'un jugement annulant une décision administrative, CE, Ord. réf., 1er mars 2001, PATUREL. En l'espèce, le juge des référés souligne qu'il ne peut enjoindre au Président de mettre fin à l'état d'urgence dans un délai de trois jours, ainsi que le demandaient les requérants ; tout au plus peut-il ordonner au Président de réexaminer les circonstances de fait et de droit afin de déterminer si l'état d'urgence doit être maintenu, CE, Ord. réf., MME ALLOUACHE ET

Néanmoins, la définition de l'État d'exception n'est donc pas discrétionnaire en ce que le juge s'autorise à effectuer un contrôle restreint, le Conseil d'État venant même préciser dans une formulation solennelle le caractère nécessairement temporaire de l'État d'exception[2205], et rompant ainsi avec l'idée de Carl SCHMITT selon laquelle l'État d'exception prend nécessairement le pas sur le fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Cette solution semble en outre conforme au droit conventionnel. Ainsi, si la faculté de dérogation que prévoit l'article 15 de la CEDH[2206] en présence d'un « danger public menaçant la vie de la nation » est entendue de manière assez stricte par la Cour de Strasbourg[2207], celle-ci laisse néanmoins une large marge d'appréciation aux États dans l'identification d'un tel danger : selon la formule rituelle de la Cour, « *en contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires pour le conjurer* »[2208].

D'autre part, la mise en œuvre de cette loi à l'occasion des violences urbaines de 2005 afin de tenter d'endiguer l'embrasement des banlieues a démontré le rôle déterminant joué par le pouvoir exécutif dans la qualification juridique des faits. L'absence de critère objectif[2209] va ainsi permettre au juge administratif d'interpréter librement l'énoncé textuel afin de déterminer la signification du terme « imminent ». Le glissement opéré par le Conseil d'État d'un « *péril*

AUTRES, précité.

[2205] « *Le silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de la faculté ainsi reconnue au Président de la République ne saurait être interprété, eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui dans un État de droit sont par nature limités dans le temps et dans l'espace, comme faisant échapper ses modalités de mise en œuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité* », CE, Ord. réf., MME ALLOUACHE ET AUTRES, préc.

[2206] L'article 15 dispose qu'« *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute haute Partie Contractante peut prendre des mesures dérogent aux obligations prévues par la* […] *Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* ».

[2207] Cette notion est entendue comme désignant « *une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État* », CEDH, LAWLESS C. IRLANDE, 1er juillet 1961, § 28.

[2208] CEDH, IRLANDE C. ROYAUME-UNI, 18 janvier 1978, § 207 ; AKSOY C. TURQUIE, 18 décembre 1996, § 68.

[2209] Ainsi que le note André MATHIOT à propos des circonstances exceptionnelles, le juge administratif se livre à un contrôle minimal en se contentant d'apprécier « *une situation telle que l'application intégrale du droit positif normal ne puisse avoir été raisonnablement envisagée par le législateur ou par l'opinion commune* », *La théorie des circonstances exceptionnelles*, Mélanges Mestre, Paris, Sirey, 1956, pp. 419-420. L'opinion publique apparaît donc ici comme l'étalon à l'aune duquel l'application du droit positif en temps normal sera jugée comme rationnelle.

imminent » à un « *impératif de prévention inhérent à tout régime de police administrative* »[2210] ne manque pas dans un premier temps de surprendre tant il semble contraire à l'esprit même de la loi[2211]. Peut-être ce retour au droit commune témoigne-t-il de « *la répugnance instinctive des juristes* »[2212] devant un mécanisme qui risque de « *substituer à l'État de droit normal un État de droit nouveau* »[2213].En réalité, cette argumentation témoigne de ce que l'État d'exception échappe à l'interprétation juridique pour se situer dans le registre de l'évidence[2214]. Si elle n'en est pas moins contestable, la rhétorique utilisée par le Conseil d'État mettant en exergue « *l'éventualité de leur* [les violences urbaines] *recrudescence à l'occasion des fêtes de fin d'années* »[2215] a alors pour objectif de démontrer que « *gouvernants comme gouvernés partagent le sentiment de n'avoir pas le choix* »[2216].

Sous-Paragraphe 2. La dictature constitutionnelle ou l'approche téléologique de la Constitution

Cette conscience d'une nécessité manifeste qui s'imposerait indépendamment de tout débat sur le fond n'est pas étrangère au dernier mécanisme, qui est sans nul doute le plus controversé, à savoir l'article 16 de la Constitution[2217]. Cette disposition constitutionnelle organise ainsi une confusion des pouvoirs au profit du Président de la République dans le but de garantir là aussi la conservation de l'État. L'énoncé constitutionnel des pleins pouvoirs en période de crise mêle

---

[2210] CE, Ord. réf., Mme Allouache et autres, préc.

[2211] En ce sens, cf. l'analyse de Malik Boumediene qui s'appuie précisément sur les débats parlementaires de 1955, *L'état d'urgence : concilier la sauvegarde de l'ordre public et la protection des libertés individuelles ?*, rrj, n°4-2006, pp. 2089-2110.

[2212] Concl. Henry sous CE, 2 mars, 1962, Rubin de Servens, jcp, 1962, II, 12613.

[2213] Danièle Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, op. cit., p. 311.

[2214] « *Contrairement à l'interprétation juridique qui fait appel à l'argumentation, à la disputatio, l'État d'exception fait appel à la sensation du sublime* », François Saint-Bonnet, *Droit et évidente nécessité*, op.cit., p. 42. En ce sens, on peut, avec Isaiah Berlin, considérer que « *les théories, dans cette perspective, ne sont pas comme telles appropriées à ce type de situations. Ce serait comme vouloir théoriser la dégustation de thé, ou élaborer une science de l'architecture. Il y a trop de facteurs à prendre en compte et tout dépend de l'habileté avec laquelle on les combine ; peu importent alors les croyances ou les fins recherchées* […]. *Aussi utiles puissent-elles être, les sciences et les théories ne peuvent même partiellement remplacer le don de perception, la capacité à saisir une situation humaine dans toutes ses dimensions, à comprendre comment les choses se tiennent les unes avec les autres* », *Qu'est-ce qu'un bon jugement politique ?*, esprit, n°1-1998, p. 147.

[2215] CE, Ord. réf., Mme Allouache et autres, précité.

[2216] François Saint-Bonnet, *Droit et évidente nécessité*, op.cit., p. 42.

[2217] Qu'Olivier Beaud qualifie de « *Constitution de réserve* », *Le souverain*, pouvoirs, n°67, 1993, p. 44. Pour une étude de l'article 16, on peut consulter Michèle Voisset, *Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16*, pouvoirs, n°10, 1979, pp. 105-113 ; ainsi que François Saint-Bonnet, *Réflexions sur l'article 16 et l'État d'exception*, rdp, n°5-6/1998, pp. 1699-1718.

une condition objective (l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics) et une condition plus subjective (l'existence d'un trouble potentiel, une menace grave et immédiate qui mettrait en danger les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité du territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux). Comme chacun sait, l'autorité compétente pour mettre en œuvre l'article 16 est le Président de la République ; il peut seul[2218] décider si les conditions sont réunies et il s'agit là d'un pouvoir propre, non soumis à l'obligation du contreseing et qui échappe à tout contrôle juridictionnel[2219]. En outre, en ce que certaines décisions relèvent du domaine législatif et sont par là insusceptibles de contrôle juridictionnel, l'article 16 confirme le caractère de représentant du chef de l'État[2220]. Mais on peut également considérer que le Président est, pour reprendre l'expression d'Olivier BEAUD, un « *magistrat souverain en vertu de la Constitution* »[2221], en ce que, à la manière du dictateur romain, il possède pendant une période temporaire des pouvoirs illimités afin de sauver les institutions[2222]. On peut, pour parler comme Carl SCHMITT, penser que le président de la République s'érigerait

---

[2218] La consultation du Premier Ministre, des Présidents des deux assemblées parlementaires ainsi que du Conseil constitutionnel, pour obligatoire qu'elle soit, ne lie pas juridiquement le Président.

[2219] En ce qu'elle intéresse les relations entre l'exécutif et le législatif, la décision de mettre en œuvre l'article 16 constitue un acte de gouvernement au sens de la jurisprudence habituelle. CE, RUBIN DE SERVENS, 2 mars 1962.

[2220] Le Conseil d'État n'exerça en effet un contrôle que sur les mesures individuelles prises en application des décisions du Président, CE, 23 octobre 1964, D'ORIANO. Selon Michel TROPER, « *un organe n'est pas investi du pouvoir législatif parce qu'il représente le souverain et exprime la volonté générale. Au contraire, s'il est investi du pouvoir législatif, il faut considérer qu'il exprime la volonté générale et qu'il représente le souverain. Dès lors que certaines mesures prises par le Président de la République sont considérées comme des lois, elles doivent être présumées exprimer la volonté générale, c'est-à-dire la volonté du souverain, et, à ce titre, échapper à tout contrôle juridictionnel* », *1789 : l'invention de la Constitution*, op. cit., pp. 188-189.

[2221] « *Cette formule du magistrat souverain désigne la situation paradoxale d'un pouvoir situé au-dessus des autres pouvoirs publics – pouvoir suprême – mais théoriquement limité et donc hétéro-limité par la Constitution – idée du magistrat* », *Le souverain*, op.cit, p. 40.

[2222] Au sens de Carl SCHMITT on peut aller jusqu'à dire que le Président de la République est souverain car « *est souverain celui qui décide la situation exceptionnelle* ». Et le juriste allemand d'ajouter : « *l'exception c'est ce qu'on ne peut subsumer ; elle échappe à toute formulation générale, mais simultanément elle révèle un élément formel spécifique de nature juridique, la décision dans son absolue pureté.* […] *Il est impossible d'établir avec une clarté intégrale les moments où l'on se trouve devant un cas de nécessité ni de prédire, dans son contenu, ce à quoi il faut s'attendre dans ce cas, si véritablement il s'agit du cas de nécessité extrême et de son élimination. La présupposition comme le contenu de sa compétence sont ici nécessairement illimités. C'est d'ailleurs pourquoi l'État de droit n'a pas prévu de compétence du tout. Tout au plus la Constitution pourra-t-elle spécifier qui a le droit d'intervenir dans ce cas* », *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, pp. 15-17.

ici en « *gardien de la Constitution* »[2223], entendu comme « *au-dessus des partis* »[2224]. De manière plus adéquate, on s'accordera avec le Doyen VEDEL pour souligner que le chef de l'État se sert « *du commode décor parlementaire pour jouer le double jeu du monarque constitutionnel et du « guide » et pour cumuler* […] *les armes de l'un et de l'autre* »[2225].

Il est en outre intéressant de noter qu'au regard du droit comparé la situation française n'apparaît pas isolée. La quasi-totalité des Constitutions prévoit en effet des mécanismes de crise[2226]. Ainsi, à titre d'exemple, on peut mentionner l'instauration d'une sorte d'état de siège en Italie dans les années dites de « plomb » afin de lutter contre des actes terroristes s'est appuyée sur l'article 77 de la Constitution italienne, et notamment son alinéa 2 qui permit au gouvernement de gérer les situations répondant à « des cas exceptionnels de nécessité et d'urgence » par la rédaction de décret-loi. Cette législation d'urgence exprimerait ainsi « *une politique législative ayant pour but de discipliner, au moyen d'une source normative prévue par la Constitution, des situations anormales de danger, même politique.* […] *Les particularités du « fait d'emergenza » résident donc dans sa « potentialité » à être qualifié de telle manière à permettre (et à imposer) une législation ad hoc pour faire face à la situation extraordinaire et/ou exceptionnelle que ne peut régir le droit ordinaire* »[2227]. De même, aux États-Unis, on constate que le Président, en tant que chef de l'administration, peut mettre en œuvre en période de crise des pouvoirs très étendus[2228] : ainsi le juge JACKSON, dans son opinion dissidente sous l'arrêt KOREMATSU V. UNITED

[2223] *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (P. Siebeck). Interprétant largement l'article 48-2 de la Constitution de Weimar, SCHMITT, dont les thèses seront reprises par Hugo PREUSS, affirme que le Président du Reich, en tant que représentant du Peuple, est seul à même de déterminer au préalable le danger menaçant la sûreté de l'État, ainsi que de prendre les mesures nécessaires afin de rétablir l'ordre public : une telle interprétation est nécessaire pour SCHMITT car « *il n'y a pas un organe qui soit, par sa nature et toujours, gardien de la Constitution, et toutes les dispositions et les mesures qu'on doit prendre pour sa défense tirent leur signification concrète du fait que le danger d'une mauvaise utilisation, ou même d'une attaque de la Constitution, vient d'un côté plutôt que d'un autre* », *Le tribunal du Reich comme gardien de la Constitution* (1929), republié IN *Verfassungsgerechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materializen zu einer Verfassungslehere*, Berlin, Duncker und Humblot, 1958, p. 66, cité par Pasquale PASQUINO, *Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen*, IN JAUME Lucien et TROPER Michel (Dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, op.cit., p. 147.

[2224] *Der Hüter der verfassung*, op. cit., p. 132 et s. Pour une discussion des thèses de SCHMITT sur ce point, voir Pierre BRUNET, *Vouloir pour la Nation (…)*, op. cit., pp. 332-333.

[2225] *Vers le régime présidentiel ?*, op. cit., p. 28.

[2226] Article 77 de la Constitution finlandaise, article 91 de la Loi Fondamentale allemande, article 116-1 de la Constitution espagnole, article 19 de la Constitution portugaise, article 103 de la Constitution des Pays-Bas ou encore article 88 de la Constitution russe.

[2227] Jean-Jacques PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, op. cit., p. 277.

STATES[2229], avait-il souligné que la protection de la Constitution suppose celle de la société et que le pouvoir exécutif a le droit et même le devoir de choisir les moyens les plus adéquats et les plus efficaces pour la protection des citoyens[2230]. Néanmoins, la compétence du Président américain n'est pas arbitraire : elle doit, d'une part avoir son origine dans une loi ou dans la Constitution[2231], et, d'autre part, ainsi que l'avait fait remarquer de manière fort pertinente LOWELL, elle doit recevoir l'assentiment de l'opinion publique[2232].

[2228] Le Congrès a certes le pouvoir de déclarer la guerre et de constituer des forces armées en vertu de l'article I, § 8, cls 10-16 de la Constitution américaine du 17 septembre 1787, mais le Président, commandant en chef des armées, est en particulier chargé de repousser toutes invasions ou attaques contre les États-Unis (Article II, § 2, cl. 1). Ceci s'explique par le fait que pour les Pères Fondateurs, la Constitution américaine se devait de constitutionnaliser les nécessités. Or, « *l'exécutif, avec sa rapidité (son « énergie » entendue comme rapidité), a rapport plus que toute autre branche du gouvernement avec les accidents et la force qui viennent contrecarrer ou perturber le choix républicain. En affrontant de telles nécessités, l'exécutif les représente à l'intérieur de la Constitution, il reflète la reconnaissance réaliste par le peuple que des urgences vont surgir et déconcerter ses choix* », Harvey C. MANSFIELD JR, *Gouvernement représentatif et pouvoir exécutif*, op. cit., p. 671.

[2229] Dans la décision KOREMATSU V. UNITED STATES, 323 U.S. 214 (1944), souvent qualifiée d'une des plus « honteuses » de l'histoire de la Cour, une majorité de six juges a validé une condamnation pénale pour violation d'un ordre militaire excluant toute personne d'origine japonaise de certaines zones désignées sur la Côte Ouest. Si les condamnations prononcées contre des citoyens d'origine japonaise ont depuis été cassées par les tribunaux américains, la décision KOREMATSU demeure un précédent historique qui « *représente une mise en garde constante sur le fait qu'en temps de guerre ou de nécessité militaire déclarée, nos institutions doivent rester vigilantes dans la protection des garanties constitutionnelles. Il représente une mise en garde sur le fait qu'en temps de détresse, la nécessité militaire et la sécurité nationale ne doivent pas être utilisées pour préserver les décisions gouvernementales de tout contrôle effectif et de toute justification* », opinion du Juge PATEL sous KOREMATSU V. UNITED STATES, 584 F. Supp. (N.D. Cal. 1984), p. 1420, citée par Sophia PAPAPOLYCHRONIOU, *Le juge constitutionnel, garant de la liberté individuelle dans le contexte de la lutte contre le terrorisme*, Colloque de l'AFDC, Montpellier, 2005, p. 8, en ligne sur le site de l'AFDC.

[2230] Cette prépondérance de l'exécutif se prolonge par delà la décision de mettre en œuvre l'État d'exception. Ainsi ROOSEVELT a-t-il pu ordonner (*Military Order*) que huit agents nazis et un Américain, capturés sur le sol américain et placés en détention après la révélation de deux d'entre eux de leur intention de commettre des actes de sabotage aux États-Unis, soient jugés par des tribunaux militaires, leur refusant par là même la protection de l'*habeas corpus*. La Cour suprême a admis à l'unanimité la régularité de la procédure devant le tribunal militaire, en se fondant sur les pouvoirs conférés au Président par le Congrès pour mettre en place de telles instances. EX PARTE QUIRIN, 317 U.S. 1 (1942).

[2231] Ainsi le Juge JACKSON avait-il considéré qu'un pouvoir se fonderait sur la nécessité et non sur une habilitation juridique, « *soit n'a pas de commencement, soit n'a pas de fin. S'il existe, il n'a besoin de se plier à aucune restriction légale. Je ne redoute pas qu'il nous plonge immédiatement dans la dictature, mais c'est en tous cas un pas dans la mauvaise direction* », opinion concurrente sous YOUNGSTOWN SHEET AND TUBE CO. V. SAWYER, 343 US 579, 2 juin 1952, citée par Élisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 594.

[2232]Le publiciste américain avait en effet constaté « *qu'après la Guerre civile comme après la Guerre mondiale* [la première], *son autorité est tombée rapidement au-dessous de la normale.* […] *Cette élasticité* [du pouvoir], *qui est précieuse, semble tenir, en grande partie, à l'élément autocratique, qui se développe et se contracte sous la pression de*

Ce qui importe alors, c'est que « *le chef de l'État doit incarner la continuité et la légitimité du pouvoir politique en toutes circonstances* »[2233]. Dès lors, il est indispensable que le sentiment partagé par l'ensemble de la communauté s'accompagne de publicité. La déclaration de l'application de l'article 16 revêt alors une importance capitale. Celle-ci est explicitée à l'alinéa 2 de l'article 16 qui oblige le Président à informer la Nation par message[2234]. Dès lors, il s'agit de s'inscrire dans un registre de l'évidence, l'État d'exception symbolisant finalement le passage d'une éthique de la responsabilité à une éthique de l'émotion. Le Président n'a pas donc pas besoin de développer un discours structuré et argumenté ; il lui incombe tout au contraire de faire « *prendre conscience de la réalité du danger pour la survie de la communauté politique* »[2235]. La manipulation des citoyens quant à la réalité du danger n'est donc pas à exclure[2236], indépendamment des autres obligations prévues par l'article 16, telle que la publication de l'avis du Conseil constitutionnel. En outre, la publicité se limite à la mise en œuvre de l'article 16 mais ne s'étend pas aux « mesures exigées

---

l'opinion publique, suivant les besoins du moment », *La crise des gouvernements représentatifs (…)*, pp. 582-583. Cette position est largement partagée par la doctrine anglo-saxonne : ainsi, Mark ELLIOTT considère-t-il par exemple que « *cependant, en dernière instance, la prévention et la dissuasion de tels excès législatifs* [au Royaume-Uni] *ne passent pas directement par la voie légale, mais dépendent, au contraire, de facteurs tels que l'opinion publique et la pression (considérable) que peuvent exercer des médias vigilants* », *La « guerre » contre le terrorisme et la Constitution du Royaume-Uni*, European Journal of Legal Studies, Vol. 1, 2007, p. 19, en ligne http://www.ejls.eu/ L'auteur s'appuie notamment sur DICEY pour justifier son propos.

[2233] Michèle VOISSET, *Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article* 16, op. cit., p. 110.

[2234] Ainsi le Général DE GAULLE a-t-il été tenu d'informer la Nation le 23 avril 1961 : « *Devant le malheur qui plane sur la patrie et la menace qui pèse sur la République,* […] *j'ai décidé de mettre en œuvre l'article 16* […]. *Je m'affirme, pour aujourd'hui et pour demain, en la légitimité française et républicaine que la Nation m'a conférée, que je maintiendrai, quoiqu'il arrive, jusqu'au terme de mon mandat* […]. *Voyez où risque d'aller la France par rapport à celle qu'elle était en train de redevenir. Françaises, Français ! Aidez-moi !* », JO du 24 avril 1961.

[2235] François SAINT-BONNET, *Réflexions sur l'article 16 et l'État d'exception*, op. cit., p. 1717. Et l'auteur de citer Pierre VIANSSON-PONTÉ qui dans un article du Monde du 24 avril 1961 souligne que « *l'article 16 a une valeur psychologique* […] *parce qu'il devrait témoigner de la gravité des circonstances aux yeux de l'opinion, de la résolution du régime en face des insurgés, facilitant ainsi la cohésion de la métropole devant le coup de force* ».

[2236] Les recherches empiriques menées par certains politologues semblent confirmer l'hypothèse d'une induction des préférences de l'opinion publique. Ainsi, appliquées aux crises internationales comme la guerre du Golfe, ces recherches aboutissent à mettre en exergue le caractère surdéterminant joué par le discours des élites dans le soutien aux mesures exceptionnelles décidées par les gouvernants. Ainsi que le précise Jacques GERSTLÉ, « *ce n'est pas l'unidimensionalisation de l'identité politique autour de la Nation en danger qui déclenche le soutien public aux gouvernants dans une situation de crise, mais bien l'existence ou l'absence de consensus dans les élites politiques qui permet le mouvement d'opinion* », *Gouverner l'opinion publique*, IN BRÉCHON Pierre (Dir.), *La gouvernance de l'opinion publique*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2003, p. 22. L'auteur s'appuie notamment sur les travaux de Richard BRODY, *Crisis, war and public opinion*, IN W.L. BENNET, D.L. PALETZ (Eds.), *Taken by storm : the media, public opinion and US foreign policy*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, et surtout ceux de Elmer Eric SCHATTSCHNEIDER, *The Semisovereign People: A realist view of democracy in America*, N-Y, Holt, Rinehart & Winston, 1960.

par les circonstances » que peut prendre le Président. Si celui-ci a en effet l'obligation de consulter le Conseil constitutionnel au sujet de chacune de ses décisions, il n'est pas juridiquement obligé d'en tenir compte, ni même de publier les avis reçus ; en d'autres termes, « *l'opinion publique ne sera donc même pas informée des réserves éventuellement formulées par le Conseil constitutionnel dans ses avis, et il sera relativement facile au Président de passer outre* »[2237]. On retrouve là l'idéal de la publicité qui doit éviter que l'État d'exception ne soit « *institué que comme apparence d'une régularité* »[2238] : il s'agit là d'une garantie libérale indispensable si l'on veut préserver l'ordre constitutionnel[2239]. Néanmoins, au regard de l'interprétation souple que fait la Cour européenne des droits de l'homme de l'article 15-3 de la Convention[2240], il est possible de considérer que l'obligation de publicité tendra à devenir la règle, en l'absence même de disposition constitutionnelle. En s'inscrivant dans l'espace public, la décision de l'exécutif s'inscrit donc dans un dialogue avec l'opinion publique, laissant l'opportunité à cette dernière de se comporter en véritable contre-pouvoir[2241].

[2237] Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 29ème Édition, 2005, p. 641.

[2238] Jacques ELLUL, *Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception*, APD, T. 8, 1963, p. 206 L'auteur est extrêmement critique envers la doctrine du salut public : « *lorsqu'en cas de guerre, l'État suspend les droits individuels et les libertés publiques, il crée à côté de la situation de conflit provoquée par la guerre, une situation de conflit entre lui-même et ses sujets. Et il ne sert de rien de dire que justement la création d'un droit d'exception est destinée à donner des règles à cette tension là – car ceci est un faux semblant.* […] *En réalité, à ce moment l'État crée des règles qui lui sont utiles et favorables, instruments complémentaires de son action. Ce n'est pas du droit* ».

[2239] Á cet égard les propositions de Bruce ACKERMAN confirment notre propos d'une nécessité permanente de justification qui pèse sur le chef de l'État. En effet, l'auteur propose, en s'inspirant des dispositions de la Constitution sud-africaine, de prévoir un mécanisme qui attribuerait pour une courte période au Président des pouvoirs exceptionnels qui ne lui ne pourraient être prolongés que sur une habilitation parlementaire dont le pourcentage augmenterait avec le temps. Ainsi, « *cette gradation mettait rapidement un terme au recours aux pouvoirs exceptionnels* […]. *En outre, elle contraindrait le président à bien réfléchir avant de demander leur prolongation, et à s'assurer qu'il peut plaider leur nécessité auprès de ses concitoyens* », *Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme*, ESPRIT, n°8/9-2006, p. 151.

[2240] « *Toute Haute partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application* ». La Cour a eu l'occasion de rappeler que la dérogation à l'application de la CEDH résulte « *d'un acte public et formel* » (Commission, Rapport du 4 octobre 1983, CHYPRE C. TURQUIE, § 67), cet acte pouvant prendre la forme d'une simple « *déclaration* » faite par le gouvernement devant le Parlement (CEDH, BRANNIGAN ET MC BRIDE, préc., § 73).

[2241] Cette hypothèse se confirme avec la possibilité donnée au Président par le décret du 14 janvier 1964 d'utiliser la force nucléaire. Á cet égard, Jacques VIGUIER souligne à juste tire que l'on peut assimiler cette prérogative à la détention d'un « *sceptre nucléaire* » *qui n'est rien d'autre que* « *l'emblème de l'autorité suprême* […], *le symbole de la puissance de l'État, de son autorité* », *Gestes et mots symboliques de la passation des pouvoirs présidentiels*, LPA, n°69-1995, p. 5. Dès lors, le contrôle du peuple apparaît comme central. Ainsi que le remarque Jacques ROBERT, « *un seul homme détient-il la prérogative quasi-absolue de définir les intérêts de la*

Paragraphe 2. L'opinion publique comme contrepoids à la prérogative présidentielle

L'étude textuelle et jurisprudentielle semble confirmer l'hypothèse selon laquelle, « *d'un point de vue formel, n'importe quelle situation peut-être qualifiée de péril si la procédure de déclenchement du régime d'exception est respectée* ». Et François SAINT-BONNET d'ajouter : « *reste l'opinion publique qui est un censeur sévère mais n'intervient pas sur le terrain juridique* »[2242]. Cette appréciation mérite sans aucun doute d'être nuancée. La judiciarisation de nos sociétés modernes ainsi que le souci déjà ancien de trouver des contrepoids nécessaires à la puissance de l'exécutif permettent à l'opinion publique, par l'intermédiaire d'un tiers institutionnel, de faire entendre sa voix (**Sous-Paragraphe 1**). En outre, la proximité intellectuelle de l'État d'exception et d'un droit de résistance à l'oppression ne semble pas faire de doute. Tous deux s'écartent du mécanisme délibératif pour ne reposer que sur une évidente nécessité que met en exergue « *des stratégies discursives communes* »[2243] : en d'autres termes, l'intervention directe de l'opinion publique sera subordonnée à l'existence de ce sentiment partagé (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Le recours au tiers

Si la conservation de l'État permet l'usage par l'exécutif de pouvoirs exceptionnels, *contra legem*, reste la question : qui sera juge du bon usage de la prérogative ? La transformation d'un exécutif dont l'objectif est la conservation de la société en un tyran concentrant tous les pouvoirs n'est certes pas ignorée des théories du Contrat Social[2244], mais pour autant les grands philosophes des Lumières ne purent admettre qu'il existât un juge capable trancher la question[2245]. Dès lors, à moins d'admettre un hypothétique retour du droit naturel, les mécanismes constitutionnels ont

---

nation, de jeter le pays dans la plus terrible des guerres ou de l'amener à capituler, sans qu'aucun contrôle ne soit exercé sur ses prérogatives. Cet homme est un autocrate. Mais, depuis 1962, le fait que le Président de la République soit désigné au suffrage universel direct et, par là même, institué l'élu de la Nation, confère à cet autocratisme apparent une légitimité démocratique incontestable. C'est chaque français qui, se reconnaissant dans son Président parce qu'il est, de par le sacre du suffrage, le Président de tous, participe en quelque sorte lui-même à la décision suprême prise par son chef », *Les situations d'urgence en droit constitutionnel*, op. cit., p. 761.

[2242] *L'État d'exception*, op. cit., p. 24.

[2243] François SAINT-BONNET, *Droit de résistance et État d'exception*, IN GROS Dominique et CAMY Olivier (Dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, op. cit., pp. 225-244.

[2244] Une des formalisations les plus abouties se retrouve chez LOCKE qui dans son *Second Traité du gouvernement Civil* met notamment en garde contre une pathologie propre au pacte social : « *la tyrannie* », entendue comme « *l'exercice d'un pouvoir outré, auquel qui que ce soit n'a droit assurément* » (chap. XVIII, § 199, p. 290) appelle un droit de « *résister à une force si illicite* », pouvant aller jusqu'à la « *dissolution des gouvernements* » (Chap. XVIII, § 209, p. 297) et une reprise de l'autorité législative par le peuple afin de constituer une nouvelle forme de gouvernement.

davantage mis l'accent sur un équilibre fragile des pouvoirs. Ainsi, en ce qui concerne l'article 16, le Parlement, porte-parole de l'opinion publique, se réunit de plein droit et ne peut être dissout[2246]. Cela constitue certes un garde-fou important, mais sa relative subordination à l'exécutif, notamment en période de fait majoritaire, vient relativiser le contrepoids parlementaire. La prise en compte du caractère politique de l'État d'exception vient donc s'inscrire de plein pied dans les mécanismes de décision, contribuant à la concentration des pouvoirs à laquelle tentait d'échapper le texte constitutionnel.

Dans une démocratie d'opinion, en l'absence d'un contre-pouvoir politique, l'opinion va dès lors avoir recours à un tiers, le juge, sorte de garant ultime et objectif de la pérennité de l'État de droit ; le mouvement de judiciarisation qui traverse nos sociétés modernes ne va ainsi pas rester étranger à l'État d'exception, laissant à penser que la puissance de l'exécutif doit s'accommoder d'une société civile qui « *conserve, via le juge, une capacité d'intervention sur la scène de la*

[2245] Ainsi Locke rappelle-t-il que « *le peuple ne peut donc pas être juge, si l'on entend par là qu'il tiendrait de la Constitution le pouvoir éminent de statuer sur l'affaire et de prononcer une décision exécutoire ; mais il existe une loi antérieure et supérieure à toutes les lois positives des hommes qui lui réserve en propre la décision ultime qui appartient à tout homme lorsqu'il ne dispose d'aucune recours sur la terre, et qui consiste à juger s'il a ou non une juste cause d'en appeler au ciel. Á ce jugement il ne saurait renoncer, car aucun homme n'a le pouvoir de se soumettre à un autre au point de donner à cet autre la faculté de le détruire lui-même* », *Second traité du Gouvernement Civil*, Chap. XIV, § 168. Dès lors, ainsi que le note François Saint-Bonnet, pour Locke, l'usage de la prérogative n'est pas dangereux en soi car l'abus éventuel sera soumis au contrôle attentif du peuple qui pourra toujours en appeler au Ciel. Néanmoins, cet excès ne sera constaté que si de nombreuses conditions sont réunies, le peuple s'inscrivant plutôt dans une relation de loyauté par rapport aux gouvernants : il sera ainsi difficile de convaincre le peuple de « *corriger les vices manifestes du régime auquel il est accoutumé*. [Il faudra] *une longue suite d'abus, de prévarications et d'artifices allant toujours dans le même sens* [au point de] *rendre l'intention de ses chefs évidente pour le peuple* » pour que s'impose la nécessité de résister, Chap. XIX, p. 161, cité par François Saint-Bonnet, *Droit de résistance et État d'exception*, op.cit., p. 237.

[2246] Le parallèle avec l'état d'urgence est intéressant : en effet, la dissolution reste permise mais met automatiquement fin au régime dérogatoire. CE, 25 juin 1969, Ministre de l'Intérieur c. Devay et les éditions parisiennes associées.

démocratie »[2247]. Les récentes décisions de la Cour suprême[2248] et de la Chambre des Lords[2249] viennent confirmer que l'État d'exception n'échappe pas à la raison juridique qui « *est de procédure non de puissance* »[2250]. Le public est donc bien, aux yeux de la doctrine, un contrepoids efficace à la prérogative de l'exécutif[2251], mais l'on peut néanmoins constater que, dans cette configuration, l'opinion publique a besoin d'un tiers pour pouvoir s'exprimer institutionnellement. Cette médiation nécessaire réinscrit ainsi l'opinion publique dans un rôle subordonné et second. L'intervention directe de l'opinion publique ne peut dès lors être fondée juridiquement que dans l'hypothèse où l'on admet l'existence d'un droit de résistance à l'oppression.

[2247] Denis SALAS, *La sécurité peut-elle justifier un droit d'exception ? (…)*, op. cit., p. 12.

[2248] Tout en confirmant la compétence du chef de l'exécutif pour employer « *toute force nécessaire et appropriée contre les nations, organisations ou personnes qui auraient selon lui organisé, autorisé, exécuté ou soutenu les attaques terroristes du 11 septembre 2001, ou hébergé ces personnes, afin de prévenir toute action future contre les États-Unis par ces nations, organisations ou personnes* » (Résolution du Congrès du 18 septembre 2001, traduite par Guy SCOFFONI, *Les juges et la Constitution des États-Unis à l'épreuve du terrorisme international*, Mélanges Loïc Philip, op. cit., pp. 221-222), la Cour Suprême a reconnu à toute personne soupçonnée d'activité ou de complicité terroriste un droit d'accès aux tribunaux afin de faire respecter les droits de la défense. Ainsi en est-il des étrangers capturés en dehors du sol américain au cours d'opérations militaires (RASUL V. BUSH, 124 S. Ct. 2686, 28 juin 2004), d'américains capturés en dehors du sol américain dans les mêmes conditions que les étrangers de la précédente affaire (HAMDI V. RUMSFELD, 124 S. Ct. 2633, 28 juin 2004) et de citoyens américains capturés sur le sol américain (RUMSFELD V. PADILLA, 124 S. Ct. 2711, 28 juin 2004). Cf. Guy SCOFFONI, *Chronique de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, RFDC, n°63-2005, pp. 647-650. La Cour suprême a depuis précisé que si le droit à un *hearing* pouvait être satisfait devant un organe non judiciaire telle qu'une commission militaire, celles qui ont été mises en place par l'Administration Bush n'étaient pas conformes au Code de justice militaire des États-Unis et aux convention de Genève, HAMDAN V. RUMSFELD, 126 S. Ct. 2749, 2797. Rappelons qu'aux États-Unis, « *le due process of law signifie que toute personne victime d'une violation de ses droits par l'autorité publique a : 1/ le droit d'être notifiée de la mesure privative de liberté* […] ; *2/ le droit à un hearing, c'est-à-dire le droit d'entendre et d'être entendu conformément aux règles du procès accusatoire* […] ; *3/ le droit d'être assisté par un avocat tout au long de ce processus* », ÉLISABETH ZOLLER, *Procès équitable et due process of law*, D., n°8-2007, p. 520.

[2249] S'appuyant sur la Convention européenne des droits de l'homme et sur la *Petition of Rights* de 1626, la Chambre des Lords, dans sa formation juridictionnelle constituée par les *Law Lords*, a écarté les dispositions sur la détention illimitée des non-nationaux que pouvait mettre en oeuvre le ministre de l'Intérieur grâce à *l'Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001 (section 23). Comme le souligne l'opinion très vigoureuse de Lord WALKER, « *si le patriotisme peut être le dernier refuge des canailles, la sécurité nationale peut être celui des tyrans, comme l'ont montré les procès spectacles qui ont suivi l'incendie du Reichstag à Berlin et ceux de Moscou dans les années trente* » (§ 193), cité par Pierre MARTIN, *L'honneur des juges britanniques. Chambre des Lords, 16 décembre 2004*, D., n°16-2005, p. 1056.

[2250] Julien FREUND, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1986, p. 123.

[2251] Comme le souligne Louis FISHER et Nada MOURTADA-SABBAH, « *les contrepoids visant à préserver les fondements d'un gouvernement constitutionnel ne dépendent que de la réaction du Congrès, du pouvoir judiciaire, des médias et du public* », *Les pouvoirs inhérents du Président américain. Une menace pour les valeurs démocratiques ?*, POUVOIRS, n°119, 2006, p. 125.

Sous-Paragraphe 2. État d'exception et droit de résistance à l'oppression ou la nécessité d'un sentiment partagé

Certains auteurs ont bien tenté de fonder constitutionnellement le droit de nécessité dans un sentiment partagé par l'opinion publique. Celui-ci tendrait à s'affirmer soit de manière explicite, soit de manière tacite. Ainsi, pour Frede CASTBERG, « *lors de l'appréciation d'un acte inspiré par le droit de nécessité, il devient d'importance de savoir si cet acte est censé s'accorder ou non avec la conscience juridique régnant au sein de la communauté* »[2252]. On retrouve ici les positions déjà affichées par Léon DUGUIT[2253] mais il apparaît toutefois difficile de dégager un droit de nécessité coutumier en s'appuyant uniquement sur l'*opinio iuris*, tant il semble impossible « *de dire avec précision ce qu'est la conscience juridique d'une nation* »[2254]. L'hypothèse d'un soutien explicite de l'opinion publique, qui pourrait être appréhendé comme une condition juridique de la validité du droit de nécessité, apparaît donc comme difficilement tenable. Il n'est donc pas étonnant de lire CARRÉ DE MALBERG soutenir l'impossibilité juridique d'une intervention de l'organe chargé de mettre en œuvre le droit de nécessité en l'absence de tout texte l'y habilitant. La logique positiviste de CARRÉ DE MALBERG l'oblige ainsi à se situer en dehors du cadre juridique, sans pour autant dénier la réalité politique du phénomène. Ici, le soutien de l'opinion publique apparaît même comme politiquement fondamental : ainsi peut-il affirmer que « *le défaut de la juridicité de la nécessité est sans danger. La vigilance du peuple, par une ratification tacite, prend acte de la nécessité : il n'appartient pas au juriste de lui remontrer sur ce point.* […] *La question des pleins pouvoirs* […] *apparaît comme une question d'ordre politique bien plus que juridique* »[2255]. Il est certain que la logique insurrectionnelle contenue dans le droit de résistance à l'oppression est une logique qui s'oppose frontalement à la théorie de la représentation. En effet, il s'agit là d'un « *moyen que se donne le peuple d'affirmer sa présence politique non pas en étant représenté, mais en se représentant à soi dans le seul espace public dont il dispose : la rue, où il peut se mettre en scène sans intermédiaire. L'étau*

[2252] *Le droit de nécessité en droit constitutionnel*, Mélanges Gidel, Paris, Sirey, 1961, pp. 122-123.

[2253] Si Le Doyen de Bordeaux rejette la notion de « conscience collective » de DURKHEIM, il n'en établit pas moins un lien indissoluble entre règle de droit et société : « *Qu'est-ce qu'une règle de droit ? C'est une règle de fait, une règle qui s'impose aux hommes non pas en vertu d'un principe supérieur quel qu'il soit, mais en vertu et par la force des faits, parce que l'homme vit en société et ne peut que vivre en société.* […] *Elle est la loi de l'homme social, parce que les faits sont ce qu'ils sont…* », *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Éd. Albert Fontemoing, 1901, p. 15, cité par Laurent FONTBAUSTIER, *Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit*, RFDA, n°6-2004, p. 1055. Pour un développement sur les positions de DUGUIT relatives à l'État d'exception, cf. François SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, op. cit., pp. 19-20.

[2254] Frede CASTBERG, *Le droit de nécessité en droit constitutionnel*, op.cit., p. 123.

[2255] Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 621, cité par François Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, op.cit., p. 22.

du discours juridique – celui du mandat, comme celui de l'incarnation – qui manifeste la « présence-absence » du peuple comme sujet et qui le met dans tous les sens du terme hors de lui, est alors desserré »[2256]. Dès lors, on peut penser avec François SAINT-BONNET que « *l'État d'exception a pour limite son propre déclencheur. L'invocation du péril sans le sentiment partagé retourne la nécessité contre l'ordre juridique en place : c'est la nécessité de résister qui devient évidente* »[2257]. Devant la possible dérive de l'exécutif, « *la résistance à l'oppression doit s'analyser comme un appel à la conscience des citoyens, à l'éveil de l'opinion* »[2258]. Finalement, la garantie des droits reposerait sur l'attribution même du pouvoir, confirmant, y compris en période exceptionnelle, que c'est l'ensemble des citoyens qui est garant des droits de chacun.

Bien sûr la juridicité d'un tel droit pose problème[2259] et la doctrine rechigne à reconnaître la pleine valeur constitutionnelle de cette théorie ; en effet, la logique positiviste aboutit inéluctablement à une aporie : comment inscrire dans l'ordre juridique l'existence d'un droit qui aboutirait à sa propre remise en cause ? Pourtant, notre histoire constitutionnelle[2260], ainsi que l'analyse des déclarations de droits à l'étranger[2261], conforte l'hypothèse d'un droit garanti

---

[2256] Éric DESMONS, *L'insurrection et le « despotisme représentatif »*, CITÉS, n°17, 2004, p. 83. La logique de l'insurrection est néanmoins plus « excessive » car « *l'insurrection révèle la tension permanente entre la représentation juridico-politique du peuple – un peuple générique pour parler comme Feuerbach – et sa réalité concrète, là où pour certains apparaît la grande escroquerie de la démocratie : qu'est donc cette démocratie qui le met le peuple à distance, sinon une moderne tyrannie ? Le représentant est toujours celui qui, à l'ère de la légitimité démocratique, incarne l'abus de pouvoir le plus grave puisqu'il parle au nom de ce qu'il n'est pas* ».

[2257] *Droit et évidente nécessité*, op. cit., p. 43.

[2258] Patrick WACHSMANN, *Libertés publiques*, 5ème Éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 182. LOCKE insiste également sur le consentement donné par la population à l'usage de la prérogative par l'exécutif : le mauvais prince « *donne au peuple l'occasion de revendiquer son propre droit et de limiter un pouvoir qu'il avait bien voulu concéder tacitement tant qu'il était exercé pour son propre bien* », *Second traité du Gouvernement Civil*, op. cit., § 146.

[2259] « *Sauf à se contredire, la résistance ne saurait être élevée au rang de droit positif* », François SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, op. cit., p. 43. Cf. sur ce point l'analyse de Patrick WACHSMANN, *Un sujet de droit peut-il se révolter ?*, APD, T. 34, 1989, pp. 89-102.

[2260] La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen précédant la Constitution du 24 juin 1793 dispose que « *la résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme* (art. 33). *Il y a oppression contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé. Il y a oppression contre chaque membre lorsque le corps social est opprimé* (art. 34). *Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs* (art. 35) ». On peut ainsi se remémorer ces propos de MIRABEAU : « *la liberté du citoyen consiste à n'être soumis qu'à la loi, à n'être tenu d'obéir qu'à l'autorité établie par la loi, à pouvoir faire, sans crainte de punition, tout usage de ses facultés qui n'est pas défendu par la loi ; et par conséquent à résister à l'oppression* », *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, Ass. Nat., 1ère série, T. 8, 26 août 1789, p. 464, cité par Dominique GROS, *Qu'est-ce que le droit de résistance à l'oppression*, IN *Le droit de résistance à l'oppression*, op. cit., p. 16.

[2261] L'article VII du Bill of Rights de 1689 proclame ainsi que « *les sujets qui sont protestants peuvent avoir des armes pour leur défense, comme il convient à leur conditions et comme les lois le permettent* ». La Déclaration

constitutionnellement. Et le Conseil constitutionnel, s'appuyant sur la « *pleine valeur constitutionnelle* » de l'article 2 de la DDHC de 1789, est venu rappeler indirectement que la résistance à l'oppression était l'un des buts de la société politique, se situant ainsi au même rang que la liberté, la sûreté ou le droit de propriété[2262]. Une telle théorie s'inscrit indubitablement aux frontières du droit et de la politique[2263], en ce qu'elle se situe incontestablement davantage sur le terrain de l'action que sur celui de la délibération, tout en restant extrêmement lucide sur la possibilité pour l'opinion publique d'échapper *effectivement* à la tyrannie qui l'oppresse ; ainsi, CHATEAUBRIAND ne manquait-il pas d'enjoindre : « *Qu'on se souvienne toujours qu'une assemblée démocratique produite par la loi des élections et une armée démocratisée obéissant à cette assemblée amèneraient une révolution infaillible. L'opinion publique aurait beau être excellente, elle n'empêcherait rien, parce que l'opinion ne peut rien contre le canon* »[2264]. Mais l'apport de cette théorie se situe ailleurs, en ce qu'elle ne vient finalement que confirmer que, y compris et peut-être même surtout en période exceptionnelle, la faillibilité du pouvoir est la règle et que les citoyens doivent véritablement s'instituer en véritable contre-pouvoir face aux abus éventuels du « *magistrat souverain* »[2265].

Finalement, l'interaction entre le chef de l'exécutif et l'opinion publique, si elle semble de prime abord confirmer l'hypothèse d'une domination symbolique des gouvernants quant à

---

américaine de 1776 énonce pour sa part que « *toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructrice de ce but* [la garantie des droits de l'homme] *le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir et d'établir un nouveau gouvernement* ».

[2262] Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, NATIONALISATIONS.

[2263] Joseph BARTHÉLEMY et Paul DUEZ soulignent ainsi dans leur *Traité de droit constitutionnel* que « *la théorie de la résistance à l'oppression est une théorie politique, non juridique* », cité par Patrick WACHSMANN, op. cit., p. 182.

[2264] CHATEAUBRIAND, note du 12 mai 1819, *Polémique*, 1827 repris IN *Œuvres complètes*, Paris, Éd. Garnier, 1861. Telle est également en substance l'argumentation de LOCKE : « *Si les actes illégaux ont frappé la majorité du peuple.* […] *Si tous sont en conscience persuadés que leurs lois,* […] *leurs biens, leurs libertés et leurs vies – et peut-être même aussi leur religion – sont en danger, je ne vois pas comment on pourrait les empêcher de résister à la force illégale qu'on emploie contre eux* », *Second Traité du Gouvernement Civil*, Chap. XVIII, op. cit., p. 151, cité par François SAINT-BONNET, *Droit de résistance et État d'exception*, op. cit., p. 239.

[2265] Ainsi que le souligne Philippe RAYNAUD, il s'agit probablement là de l'essentiel de la démonstration de LOCKE. Celui-ci « *a réellement voulu montrer à la fois que les défaillances possibles de la loi et de la raison impliquaient que l'on fît place à un irréductible élément absolutiste de la politique et que cette limitation de la logique libérale entraînait une fragilisation de principe de l'ordre politique. Les hommes créent le gouvernement civil afin que nul ne soit juge dans sa propre cause mais ils veulent aussi être protégés contre les abus possibles du gouvernement ; or, celui-ci ne peut survivre si on le soumet intégralement aux exigences du droit : l'absence d'un juge commun dans l'hypothèse extrême d'un conflit insoluble entre la prétention du prince à défendre le salut public et le refus de l'arbitraire par les gouvernés exprime en fait l'impossibilité de supprimer l'élément « décisionniste » de la politique* », *Locke et les limites de la raison*, IN RIALS Stéphane et RAYNAUD Philippe (Dir.), *Une prudence moderne ?*, op. cit., p. 32.

l'identification de la menace pesant sur la Nation, oblige également le peuple à s'ériger en censeur de l'exécutif, revigorant ainsi la figure du Tribunal de l'opinion publique[2266] ; ainsi que l'avait remarquablement noté Carl FRIEDRICH au sujet de ce qu'il appelle la dictature constitutionnelle, « *des pouvoirs extraordinaires doivent être très larges, mais les conditions dans lesquelles ils seraient exercés doivent être très strictes* […]. *Mais derrière toute cette machinerie, il faut qu'on ait un peuple en éveil représentant un réel pouvoir constituant* »[2267]. Sans aller jusqu'à refonder l'ordre constitutionnel, il peut alors s'agir de permettre, y compris en période de troubles, la libre formation de l'opinion publique et sa libre expression[2268]. L'opinion publique se doit donc d'être une force en éveil, luttant contre l'apathie de l'esprit démocratique que dénonçaient en leur temps les libéraux[2269]. Elle est cette puissance censoriale qui oblige les gouvernants à être responsables de leurs actes.

[2266] Pellegrino ROSSI rappelait, par exemple, qu'« *au moment de mettre la main sur le glaive, au moment de substituer la force au droit, on éprouve le besoin de paraître au tribunal de l'opinion publique* », *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. 267.

[2267] Carl FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, op. cit., pp. 413-414. Dans le même sens, Dominique ROUSSEAU souligne la gémellité des dispositions relatives à la liberté d'expression et au droit de résistance à l'oppression. Dans les deux cas, « *les représentants admettent bien qu'une opinion puisse s'exprimer en dehors voire contre eux* », *De la démocratie continue*, op. cit., p. 8.

[2268] Le libéralisme politique de Bruce ACKERMAN l'incite par exemple à considérer que « *ces restrictions de l'expression du mécontentement populaire* [telles que des manifestations] *ne feraient pas que nuire au système démocratique de poids et contrepoids sur lequel reposeraient les dispositions spéciales de la Constitution. Elles saperaient l'espoir de retour rapide à la normale. C'est aux citoyens, et non aux autorités, que devrait revenir la décision de risquer ou non leur vie pour défendre les libertés politiques.* […] *Au lieu de réprimer l'expression politique, les autorités devraient faire de la protection de telles manifestations une priorité séculaire majeure* », *Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme*, op. cit., p. 160.

[2269] Outre la position célèbre de TOCQUEVILLE, on trouve chez Benjamin CONSTANT l'idée selon laquelle « *il y a sûrement, parmi les électeurs, des hommes bien attentionnés, éclairés même, qui, ne sentant pas l'étroite liaison de toutes les libertés entre elles, voient avec assez d'indifférence s'introduire des lois d'exception qu'ils croient ne devoir jamais les atteindre. On leur a dit que la suspension de la liberté individuelle ne regardait que les conspirateurs ; ils ne conspirent pas : que la violation de la liberté de la presse n'atteignait que les écrivains ; ils n'écrivent pas* […] *: ils sont donc tranquilles ; mais qu'ils réfléchissent. La suspension de la liberté individuelle ne regarde pas seulement les conspirateurs, mais ceux qu'on soupçonne d'être disposés à conspirer, et ceux par conséquent que des ennemis secrets dénoncent comme tels.* […] *La masse des citoyens, paisible et unie entre elle, ne paraît pas en être menacée ; mais après une crise politique, quand tout le monde est coupable aux yeux de son voisin, quand il n'est personne qui n'ait eu quelque tort, commis quelque faute, concouru plus ou moins à quelque injustice, les lois d'exception sont des armes que chacun ambitionne et saisit à son tour* », *Des élections prochaines* (Paris, 1817), reproduit IN *Cours de Politique constitutionnelle*, 3ème Vol., 1819, pp. 33-36.

Section 2. La responsabilité des gouvernants, élément consubstantiel au gouvernement de l'opinion

La responsabilité politique constitue sans nul doute l'un des acquis majeurs du constitutionnalisme moderne, certains auteurs n'hésitant pas à y voir l'un des distinguo majeurs entre une démocratie et une dictature[2270]. ROUSSEAU lui-même n'hésitait-il pas à considérer que la circulation du pouvoir, en rendant mobiles et provisoires les détenteurs du pouvoir exécutif, empêchait la concentration du pouvoir et la nécessaire subordination de l'exécutif au Souverain[2271]. Reste que, dans un schéma classique, la responsabilité politique est mise en jeu, soit à l'initiative de l'exécutif par la question de confiance, soit à l'initiative des parlementaires par la motion de censure. En d'autres termes, c'est bien l'équilibre des pouvoirs qui est en jeu, celui-ci étant *in fine* garanti par l'arbitrage souverain du corps électoral. Dès lors est-il permis de penser qu'il existe un lien structurel entre, d'une part, le constitutionnalisme et l'idée de responsabilité politique et, d'autre part, entre responsabilité politique et régime représentatif[2272]. La responsabilité politique est donc « *un aménagement juridique de la contestation dans un système*

[2270] Cf. Carl FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, op.cit., p. 19.

[2271] En effet, considérant que « *le seul état permanent est celui de citoyen* », le penseur genevois va envisager une circulation du pouvoir que l'on peut résumer en trois caractéristiques : « *1/ La circulation du pouvoir, en exigeant un renouvellement périodique des magistrats exerçant le pouvoir exécutif, rend possible une participation étendue et réelle des citoyens au gouvernement ; 2/ ce renouvellement fréquent, qui oblige « le passage fréquent de cette puissance exécutive par différentes mains » (Considérations sur le gouvernement de Pologne, VII), donne consistance au principe de subordination car il empêche la concentration d'un pouvoir « qui rendrait ses actions et sa volonté indépendantes de la volonté générale » (Lettre écrites de la Montagne, op. cit., p. 397) ; 3/ Ce passage du pouvoir dans différentes mains donne une durée au principe de subordination pour une deuxième raison. Ce changement de mains empêche toute personnalisation du pouvoir. Il refuse, avec la notion de fonction publique, toute identification entre pouvoir personnel et pouvoir politique* », Norbert LENOIR, *Un problème de la légitimité politique dans la pensée de Rousseau*, Philosophiques, Vol. 27, n°2-2000, pp. 347-348.

[2272] Ainsi, le juriste libéral Robert VON MOHL estimait-il que le parlementarisme « *consiste en ce que le ministère est toujours composé dans le sens de la majorité de la représentation populaire et ce, avec les dirigeants de celle-ci. Évidemment, il conduit les affaires dans le sens de son parti politique et ainsi est établi, dans toutes les questions importantes le plein accord entre le gouvernement et la représentation. Une opposition peut bien exister ; étant seulement la minorité, elle n'est pas en situation d'empêcher la marche du gouvernement. Si la majorité change, soit à la suite d'une élection, soit parce qu'une partie de ses anciens soutiens est devenue insatisfaite des mesures du gouvernement, celui-ci est révoqué et un autre sera formé dans le sens en venant des rangs de la nouvelle majorité* », *Das Repräsentativsystem, seine Mängel und die Heilmittel*, IN *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, H. Laupp, 1860, T. I, p. 400, cité par Armel LE DIVELLEC, *La responsabilité politique dans le parlementarisme majoritaire : quelques remarques autour du cas allemand*, IN BEAUD Olivier et BLANQUER Jean-Michel (Dir.), *La responsabilité des gouvernants*, op. cit., p. 191. Mais aujourd'hui, il est certain, nous le verrons, que la notion de la responsabilité politique ne « *désigne plus* [uniquement] *la sanction du dialogue entre un exécutif et un législatif, mais celle du jugement porté par la nation sur le groupement politique qui a gouverné et légiféré pendant quelques années, avec la possibilité de trouver dans l'opposition une solution de rechange* », Georges VEDEL, *Vers le régime présidentiel ?*, op. cit., p. 22.

politique particulier, doublement marqué par le régime représentatif et par la doctrine de la séparation des pouvoirs »[2273]. Elle tend donc à vouloir instituer la contestation qui n'est donc plus extérieure au pouvoir. Le Tribunal de l'opinion publique laisse donc théoriquement place à un affrontement réglé entre les pouvoirs exécutif et législatif, le tout demeurant néanmoins sous l'œil du public. Et c'est bien là que le bât blesse. Force est en effet de constater aujourd'hui que la responsabilité politique, du moins sous la forme classique d'une responsabilité de l'exécutif devant le Parlement, est comme « *évaporée* »[2274]. Ce « *dépérissement de la responsabilité politique classique* »[2275] néglige toutefois le fait que la responsabilité des ministres, historiquement, ne peut être pensée en dehors du lien qui l'unit à la puissance de l'opinion : rappelons par exemple ces propos de CHATEAUBRIAND selon lequel « *on fait cas de l'opinion publique ; on la ménage, on la regarde comme la puissance qui fait et défait les ministères* »[2276]. Se pose alors pour la doctrine la question de la permanence d'une responsabilité politique devant l'opinion publique (**SOUS-SECTION 1**) qui, même si elle semble répondre à un besoin social, ne peut se confondre avec la substitution progressive d'une responsabilité pénale[2277] à une responsabilité politique (**SOUS-SECTION 2**).

Sous-Section 1. La recherche d'une responsabilité politique devant l'opinion publique

---

[2273] Philippe SÉGUR, *Les fonctions de la responsabilité politique*, IN SÉGUR Philippe (Dir.), *Gouvernants : quelle responsabilité ?*, Paris, L'harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001, p. 243.

[2274] Pierre PACTET, *L'évolution contemporaine de la responsabilité gouvernementale dans les démocraties pluralistes*, Mélanges Burdeau, op. cit., p. 207.

[2275] Denis BARANGER, *Une tragédie de la responsabilité (…)*, op. cit., p. 32.

[2276] CHATEAUBRIAND, *De la rédaction actuelle des lois*, 5 juillet 1824, *Polémique*, 1827 repris IN *Œuvres complètes*, Paris, Éd. Garnier, 1861. C'est également net dans la pensée de VITROLLES, pour qui « *Il faut pour la garantie de son autorité, qu'il consente à ne jamais l'exercer que par des intermédiaires qui, en acceptant cette honorable mission, soient toujours prêts à s'offrir en sacrifice, si les principes et les actes de leur administration sont susceptibles d'être attaqués par l'opinion, soutenue par la force des lois. C'est ce qu'on appelle la responsabilité des ministres, cette condition sans laquelle il ne saurait exister de gouvernement représentatif.* [Dès lors] *pour associer au gouvernement la puissance de l'opinion,* [il faut que] *les ministres soient populaires* », *Du ministère dans le gouvernement représentatif*, op. cit., pp. 10/29-30, cité par Pierre BRUNET, *Vouloir pour la Nation (…)*, op. cit., pp. 306-307.

[2277] La responsabilité pénale peut se définir « *par le fait qu'elle pèse sur les gouvernants pour des actes qualifiés de crimes, qu'elle s'exerce relativement à des actes selon une procédure pénale, comprenant notamment une phase d'accusation et une phase de jugement, et qu'elle donne lieu à une peine* », Michel TROPER, *Responsabilité politique et formation gouvernementale*, IN BEAUD Olivier et BLANQUER Jean-Michel (Dir.), *La responsabilité des gouvernants*, op. cit., p. 33.

On considère généralement que la responsabilité politique, « *s'exerce à propos d'une divergence politique entre une assemblée et un gouvernement, selon une procédure politique, une décision prise à la majorité par cette assemblée, et qu'elle se traduit par une sanction politique, la perte du poste* »[2278]. Ainsi, le caractère collégial de l'institution gouvernementale expliquerait donc que « *pratiquement toutes les démissions de ministres (plus de cent depuis 1958) sont dues à des désaccords au sein de l'exécutif, le parlement restant étranger à la disgrâce* »[2279] et aboutirait à une déresponsabilisation individuelle. Or, définir la responsabilité politique comme l'obligation pour les gouvernants de démissionner en cas de censure parlementaire (spontanée ou provoquée) consiste à mettre uniquement en avant un cas exceptionnel, l'*ultima ratio* de la responsabilité politique. Pourtant, celle-ci peut être définie de manière plus large comme la responsabilité devant l'opinion publique[2280] (**Paragraphe 1**). Dans ces conditions, il importe que le Parlement apparaisse comme un médiateur entre les gouvernants et l'opinion publique[2281] : « *les élus sont les mandataires de l'opinion publique. Il faut qu'ils puissent à temps apporter un utile contrôle à tous les actes du pouvoir* […]. *C'est là la liberté de la représentation nationale* »[2282]. La réaffirmation d'une opinion publique

[2278] Jean-Michel Blanquer, *Un enjeu central : la responsabilité des ministres. Ou comment éviter les pièges de l'illusoire VIème République*, rdp, n°1/2-2002, p. 262.

[2279] Il est vrai que les mécanismes constitutionnels relatifs à la responsabilité politique reposent tout entier sur le Premier ministre. Cela a pour conséquence directe que « *chaque membre du gouvernement en est un élément fractal, c'est-à-dire qu'il doit refléter la nature du tout et non pas une quelconque particularité. Dans le cas contraire, il doit démissionner* », ibid., p. 263. Néanmoins, ainsi que l'atteste la démission en janvier 2005 d'Hervé Gaymard, alors ministre de l'Économie et des finances, suite à des révélations de la presse concernant son logement de fonction, il apparaît qu'il existe également une responsabilité ministérielle individuelle devant l'opinion publique. Ainsi que le confirme Armel Le Divellec, « *la majorité peut tenter d'obtenir le départ d'un membre du gouvernement qui aurait commis de graves erreurs dans la gestion de son ministère, étant précisé que la question ne saurait qu'exceptionnellement être portée sur le terrain des procédures officielles. Le critère décisif semble être ici l'opinion publique* », *La responsabilité politique dans le parlementarisme majoritaire (…)*, op. cit., p. 196.

[2280] « *L'idée de gouvernement responsable peut prêter à confusion si on la réduit à ce dispositif procédural, car on risque alors de mettre en doute la pertinence d'un principe que le parlementarisme majoritaire aurait fait tomber en désuétude et qui ne serait plus qu'une fiction. En réalité, c'est parce que le droit s'attache naturellement aux effets qu'il est dans sa vocation de déterminer qu'il ne saisit la responsabilité que sous la forme négative de la sanction, alors qu'il est impuissant à organiser l'objet positif de la responsabilité en matière constitutionnelle, c'est-à-dire les comportements politiques qu'elle implique, au-delà des formes procédurales* », Pierre Avril, *Responsabilité et accountability*, op. cit., p. 87.

[2281] Déjà John Stuart Mill, disciple de Bentham, confiait-il dans ses *Considérations sur le gouvernement représentatif* à la Chambre basse la mission propre de « *surveiller et de contrôler le gouvernement, de jeter la lumière de la publicité sur ses actes, de le forcer à une exposition complète et une justification de tous ceux que l'on considère dignes d'être examinés, de les censurer si elle les trouve condamnables* », cité par Olivier Beaud, *L'affaire du sang contaminé*, op. cit., p. 159.

[2282] Adolphe Thiers, *Débat sur le vote de l'Adresse*, séance du 12 janvier 1864, Le Moniteur universel, cité par Élisabeth Vallet, *Les commissions d'enquête parlementaires sous la Cinquième République*, rfdc, n°54, 2003, p.

comme extériorité critique du pouvoir trouve alors à s'exprimer dans la redécouverte du mécanisme de l'enquête parlementaire[2283] (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Responsabilité politique et Tribunal de l'opinion publique

Même si le concept de responsabilité politique est purement doctrinal[2284], on peut néanmoins s'accorder sur le fait que celui-ci tend à décrire la relation qui unit les gouvernants aux gouvernés[2285]. Selon certains constitutionnalistes[2286], responsabilité politique et élection entretiennent un rapport de proximité certain : en effet, force est de constater que « *la responsabilité politique du gouvernement tout entier* […] *est désormais appréciée le plus souvent par les électeurs eux-mêmes* »[2287] (**Sous-Paragraphe 1**). Néanmoins, indépendamment du cadre électoral, il est nécessaire de favoriser l'information de l'opinion publique et de l'éclairer sur les choix des dirigeants. Pierre Avril notait ainsi justement que l'imputabilité « *réclame que soit mise à la disposition de l'opinion une information régulière et complète* » sur les actes des gouvernants[2288] : il

266.

[2283] « *On appelle « enquête parlementaire » les investigations auxquelles une Assemblée procède elle-même par l'intermédiaire des membres qu'elle a désignés avec un mandat déterminé. Ces enquêtes peuvent être ordonnées sur toutes les questions qui intéressent le pays* », Eugène Pierre, *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, op. cit., T. I, p. 678.

[2284] Éric Millard, *La signification juridique de la responsabilité politique*, in Ségur Philippe (Dir.), *Gouvernants : quelle responsabilité ?*, op. cit., p. 100.

[2285] Ainsi Lionel Jospin, alors Premier ministre, déclare-t-il suite à l'affaire des « paillotes corses » : « *c'est elle* [l'opinion publique] *que je veux pour juge de ma responsabilité politique* », Discours à l'AN du 11 mai 1999, jo. Débats parlementaires. Assemblée Nationale, 1999, p. 4305.

[2286] Par exemple, Lawrence Tribe considère que « *le pouvoir* [du Président] *peut être rendu responsable devant le peuple et la Constitution, à la fois par la réélection (voting out of office) de ceux qui abuseraient de leur pouvoir, et par le fait de punir par des incriminations spécifiques* », *American Constitutional Law*, 3ème Éd., p. 753, cité par Olivier Beaud et Philippe Lauvaux, *Sur le soi-disant « impeachment à la française ». Réflexions sur le projet de loi constitutionnelle instaurant une responsabilité politique du Président de la République*, d., n°39-2003, p. 2647.

[2287] Pierre Pactet, *L'évolution contemporaine de la responsabilité gouvernementale (…)*, op. cit., p. 204. L'auteur précise qu'il s'agit là du « *corollaire nécessaire de la disparition, dans presque tous les pays, de la voie parlementaire de mise en cause de la responsabilité politique de cabinet* ». Toutefois, plus loin, il souligne avec force que cette évolution n'est guère satisfaisante puisque le peuple « *plus éloigné des évènements et des dirigeants, soumis à l'influence décisive de mass media dépendant en partie du pouvoir, ne peut exercer qu'un contrôle lointain, épisodique et en quelque sorte indirect. C'est en ce sens que la notion se dilue et devient diffuse* », ibid.

[2288] *Pouvoir et responsabilité*, Mélanges Burdeau, op. cit., p. 16. Cette position avait magistralement été soutenue par Bagehot qui, *a contrario*, stigmatisait le fait que « *le ministre américain demeure caché dans ses bureaux, il n'a besoin de rien faire en public ; il se passe des années sans qu'il soit obligé de montrer s'il est incapable ou habile. Chez nous, le public juge un ministre par la manière dont il fait ses preuves au Parlement* », *La Constitution anglaise*, op. cit., p. 292. De fait, le publiciste anglais estime alors que la responsabilité devant l'opinion publique, en ce qu'elle est politique, ne peut fonctionner dans un régime présidentiel. Cette

s'agit là sans nul doute d'une condition *sine qua non* de l'effectivité d'une responsabilité politique devant l'opinion publique (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. La responsabilité électorale et l'opinion publique

Sur le plan historique, Denis BARANGER a clairement démontré que le peuple, réalité à la fois juridique (électorat) et politique (opinion publique) a joué un rôle primordial dans l'histoire de la responsabilité politique. Ainsi, pour cet auteur, « *la distinction entre l'opinion publique et l'électorat ne doit pas tant conduire à différencier deux réalités qu'à faire apparaître deux manifestations du même phénomène* »[2289]. En effet, opinion publique et démocratie électorale sont associées depuis le XIXème siècle puisque, depuis la pratique américaine des *straws votes* (« votes de paille »), le régime de l'opinion entretient avec le régime de l'élection un rapport de proximité, de ressemblance et de complémentarité, nourrissant une relation de concurrence que le développement de la politique électorale ne cessera d'amplifier. Consacré par le Conseil constitutionnel[2290], le droit à des élections à intervalle régulier a un contenu indéniablement imprécis : doit-on considérer que la notion d'intervalle raisonnable invoque la durée même du mandat en ce qu'elle influence la périodicité des élections, ou doit-on comprendre que l'intervalle raisonnable entre élections « *ne s'apprécie pas en soi, et qu'il n'a de sens que s'il est régulier, c'est-à-dire toujours identique* »[2291] ? Si les juridictions internes et internationales semblent hésiter quant à la définition à retenir[2292], qu'il nous soit permis d'avancer l'hypothèse selon laquelle ce droit appert comme une exigence du constitutionnalisme, et est donc corrélativement

---

vision nous semble toutefois pour le moins étroite en ce que c'est plus sûrement le régime représentatif dans son ensemble qui est concerné.

[2289] Denis BARANGER, *Le parlementarisme des origines*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1999. p. 360.

[2290] Dans sa décision n°96-372 DC, LOI ORGANIQUE RELATIVE À LA DATE DU RENOUVELLEMENT DES MEMBRES DE L'ASSEMBLÉE TERRITORIALE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE, le Conseil fait une référence explicite à ce principe de « *valeur constitutionnelle* » que le législateur doit respecter (Cons. 3). D'après le Conseil, ce principe découle de l'article 3 de la Constitution qui précise que le suffrage est toujours « égal et secret ». Ainsi que le souligne Michel VERPEAUX, cette interprétation est très constructive, la périodicité n'étant pas mentionnée par l'article 3. Tout au plus le juge constitutionnel aurait-il pu dégager un principe non-écrit dont s'inspirerait l'article 3 de la Constitution, de la même manière qu'il l'avait fait à propos de l'interdiction du mandat impératif. *Le droit à des élections à intervalle raisonnable*, IN DEBARD Thierry et ROBBE François (Dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, op. cit., pp. 62-63.

[2291] Ibid., p. 66.

[2292] Ainsi, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a précisé que ce critère devait « *s'apprécier à la lumière de l'objet de ces élections et n'être ni trop court, ce qui interdirait la réalisation d'une politique cohérente, ni trop long, ce qui risquerait de ne plus assurer la concordance de la représentation parlementaire avec* les aspirations dominantes des électeurs », Com. EDH, 11 septembre 1995, JAN TIMKE C. ALLEMAGNE. Nous soulignons.

relié à l'existence d'une responsabilité politique[2293]. C'est pourquoi, il est nécessaire d'analyser ce droit à la lumière du régime d'incompatibilité fixé par la Constitution. Ainsi, alors que rien n'interdit *a priori* à un ministre désavoué lors d'élections nationales de conserver ses fonctions, la pratique, à défaut d'être coutumière, oblige les ministres à démissionner[2294]. Dès lors constate-t-on que la remise en jeu du mandat à intervalles réguliers induit une sorte de responsabilité politique du gouvernant devant l'électeur que Pierre AVRIL qualifie de « *macro-responsabilité* », entendue donc comme « *un mode de régulation caractéristique des sociétés contemporaines* »[2295].

L'onction du suffrage universel apparaît également comme un moyen pour l'élu de rechercher, contre la décision de justice non encore définitive, l'onction du peuple. Ceci explique que certains auteurs ont pu voir dans l'élection une sorte de cassation des décisions de justice[2296]. On peut toutefois voir là une regrettable politisation de la responsabilité pénale des gouvernants. En effet, « *si les électeurs constituent « l'unique principe de légitimité », c'est en matière de responsabilité politique que ce principe peut jouer et s'il peut investir l'élu d'un pouvoir politique, il ne saurait l'absoudre de sa responsabilité pénale, les deux domaines étant définitivement distincts* »[2297]. Reste que l'opinion publique était née comme une force suppléant à la défaillance du système électoral, à son incapacité à traduire une volonté politique, et que le processus s'est inversé pour aujourd'hui traiter de l'élection comme une des formes d'expression de l'opinion publique[2298].

Sous-Paragraphe 2. De la nécessité « d'éclairer » l'opinion publique

[2293] Ainsi, certains commentateurs ont pu affirmer qu'il « *serait préférable de déduire l'exigence de périodicité raisonnable des élections, tout simplement et très directement cette fois, du caractère démocratique de la République affirmé par l'article 1er de la Constitution. La pertinence de ce fondement s'impose d'évidence sans qu'il soit besoin d'insister sur les liens consubstantiels qui unissent la démocratie à l'organisation périodique d'élections libres* », Jérôme ROUX, *Le Conseil constitutionnel et la modification du calendrier électoral de l'année 2002 (Á propos de la décision n°2001-444 DC du 9 mai 2001)*, RDP, n°6-2001, p. 1245.

[2294] Jean-Pierre MACHELON cite ainsi les exemples de René PLEVEN et de Maurice SCHUMANN qui, battus aux élections législatives de 1973, démissionnèrent de leur poste ministériel, *La responsabilité politique dans les démocraties contemporaines*, IN *La responsabilité en droit public : aspects contemporains*, op. cit., p. 111. Plus récemment l'exemple d'Alain JUPPÉ vient confirmer cette convention de la Constitution.

[2295] *Trois remarques à propos des réquisitions du ministère public dans l'affaire du sang contaminé*, RDP, n°2-1999, p. 398.

[2296] Philippe CHRESTIA, *Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société*, RDP, n°3-2000, p. 756.

[2297] Ibid., p. 758.

[2298] « *Les dirigeants qui ont favorisé le climat de désinvolture et de mépris vis-à-vis des conventions internationales et des droits de l'homme doivent être contraints à démissionner ou être battus lors des prochaines élections. Ce que font les tribunaux est très important mais ce que font les gens est beaucoup plus important* », Michael WALZER, *Pour une sanction par les urnes*, Le Monde, 18 mai 2004.

L'appel à une responsabilité devant l'opinion publique peut toutefois se concevoir en dehors du cadre électoral car il ne peut s'agir « *de la modalité centrale du contrôle des gouvernants* »[2299]. Il s'agirait, par exemple, d'exposer l'éventuelle impéritie des ministres sur la place publique. Le but serait d'éclairer l'opinion publique pour qu'elle écarte de la scène politique les anciens dirigeants qui, par incompétence, se seraient mal conduits[2300]. Ainsi, en Angleterre, la notion d'*accountability*, voisine de celle de *responsibility*, permet de concevoir un rapport entre l'élection et l'exercice du mandat, grâce auquel, notamment, les élus « *ont l'obligation de rendre compte de l'usage qu'ils font de la confiance ainsi accordée* »[2301]. L'opinion publique apparaît alors comme un palliatif aux insuffisances des mécanismes institutionnels de la mise en cause de la responsabilité politique. En effet, « *là où le système électoral ne joue – et n'a pas vocation à jouer – un rôle de courroie de transmission entre l'univers politique local et la vie des institutions centrales, il ne faut pas s'étonner de voir l'opinion publique occuper une certaine place. Sculptée par la légitimité institutionnelle, l'opinion n'est pas une réalité étrangère aux institutions centrales. Elle se présente ici comme le fruit d'un travail commun à la base électorale et à ses représentants* »[2302]. En d'autres termes, dans une démocratie d'opinion, la discussion des affaires publiques est accompagnée d'une grande publicité, considérée ici par HAURIOU comme « *le plus efficace des moyens de contrôle* »[2303].

[2299] Marie-Claire PONTHOREAU, *Pour une réforme de la responsabilité politique du Président de la République française*, op. cit., p. 311. Notamment dans le cas du Président, puisque la mise en jeu de la responsabilité dépend « *exclusivement de celui qui accepte de la mettre en jeu* » et peut donner lieu « *à une pratique plébiscitaire très éloignée des impératifs d'une démocratie constitutionnelle* », ibid., pp. 311-312.

[2300] Contra. Philippe SÉGUR, *Qu'est-ce que la responsabilité politique ?*, RDP, n°6-1999, pp. 1599-1624. L'auteur estime que l'idée d'une responsabilité politique « posthume », devant l'opinion publique, n'est pas défendable. En effet, « *si elle était admise, cela reviendrait, par un raisonnement téléologique, à définir la responsabilité politique par les effets que l'on souhaite lui voir produire. Ce serait oublier que la responsabilité politique repose dans son essence même sur la nécessité d'introduire un rapport d'identité entre les gouvernants et la volonté nationale. Or, pour cette raison, elle ne peut exister qu'en temps réel et ne saurait avoir lieu après coup. Il n'y a de responsabilité politique qu'au moment où le gouvernement est en place, au moment où le divorce est organiquement possible* », p. 1610. Dans le même sens, Jean-Marc FÉVRIER souligne que « *l'élection est sans conséquences sur la situation de l'autorité en place, elle se borne à permettre son remplacement.* […] *La responsabilité politique ne concerne donc u'une autorité en exercice, ce qui exclut la possibilité de la faire jouer a posteriori, la sanction étant ici impossible* », *L'axiologie de la responsabilité politique*, IN SÉGUR Philippe (Dir.), *Gouvernants : quelle responsabilité ?*, op. cit., p. 223.

[2301] Pierre AVRIL, *Responsabilité et accountability*, op. cit., p. 90.

[2302] Denis BARANGER, *Le parlementarisme des origines*, op. cit., p. 361.

[2303] Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit. : « *la publicité empêche les abus et oblige les organes gouvernementaux à accomplir correctement leur fonction ; la publicité est le plus efficace des moyens de contrôle, ce n'est pas que le public soit capable d'engendrer la moralité, mais il en est un sûr gardien en vertu de la maxime que si l'art est difficile, la critique est aisée* », p. 161.

Dès lors, dans une telle approche, le système représentatif devient le médiateur privilégié des aspirations du peuple au contrôle des gouvernants[2304]. On peut résumer cette représentation libérale et moderne de la responsabilité à travers la formule de Jeremy BENTHAM : « *l'œil du public rend vertueux l'homme d'État* »[2305]. Une telle conception nous oblige néanmoins à ne pas définir la règle de droit au seul regard de la sanction, et plus précisément de la sanction juridictionnelle. Ainsi que le rappelle Olivier BEAUD, « *la responsabilité politique ne ferait que se rapprocher de ce modèle dans la mesure où, bien que ne pouvant pas s'appuyer sur ce type de sanction, elle connaît une sanction « juridiquement » encadrée par des formes parlementaires* »[2306]. Ainsi doit-on concevoir une règle de droit qui reposerait, non seulement pour sa définition, mais également pour son efficacité, sur la sanction populaire. Celle-ci émane de manière diffuse et informelle des membres de la population. Ainsi, si elle n'est pas la plus palpable des sanctions, elle n'est pas la moins efficace. Il s'agit donc de réhabiliter la responsabilité politique en mettant en avant cette « obligation de répondre » qui pèse sur les gouvernants. Chez BENTHAM, la sanction populaire était nécessairement dispensée par le Tribunal de l'opinion publique, pensé comme une véritable juridiction composée de tous les membres de la société rassemblés[2307]. Dès lors, comme le souligne Guillaume TUSSEAU, « *ce tribunal est conçu comme une instance d'appel des décisions des autorités, sur le fondement de l'intérêt du plus grand nombre. Il reçoit des plaintes, organise un débat entre défense et accusation, recherche des preuves, se forme une opinion, émet enfin un jugement qu'il diffuse et exécute. Alors que les fonctionnaires disposent de la sanction juridique, le Tribunal de l'opinion*

[2304] Benjamin CONSTANT voit ainsi dans le principe de la responsabilité un moyen de sanctionner des « *ministres coupables* », mais aussi celui « *d'entretenir dans la nation, par la vigilance de ses représentants, par la publicité de leurs débats, et par l'exercice de la liberté de la presse, appliqué à l'analyse de tous les actes ministériels, un esprit d'examen, un intérêt habituel au maintien de la Constitution de l'État, une participation constante aux affaires, en un mot un sentiment animé de la vie politique* », *Principes de politique,* Chap. IX, IN *Œuvres*, Paris, Gallimard, Coll. Pléiade, 1957, p. 1140 ; cf. Lucien JAUME, *Le concept de « responsabilité des ministres » chez Benjamin Constant*, RFDC, n°42-2000, pp. 227-243.

[2305] Citée par Olivier BEAUD, *La contribution de l'irresponsabilité présidentielle (…)*, op. cit., p. 1560. En d'autres termes, en insistant sur la révocabilité immédiate des gouvernants, BENTHAM « *met en présence un gouvernement qui sait tout de la société, et une société qui sait tout de l'activité des gouvernants. Elle* [sa théorie politique] *procède donc à une universalisation du panoptisme au plan métaphorique* », Guillaume TUSSEAU, *Sur le panoptisme de Jeremy Bentham*, op. cit., p. 13.

[2306] Olivier BEAUD, *L'affaire du sang contaminé*, op. cit., p. 158.

[2307] « *Le Tribunal de l'opinion publique opère dans une certaine mesure comme le principe du Panopticon. Il essaie d'agir comme l'œil qui voit tout, projetant son regard critique et réformateur sur l'ensemble du spectre de l'activité gouvernementale (c'est à dire publique)* », Frederik ROSEN, *Jeremy Bentham and Representative Democracy. A study of the constitutional code*, p. 111, cité par Guillaume TUSSEAU, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel. Une approche de l'utilitarisme juridique*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 265.

publique manie la sanction populaire »[2308]. Or, on sait que la juridicisation de cette responsabilité des gouvernants devant l'opinion publique ne prend pas nécessairement la forme de la destitution du pouvoir[2309]. Ainsi en est-il notamment des questions au gouvernement et des commissions d'enquête, qui ne débouchent pas nécessairement sur des sanctions radicales, mais qui relèvent quand même de la responsabilité politique *lato sensu*[2310].

Paragraphe 2. Contrôle parlementaire et espace public

Le parlementarisme n'est pas autre chose que « *le gouvernement par des ministres responsables. Deux règles suffiraient à le résumer : le Gouvernement gouverne, le Parlement contrôle* »[2311]. Dès lors peut-on souscrire à l'opinion de Léo HAMON selon laquelle le droit au contrôle reconnu au Parlement est un principe que « *le Conseil constitutionnel a tenu à poser, non par référence à une disposition précise de la Constitution, mais par rapport à son esprit général, celui du régime parlementaire* »[2312]. L'un des différents moyens prévus par le droit constitutionnel consiste alors en la création de commissions d'enquête parlementaires[2313] (**Sous-Paragraphe 1**). Néanmoins, malgré son succès croissant[2314], la commission d'enquête parlementaire ne doit pas être vue

---

[2308] *Sur le panoptisme de Jeremy Bentham*, op. cit., p. 56. Cette idée fut reprise par Pierre BOURDIEU qui prônait « *un état du monde politique où les responsables politiques sans cesse placés sous le regard de tous, à découvert, seraient contraints d'instaurer cette forme de démocratie directe que rendent possible, paradoxalement, la transparence et l'ouverture du champ politique assurées par un usage démocratique de la télévision* », *Hommes politiques, médias, citoyens. La vertu civile*, Le Monde, 16 septembre 1988.

[2309] Olivier BEAUD parle quant à lui de « *formes mineures* », *L'affaire du sang contaminé*, op. cit., p. 160.

[2310] Contra Philippe SÉGUR, pour qui étendre la responsabilité politique au contrôle-information (c'est-à-dire un contrôle détaché de toute sanction strictement encadrée sur le plan juridique) ne fait que déplacer la difficulté. « *L'information parlementaire dont on appelle la modernisation au titre de la responsabilité politique ne pouvant plus se justifier par les arguments de la théorie constitutionnelle, on invoque implicitement un impératif de justice.* […] *Or, cette justice s'avère distributive et morale, puisqu'il s'agit en fin de compte de faire peser sur les ministres une responsabilité non plus juridique, mais de nature sociologique à raison de leurs manquements : à « mauvais ministre » « blâme public », en quelque sorte, et, si possible, désapprobation populaire* », *Qu'est-ce que la responsabilité politique ?*, op. cit., p. 1618.

[2311] René CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, op. cit., p. 10.

[2312] Note sous la décision n°64-27 DC du 18 décembre 1964, LOI DE FINANCES POUR 1965, D., 1966, p. 19.

[2313] Il convient de préciser ici que certaines propositions sont parfois avancées afin de restaurer l'institution parlementaire comme lieu où s'exprime le jugement public. Marie Claire PONTHOREAU suggère par exemple la réécriture de l'article 18 qui obligerait le Président à lire lui-même ses messages au Parlement. Cet exercice du droit de message serait obligatoire, à la fin de chaque session ordinaire, et donnerait lieu à débat avec questions, chaque groupe disposant du même temps de parole, *Pour une réforme de la responsabilité politique du président de la République française*, op. cit., p. 320.

[2314] Ainsi, suite à la canicule qui a frappé la France pendant l'été 2003, une commission d'enquête a rendu ses conclusions le 25 février 2004, sous les pressions notamment de l'opposition ; ainsi de François Hollande qui, interrogé sur la démission du directeur général de la santé Lucien ABENHAÏM, déclarait qu'on

comme la panacée démocratique, la solution miracle aux blocages institutionnels empêchant la mise en œuvre d'une responsabilité politique du gouvernement effective (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Commissions d'enquête parlementaires et opinion publique

La concomitance entre l'émergence des commissions d'enquête parlementaire dont l'objet est de recueillir des informations dans le but d'éclairer la Nation, et l'avènement du régime parlementaire n'est pas surprenant. Il ressort en effet clairement de l'histoire constitutionnelle que l'une des justifications avancées pour la création de ces commissions réside dans l'existence d'une responsabilité ministérielle qui serait politique et non uniquement pénale[2315]. Ainsi que le souligne le député MARTIN (du Nord) dans son rapport présenté à la chambre le 10 avril 1832 à propos de l'affaire Kessner, « *le droit d'enquête que la Chambre a exercé, personne n'a eu la prétention de le lui contester* […]. *Il faut qu'on se pénètre bien de cette vérité que les droits et les devoirs de la Chambre ne se bornent pas à étudier les vœux et les besoins de la France, à lui donner les lois ou à fixer ses impôts, il faut qu'on sache aussi qu'un désordre grave ne peut pas signaler un vice dans l'administration sans que la représentation nationale ne s'en inquiète, porte un regard scrutateur sur les causes du mal, et révèle le résultat de ses investigations quelles que puissent en être les conséquences* »[2316]. Créées en l'absence de toute disposition constitutionnelle, elles témoignent alors de l'émergence d'une responsabilité politique ministérielle devant l'opinion, indépendamment de conflits entre le législatif et l'exécutif, et sont, ainsi que l'avait relevé LOWELL, un instrument majeur du gouvernement de l'opinion publique[2317].

Dans le cadre de la Vème République, les commissions d'enquête parlementaires « sont formées pour recueillir des éléments d'information soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des

---

avait ici affaire à « *un bouc émissaire donné à l'opinion. On sait que la responsabilité est forcément politique* », Le Monde, 20 août 2003, p. 8.

[2315] Ainsi le député VAUBLANC, alors qu'il demandait le 15 mars 1823 la nomination d'un comité spécial qui examinerait l'état du commerce et de l'industrie en se fondant sur les renseignements recueillis dans les bureaux du ministre, précisait-il qu'« *exercer la responsabilité des ministres, c'est les exciter à marcher dans la ligne générale qui nous paraît la plus convenable, c'est les faire marcher dans cette direction avec plus de fermeté et de rapidité. Or, pouvez-vous exercer ce genre de responsabilité en vous assujettissant à ne connaître absolument que ce qui vous est présenté par les ministres ou par leurs agents, sans pouvoir établir de comparaison ?* », AP, T. XXXVIII, pp. 664-666, cité par Alain LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire (…)*, op. cit., p. 319.

[2316] Cité par Eugène PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, op. cit., T. I, p. 678, note 1. KESSNER était un caissier du Trésor qui avait procédé à des détournements de fonds. La commission avait dès lors pour objectif de s'interroger sur la responsabilité de son supérieur hiérarchique, le ministre des Finances Joseph Dominique LOUIS.

[2317] *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, op. cit., pp. 253-254.

services publics ou des entreprises nationales en vue de soumettre leurs conclusions à l'assemblée qui les a crées »[2318]. Leur création est décidée par l'assemblée en séance publique à partir d'une proposition de résolution déposée par un de ses membres. Le fait que les commissions d'enquête parlementaires soient dépourvues de fondement constitutionnel témoigne certes d'une volonté de rompre avec les excès du Parlement sous les régimes précédents, et plus particulièrement en ce qui concerne le droit au contrôle[2319], mais une prise en compte effective du contrôle qu'exerce le peuple, par ses représentants, sur le gouvernement, son Administration, et l'ensemble des questions intéressant la Nation semble suivre les réformes de ces dernières années. Ainsi, les lois du 19 juillet 1977 et du 20 juillet 1991 viennent également réformer l'article 6 de l'ordonnance de 1958 en octroyant de réels pouvoirs de contrainte aux commissions d'enquête : auditions de témoins (qui doivent comparaître et prêter serment), communication de tous les documents de service, envoi de questionnaires aux personnes susceptibles de détenir des informations intéressant ses investigations, droit de prendre connaissance des constatations et observations de la Cour des comptes, désignation de rapporteurs qui peuvent exercer leur mission sur pièces et sur place. Surtout, les assemblées ont adopté progressivement des politiques de communication « *qui ont pour objet une meilleure information du citoyen et contribuent donc à sa participation. Il y a une véritable démocratisation des travaux de la commission d'enquête, tant du fait de la publicité du rapport que de sa diffusion* »[2320]. Interdite par la version originelle de l'ordonnance du 17 novembre 1958, la publication du rapport est devenue la règle avec la loi du 19 juillet 1977[2321]. La diffusion du rapport dans la société civile contribue indéniablement à la démocratisation du contrôle des commissions

[2318] Article 6 de l'ordonnance 58-1100 du 17 novembre 1958, modifiée par les lois 77-807 du 19 juillet 1977 et 91-698 du 20 juillet 1991.

[2319] Le Comité VEDEL, s'inspirant notamment du modèle allemand où la Loi fondamentale prévoit que le Bundestag a l'obligation de constituer une commission d'enquête parlementaire si un quart de ses membres en fait la demande, proposait de constitutionnaliser les commissions d'enquête parlementaire et d'ouvrir leur création à la minorité parlementaire. *Propositions pour une révision de la Constitution*, Paris, La Documentation Française, Collection des Rapports Officiels, 1993, p. 63.

[2320] Élisabeth VALLET, *Les commissions d'enquête parlementaires (…)*, op. cit., p. 273.

[2321] L'article 6-III de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 dispose ainsi que « sera puni des peines prévues à l'article 226-13 du Code pénal toute personne qui, dans un délai de trente ans, divulguera ou publiera une information relative aux travaux non publics d'une commission d'enquête, sauf si le rapport publié à la fin des travaux de la commission a fait état de cette information ». On peut noter que, sous l'impulsion de la jurisprudence du Conseil d'État, seuls les documents servants exclusivement à l'élaboration du rapport de la Commission échappent à l'obligation de communication concernant les actes administratifs. Cf. CE, 3 juillet 2006, MINISTRE DE L'INTÉRIEUR C. FÉDÉRATION CHRÉTIENNE DES TÉMOINS DE JÉHOVAH DE FRANCE, note de Bénédicte DELAUNAY, AJDA, n°29-2007, pp. 1603-1607, précitée. Cf. supra.

d'enquête. Et ce d'autant plus que certaines commissions n'hésitent pas à donner à leurs travaux une publicité plus large en utilisant les moyens modernes de communication tels que les moyens audiovisuels, la télématique ou l'édition[2322]. La récente commission d'enquête parlementaire relative à l'affaire d'Outreau a néanmoins stigmatisé les tensions qui peuvent exister entre l'impératif d'information, notamment au moyen du médium audiovisuel, et le « *respect des principes fondamentaux de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire* »[2323]. Le choix du huit clos, sauf requête expresse[2324], a contrasté avec l'audition télévisée du juge d'instruction Fabrice Burgaud qui a réuni plus de cinq millions de téléspectateurs, contribuant à l'idée que la puissance de la télévision renforçait ici la mission de contrôle du Parlement[2325].

[2322] Ainsi, la commission de contrôle sénatoriale sur la mise en place et le fonctionnement de Schengen a accompagné son rapport écrit d'une cassette audiovisuelle illustrant ses travaux tandis que le rapport de la Commission de contrôle chargée d'examiner les modalités d'organisation et les conditions de fonctionnement des services relevant de l'autorité judiciaire (*Justice sinistrée : démocratie en danger*, 1991) était publié par un éditeur peu de temps après la parution officielle du rapport parlementaire. Exemples cités par Élisabeth VALLET, ibid., p. 274. Il faut attendre le 8 février 1996 pour que soit organisé un débat, en vertu de l'article 143 al. 2 du Règlement de l'AN, relatif aux conclusions d'une commission d'enquête sur les sectes.

[2323] Avis du CSM du 16 février 2006. Dans un avis du 16 décembre 2005, le CSM avait toutefois rappelé que « *compte tenu de l'extrême complexité de l'acte de juger, le Conseil souhaite qu'à l'occasion de cette enquête parlementaire une information publique sur les processus d'élaboration des décisions judiciaires permette de renforcer la confiance dans la justice. Celle-ci, dans une démocratie, ne peut être rendue que dans la clarté et dans la sincérité* ».

[2324] Ainsi que le souligne Philippe HOUILLON, rapporteur de la commission d'enquête et président de la Commission des lois, « *cette ouverture à la presse ne saurait pas plus être assimilée à une séance publique accessible à tout un chacun qu'à une quelconque confrontation directe entre les protagonistes de l'affaire. Seuls les journalistes accrédités pourront suivre les débats* […]. *C'est en respectant le droit à l'expression, la dignité de chacun et en veillant à travailler à l'abri des passions que* [la commission d'enquête] *assumera au mieux la tâche qui lui a été confiée* », *Outreau : le choix de la méthode*, Le Monde, 10 janvier 2006.

[2325] La diffusion audiovisuelle en Belgique des travaux de la commission d'enquête relative à l'affaire Dutroux a permis à la Cour européenne des droits de l'homme de préciser l'importance de cette nouvelle forme de publicité : la retransmission des audiences tenues par la commission « *a permis tous débats, commentaires et diffusion d'informations et d'idées sur le sujet. Le public avait pu, de visu et auditu, prendre connaissance de nombre d'informations sur la question y compris sur le dossier remis par la juge et les notes y figurant, un sujet abordé lors de la troisième audition de la juge. La presse n'avait d'ailleurs pas manqué de les commenter amplement. La retransmission intégrale en direct des audiences tenues par la Commission d'enquête avait permis à l'ensemble du public d'être pleinement informé à cet effet* ». Dès lors, la publication *a posteriori* des notes qu'une juge d'instruction avait préparées en vue de son audition devant la commission d'enquête sur la manière dont l'enquête dans ses volets policiers et judiciaires a été menée ne peut plus être considérée comme apportant au débat public une contribution primordiale, CEDH, 9 février 2007, LEEMPOEL & SA ED CINÉ REVUE C. BELGIQUE, § 76.

Toutefois, les commissions d'enquête parlementaires peuvent se voir concurrencées par d'autres formes d'enquête, et notamment les missions parlementaires[2326]. La mission d'information a pour objet, au titre de l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale, d'informer l'Assemblée et le Conseil constitutionnel a exclu clairement que cette acquisition d'information soit une forme de contrôle en déclarant que les dispositions de l'article 145 étaient conformes « *pour autant qu'elles n'attribuent aux commissions permanentes* [et aux missions d'informations qui en sont issues] *qu'un rôle d'information* […] *contribuant à permettre à l'Assemblée nationale (ou au Sénat) d'exercer pendant les sessions ordinaires et extraordinaires son contrôle sur la politique du gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution* »[2327]. Favorisée par un régime juridique plus souple[2328], la mission d'information parlementaire est un instrument d'investigation prisé par les parlementaires et qui se pose en véritable alternative à la commission d'enquête. Ainsi, alors que le Président de l'Assemblée Nationale se déclarait favorable à une commission d'enquête parlementaire sur les causes et les conséquences de la canicule, son propre camp semblait lui préférer la voie de la mission parlementaire[2329]. En outre, les travaux d'une mission d'information sont, en théorie, faciles d'accès puisque selon l'article 21 du règlement du Sénat la publication du rapport est libre[2330]. Néanmoins, malgré le succès de certaines missions d'information[2331], on ne peut que regretter le développement des missions d'information au détriment des commissions d'enquête parlementaires. Ainsi, de par son objet même, la mission n'a pas pour objectif « *de rechercher d'éventuelles responsabilités et d'identifier d'hypothétiques*

[2326] Jean-Christophe VIDELIN, *La mission d'information parlementaire*, RFDC, n°40, 1999, pp. 699-723.

[2327] Décision n°59-2 DC des 17, 18, et 24 juin 1959, RÈGLEMENT DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE, Rec., p.58, confirmée par la décision n°90-275 DC du 6 juin 1990, RÉSOLUTION MODIFIANT L'ARTICLE 145 DU RÈGLEMENT DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE, Rec., p. 67. La référence au Sénat, qui ne peut pas renverser le gouvernement, impose l'interprétation d'un contrôle « *au sens faible* », compris comme uniquement informatif, Fabrice LEMAIRE, *Les missions d'information : une inutilité parlementaire ?*, RRJ, n°4-2000, pp. 1522.

[2328] Cf. Jean-Christophe VIDELIN, *La mission d'information parlementaire*, op. cit., pp. 704-708. On peut ainsi souligner que, d'une part, même si elle ne peut être permanente, la mission n'a pas de durée prédéterminée, et que, d'autre part, la mission d'information n'est pas interrompue ou même abandonnée, malgré l'ouverture d'une information judiciaire.

[2329] « *Une commission d'enquête a toujours tendance à aller fouiller dans les responsabilités. Laissons à la commission des affaires sociales le soin de diligenter une mission d'information, qui pourra se mettre au travail de suite* », Jacques Barrot, président du groupe UMP, Le Monde, 27 août 2003.

[2330] A contrario, l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale prescrit une autorisation pour que le rapport soit publié.

[2331] Cf., Paul QUILÈS et Bertrand CAZENEUVE, *Enquête sur la tragédie rwandaise*, Mission d'information, Assemblée nationale, Commission de la défense nationale et des forces armées, Commissions des Affaires étrangères, rapport d'information n°1271, 15 décembre 1998, T. I, Vol. I, p. 16.

coupables »[2332]. Ce qui peut apparaître comme un moyen louable d'éviter la criminalisation de la responsabilité politique s'avère en fait le plus souvent une tentative détournée pour protéger l'exécutif. En effet, la mission d'information ne peut être qu'un moyen limité de l'investigation parlementaire du fait d'une dépendance du Parlement vis-à-vis du Gouvernement pour obtenir des informations. Dès lors, même lorsque « *la mission d'information constitue un subterfuge commode et efficace, elle n'est pas à l'abri de toute critique, puisque indépendamment des pouvoirs nominaux qui lui sont reconnus, son efficacité est liée en grande partie à l'attitude que peut prendre l'exécutif à son égard* »[2333].

Sous-Paragraphe 2. Les commissions d'enquête parlementaires, un instrument de contrôle perfectible

Malgré leur indéniable intérêt, les commissions d'enquête restent un outil imparfait. Deux critiques majeures semblent se distinguer. Tout d'abord, « il ne peut être créé de commissions d'enquête sur les faits ayant donné lieu à des poursuites et aussi longtemps que ces poursuites sont en cours »[2334]. Qualifiée de « *règle anachronique* » par Olivier BEAUD[2335], cette règle se voit justifiée par le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire posé par l'article 64 de la Constitution[2336]. Pourtant, cette dissociation entre le contrôle judiciaire et l'enquête parlementaire n'existait pas lors des premières commissions d'enquête[2337]. C'est pourquoi le

---

[2332] Evelyne GUILHEM, Jean-François MATTEI, *De la « vache folle » à la « vache émissaire »*, Mission d'information commune, Assemblée nationale, Rapport d'information, n°3291, T. I, 15 janvier 1997, p. 11.

[2333] Christian BIDÉGARAY et Claude EMERI, *Vie et droit parlementaire*, RDP, 1973, p. 1708.

[2334] Article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 ; Art. 141 du règlement de l'AN. Á titre d'exemple, on peut mentionner le refus de créer une commission d'enquête parlementaire sur les conséquences de l'exposition à l'amiante, alors même qu'il aurait été opportun que la représentation nationale examine ce qui appert comme l'un des drames sanitaires les plus importants de ces dix dernières années, Le Monde, 8 avril 2005.

[2335] *L'affaire du sang contaminé*, op. cit., p. 161.

[2336] « *Il n'est pas concevable, dans l'esprit de la Cinquième République, que l'organe législatif, dont le caractère politique est de surcroît prépondérant, enquête sur des faits qui ont été ou qui sont soumis aux investigations de l'autorité judiciaire* », Élisabeth VALLET, *Les commissions d'enquête parlementaires (…)*, op. cit., p. 254. Néanmoins, l'on peut s'interroger sur le point de savoir si cette interdiction concerne les enquêtes menées par une juridiction internationale. Telle fut notamment l'un des arguments invoqués par Paul QUILÈS au moment de la création d'une mission d'information sur le Rwanda pour justifier de la non-création d'une commission d'enquête parlementaire. L'argument appert fallacieux en ce que le principe de séparation des pouvoirs ne vise en principe qu'à empêcher d'« *empiéter sur la sphère de compétences de la justice française* », Franck LAFAILLE, *La mission d'information parlementaire et le contrôle de l'action gouvernementale*, Droit et défense, n°2-1998, p. 36.

[2337] Ainsi que le rappelle le député Martin (du Nord) dans le rapport sur le « déficit Kessner », « *en se reconnaissant ce droit* [d'enquête], *elle* [la Chambre] *ne s'immisce ni dans l'administration ni dans l'action des*

Comité VEDEL avait suggéré de supprimer cette interdiction et de rendre obligatoire un débat en séance publique, en présence du gouvernement, deux mois plus tard après le dépôt du rapport[2338]. En outre, l'exemple américain souligne la vitalité de cette procédure et la nécessité que le contrôle parlementaire puisse s'exprimer parallèlement à une enquête judiciaire. Ainsi, les récentes auditions de la commission d'enquête sur les attentats du 11 septembre 2001[2339] ou celles de la commission de la défense du Sénat sur les sévices infligés aux détenus de la prison d'Abou Ghraib, en Irak, ont rappelé qu'aux États-Unis le gouvernement est soumis à des procédures de contrôle qui peuvent être rapides et vigoureuses[2340] ; le Congrès a ainsi pratiquement institué « *une forme de responsabilité politique de l'Administration devant lui* »[2341]. Le principe de publicité, propre à la démocratie représentative, semble ainsi assuré et permet de contourner pour certains auteurs le secret de l'instruction[2342].

Ensuite, les commissions d'enquête parlementaires revêtent une dimension politique indiscutable. Ainsi, en France, en raison du fait majoritaire, les commissions permanentes sont dominées sous la Vème République par la majorité parlementaire[2343]. Or, « *la création d'une*

---

tribunaux ; elle laisse au ministère le soin de prendre les mesures qui peuvent garantir sa responsabilité, et elle ne trouble pas la justice dans l'accomplissement du devoir que la loi lui impose de frapper les coupables ; mais elle traduit, à sa barre, porte à la connaissance du pays, flétrit d'une éclatante réprobation les abus, les désordres, les prévarications […] », cité par Eugène PIERRE, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, op. cit., T. 1, p. 678, note 1.

[2338] Code constitutionnel, 2ème Éd., 2001, p. 1424.

[2339] Dont le rapport de 850 pages, rendu public après 10 mois d'investigation le jeudi 24 juillet 2004 et publié par une grande partie de la presse américaine et internationale (Le Monde du 26 juillet 2004), est très critique envers le renseignement américain.

[2340] Les commissions permanentes du Congrès, dont les présidents et les membres sont choisis par le speaker de la chambre des représentants, ont autorité pour convoquer des témoins ou obtenir des documents. Ce pouvoir dit de *subpoena* a pour conséquence qu'une personne citée à comparaître, et qui refuserait de se rendre à cette convocation, serait poursuivie pour outrage, infraction qui peut être sanctionnée par de lourdes peines, y compris pour un ministre. Cf. Jean-Marie CROUZATIER, *Le rôle des commissions d'enquête du Congrès des États-Unis*, RDP, 1975, p. 997. Pour une analyse politiste des auditions de la Commission d'enquête lors de l'affaire de l'Irangate, cf. Albert PALLE, *Le héros, l'opinion et la Constitution. Á propos du colonel North et des institutions américaines*, COMMENTAIRE, n°40, 1987, pp. 695-703.

[2341] Élisabeth VALLET, *Les commissions d'enquête parlementaires (…)*, op. cit., p. 275.

[2342] « *Le secret de l'information !* […] *Dans quelle affaire importante, instruite par la juridiction de droit commun et soulevant la curiosité de l'opinion publique a-t-il donc été si jalousement gardé ? C'est une obligation légale à laquelle il est, dans la pratique, à peu près toujours dérogé.* […] *Il ne faut pas que la justice puisse avoir deux visages, l'un pour les puissants, l'autre pour les misérables. Un régime qui ne craint ni la vérité, ni la pleine lumière, est un régime fort* », propos du rapporteur parlementaire de la commission chargée d'instruire l'affaire Oustric (1931), cité par Olivier BEAUD, *L'affaire du sang contaminé*, op. cit., p. 162.

[2343] La composition des six commissions permanentes de chaque assemblée se fait proportionnellement à la représentation des différents groupes en son sein. Et une commission d'enquête parlementaire est elle-

commission d'enquête […] *résulte du vote d'une proposition de résolution déposée, renvoyée à la commission permanente compétente, examinée et discutée dans les conditions fixées par le règlement* »[2344]. De plus, le gouvernement peut directement, par sa mauvaise volonté, entraver la création d'une commission d'enquête en ne communiquant pas les éléments d'information demandés par le rapporteur de la commission permanente. Néanmoins, si la commission permanente saisie au fond conclut à la création d'une commission d'enquête, la question de la création d'une commission d'enquête est alors soumise à l'Assemblée et le débat inscrit à l'ordre du jour. Toutefois, toute la difficulté réside dans le fait que le gouvernement a la maîtrise de l'ordre du jour. La politisation des commissions d'enquête ne se limite pas à la procédure de création. En effet, il est possible qu'une commission d'enquête soit le lieu de vifs affrontements entre majorité parlementaire et opposition[2345]. Enfin, en se protégeant derrière la raison d'État, le gouvernement peut là aussi entraver la démarche des commissions d'enquête ; ainsi Lionel JOSPIN rappelait-il que « *la création d'une commission d'enquête* […] *est susceptible de mettre en cause l'exercice de la compétence reconnue au gouvernement pour déterminer et conduire la politique de la Nation, et d'avoir, de ce fait, des incidences graves sur le fonctionnement des pouvoirs publics* »[2346]. Cependant, s'il est vrai que « *le contrôle de l'action de l'exécutif a une dimension toujours plus technique, nécessitant une spécialisation des commissions correspondant à la structuration gouvernementale* »[2347], une telle posture semble en voie de disparition. L'Angleterre, dont le système constitutionnel est peu propice à la mise en cause de la responsabilité du Premier Ministre, a ainsi connu une grave crise politique suite à l'affaire Kelly[2348]. Après avoir nié vouloir dévoiler le nom de l'expert en désarmement et « *tromper l'opinion* », Tony Blair a été contraint de

---

même composée d'au moins 12 membres (30 au maximum à l'Assemblé Nationale) désignés à la représentation proportionnelle des groupes parlementaires. On est loin de l'article 44 al. 1 de la Loi Fondamentale allemande qui oblige le Bundestag à accéder à toute demande d'enquête si celle-ci est présentée par un quart de ses membres.

[2344] Article 140, alinéa 2 du règlement de l'Assemblé nationale ; Article 11, alinéa 1 du règlement du Sénat.

[2345] Tel est le cas en Espagne où la commission d'enquête parlementaire chargée de faire la lumière sur les attentats de Madrid du 11 mars 2004 se retrouve être le lieu d'affrontements entre les groupes socialiste et conservateur. Cf. Le Monde des 18-19 juillet 2004.

[2346] Le Monde, 14 janvier 1998, cité par Élisabeth VALLET, *Les commissions d'enquête parlementaires (…)*, op. cit., p. 265-266.

[2347] Jean-Michel BLANQUER, *Un enjeu central : la responsabilité des ministres*, op. cit., p. 266. Cette réserve levée, l'auteur insiste sur le rôle « *décisif* » des commissions d'enquête parlementaire.

[2348] Du nom de l'expert en désarmement au ministère de la défense soupçonné d'avoir informé la BBC que le gouvernement avait délibérément extrapolé sur l'armement irakien pour mieux faire admettre par l'opinion la nécessité d'une intervention en Irak et qui s'était suicidé le 18 juillet 2003.

nommer une commission d'enquête confiée au juge Hutton dont les pouvoirs furent très étendus[2349]. On peut également citer la commission d'enquête espagnole qui a fait suite aux attentats du 11 mars 2004, la commission d'enquête américaine chargée d'examiner les responsabilités de l'Administration dans les attentats du 11 septembre 2001[2350] ou encore la commission d'enquête qui a fait suite à la canicule qui frappa la France à l'été 2003.

Bien que privées de toute possibilité de mettre en cause directement la responsabilité du gouvernement, les commissions d'enquête parlementaires contribuent à instaurer un dialogue utile, susceptible d'engendrer des réformes et participent de cette « *tentative de rénover l'image et le rôle du Parlement, dont les travaux de contrôle représentent une fraction essentielle, en prise directe sur les préoccupations des citoyens* »[2351]. La publicité des travaux des commissions d'enquête, la couverture des évènements par les médias, la participation des citoyens, renforcent l'impact du contrôle parlementaire : « *de ce fait, le gouvernement a une obligation politique et morale d'agir. Cette obligation d'agir reste toute relative dans la mesure où le gouvernement a la liberté juridique d'apprécier la nécessité des mesures à prendre* »[2352]. Le « *blâme public* » cher à Olivier BEAUD[2353], c'est à dire la connaissance par le public des éventuelles fautes ou erreurs d'appréciation commises par les gouvernants, peut alors être un moyen utile pour revitaliser la démocratie représentative et faire du Parlement le défenseur du citoyen et de la société civile, pour peu que l'on sache échapper au piège de « l'investigation-spectacle »[2354].

[2349] Avec en point d'orgue l'audition du Premier Ministre britannique le 28 août 2003.

[2350] Et ce même si vingt-huit pages du rapport de la commission ont été censurées au nom de la raison d'État….

[2351] *Le Sénat*, Paris, La Documentation Française, 1993, p. 361.

[2352] Élisabeth VALLET, *Les commissions d'enquête parlementaires (…)*, op. cit., p. 276.

[2353] *L'Affaire du sang contaminé*, op. cit., p. 163. Et l'auteur d'ajouter : « *le blâme public ne garantit certes pas la désapprobation populaire. Mais la sanction pénale non plus* », op. cit. p. 164. En ce sens, Olivier BEAUD se rapproche de DUVERGIER DE HAURANNE qui précisait que « *la responsabilité des ministres se divise en responsabilité légale et en responsabilité morale. La première expose à l'accusation, la seconde ne donne lieu qu'à un blâme que les Chambres ont plusieurs manières d'exprimer. L'une et l'autre responsabilité peuvent exiger des enquêtes* », *De l'ordre légal en France et des abus d'autorité*, op. cit., T. I, pp. 112-113, cité par Alain LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France*, op. cit., pp. 319-320.

[2354] « *La décision publique et politique obéit* [sous la pression des médias] *à la « dictature » du rapport et non à la seule expertise technique administrative des structures étatiques pourtant chargées des missions mises au rapport.* […] *La modernité obligeait la République à confier ses promesses démocratiques et son efficacité technocratique à la pesée du rapport* », Alain GARAY, *La République des rapporteurs*, Le Monde, 6 mars 2004.

Sous-Section 2. De l'antagonisme des responsabilités politique et pénale

Denis BARANGER écrit de manière fort à propos que « *la responsabilité est avant tout une revendication puissante du corps social et l'opinion démocratique a réagi à certaines protections abusives reconnues à la puissance publique et à ses agents par une exigence de radicalisation de la responsabilité, au regard de laquelle la simple désapprobation que manifestait la censure parlementaire semblait encore trop modérée* »[2355]. Pourtant, si la criminalisation[2356] doit s'analyser comme la conséquence directe d'une conception trop restrictive de la responsabilité politique, identifiée à tort à sa sanction maximale, la perte de pouvoir, la destitution, elle n'en demeure pas moins l'un des symptômes premiers d'une redéfinition de la démocratie d'opinion (**PARAGRAPHE 1**). Reste que si l'opinion publique semble dans une première approche se satisfaire de cette surpénalisation, celle-ci peut toutefois être appréhendée comme une sorte de régression à l'infini, tant le nombre de crimes privés impunis apparaît grand[2357]. Dès lors, une réflexion éthique ne peut se passer d'une compréhension de l'institutionnalisation de la responsabilité, et notamment de l'effort qui reste à accomplir afin de trouver des catégories juridiques mieux ajustées aux désirs de justice[2358] (**PARAGRAPHE 2**).

Paragraphe 1. La criminalisation de la responsabilité politique

Á l'imitation du droit privé, on essaie de décrire la responsabilité politique des gouvernants comme « une obligation juridique » avec le même lien d'automaticité entre le fait générateur et la sanction, et avec cette même idée de réparation ou de punition. On la présente comme une obligation pour les ministres de « *se démettre dès que leur politique cesse de rallier la majorité des suffrages à la Chambre* »[2359]. Sous l'impulsion de l'opinion publique, on assiste depuis quelques années à un glissement de langage dont témoigne le recours à des mots de plus en plus marqués

---

[2355] *Responsabilité politique*, op. cit., p. 1359.

[2356] Entendue comme « *le processus par lequel on confie à un régime de responsabilité pénale la charge de sanctionner les « fautes politiques » des gouvernants, en entreprenant de les faire entrer dans le cadre des infractions de droit commun existantes* », ibid., p. 1359.

[2357] Cf. Jean KELLERHALS, Noëlle LANGUIN, Gilbert RITSCHARD, Massimo SARDI, *Les formes du sentiment de responsabilité dans les mentalités contemporaines*, RFsociol., Vol. 41, n°2-2000, pp. 307-329.

[2358] L'éthique publique est « *le substrat* » de la responsabilité, « *en désignant l'axiologie de la responsabilité, c'est-à-dire les valeurs qui sont en jeu et que le gouvernant doit respecter* », Denis BARANGER, *Une tragédie de la responsabilité (…)*, op. cit., p. 32.

[2359] René CAPITANT, *La coutume constitutionnelle*, RDP, n°4-1979, p. 965.

du sceau de la morale ou de l'implication personnelle. Dans tous les domaines qui composent l'action publique, la responsabilité devient le maître mot. Or cette responsabilité renvoie désormais moins à l'acte qu'à l'intention (à la responsabilité subjective), qu'aux risques encourus et aux dommages produits (ce qui relève de la responsabilité objective). Cette responsabilité, distincte de la seule imputation, donne lieu à une pénalisation accrue dans tous les domaines. Dès lors, la criminalisation peut s'interpréter comme un véritable brouillage entre responsabilité politique et responsabilité pénale (**Sous-Paragraphe 1**). Devant la volonté, parfois manifeste, des détenteurs du pouvoir politique de se dérober à la responsabilité politique qui pesait sur eux, le législateur, sous la pression de l'opinion publique, a alors estimé qu'une responsabilité de nature pénale était seule susceptible de prendre le relais de la responsabilité politique parlementaire. Cette évolution trouve son apogée dans la réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993 soumettant les ministres au droit pénal commun pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et créant pour les juger une Cour de Justice de la République (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. De la confusion des responsabilité pénale et politique

Aujourd'hui, la responsabilité des gouvernants se trouve diluée dans le cadre de la responsabilité pénale ; c'est en effet au droit pénal que l'on demande de résoudre les questions de responsabilité politique et l'on utilise les procédures pénales à cette fin. « *Mais, fait encore plus inquiétant et corrélatif de ce phénomène, toutes les ressources du droit pénal sont alors utilisées pour poursuivre un combat que l'absence de responsabilité politique ne permet pas de mener. Dès lors, ce sont tous les rapports sociaux qui se trouvent pénalisés* »[2360]. La rationalité pénale moderne[2361] tend alors à devenir une idéologie dominante : se construisant comme un sous-système relativement autonome et différencié des autres sous-systèmes juridiques, le droit pénal va ainsi acquérir une pesanteur sociologique et une énorme force d'attraction culturelle. Les rapports entre le politique et le droit pénal s'en trouvent profondément perturbés : « *dans le système pénal, en raison de sa sémantique propre et de la facilité par laquelle on glisse des normes de comportements aux normes sanctionnatrices, le public est construit aussi comme un critère de détermination et de gestion de*

[2360] Philippe CHRESTIA, *Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société*, op. cit., p. 742.

[2361] Comprise comme « *un réseau de sens ayant une unité propre sur le plan du savoir et influant sur notre façon de construire, voir et justifier une institution spécifique, en l'occurrence le droit pénal* », Alvaro PIRES, *La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique*, sociologie et sociétés, Vol. 33, n°1-2001, p. 181.

la peine afflictive »[2362]. Or, les notions de peine et de sanction ne sont pas conceptualisées de la même façon par les différents sous-systèmes juridiques : « *dire que le droit s'appuie sur des sanctions ou punitions est trivial si l'on n'observe pas comment chaque sous-système théorise et rend opérationnelles leur sanction* »[2363]. Dès lors, on cherche à appliquer à la responsabilité politique, élément-clef du constitutionnalisme, les catégories de pensée introduites et garanties par la rationalité pénale et notamment la notion de peine afflictive[2364]. En d'autres termes, puisque la responsabilité politique n'est pas par essence répressive comme peut l'être la responsabilité pénale[2365], on se devrait alors d'exclure toute autre sanction visant à réaffirmer le droit par une action positive.

Toutefois, il est incontestable que « l*e glissement vers la responsabilité pénale – la criminalisation de la responsabilité des gouvernants – ne s'explique que par l'inexistence d'une responsabilité politique* »[2366]. La première serait donc tendanciellement individuelle et la seconde tendanciellement collective (du moins dans un régime parlementaire). Le brouillage des deux types de responsabilité, pénale et politique, trouve une illustration saisissante à travers la « jurisprudence Bérégovoy-Balladur »[2367] qui consiste dans l'application d'une règle obligeant les ministres à démissionner s'ils étaient mis en examen en cours de mandat ministériel, et ce pour des actes antérieurs ou étrangers à leurs fonctions[2368]. Obliger un ministre à « *abandonner le gouvernement sous la pression de l'opinion publique* »[2369] revient en effet à compléter le contrôle de l'activité politique des gouvernants par un contrôle de leur moralité. En d'autres termes, ainsi que le souligne Guy CARCASSONNE,

---

[2362] ibid., p. 197.

[2363] ibid., p. 197.

[2364] Ainsi que l'avait expliqué HART, la norme pénale juxtapose une norme de comportement dite norme primaire (ne pas faire ceci ou faire obligatoirement cela) et une norme sanctionnatrice ou d'application du droit dite norme secondaire (permettant ou obligeant l'application de la sanction désignée), *Le concept de droit*, op. cit.

[2365] Pierre AVRIL, *Trois remarques à propos des réquisitions (…)*, op. cit., p. 397.

[2366] Olivier BEAUD, *La contribution de l'irresponsabilité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la Vème république*, RDP, n°5/6-1998, p. 1557.

[2367] Bien évidemment, le terme est mal choisi en ce que le mot jurisprudence « *ne doit pas, en toute rigueur terminologique, qualifier une pratique constitutionnelle issue de décisions concordantes des acteurs politiques* », Olivier BEAUD, *Un double regard sur la démission de M. Strauss-Kahn*, RDP, n°6-1999, p. 1586.

[2368] Ont notamment été concernés Bernard Tapie en mai 1992, alors ministre de la ville ; Alain Carignon en juillet 1994, ministre de la communication ; Gérard Longuet en septembre 1994, ministre du commerce extérieur ; Michel Roussin, ministre de la coopération en novembre 1994 ; Dominique Strauss-Kahn en novembre 1999, ministre de l'économie et des finances ; et enfin Pierre Bédier en 2002, secrétaire d'État aux programmes immobiliers de la justice.

[2369] Olivier BEAUD, *Un double regard sur la démission de M. Strauss-Kahn*, op. cit., p. 1591.

« *quiconque entre au gouvernement doit savoir, et accepter, que pèse sur sa fonction, mais pas sur sa personne, une véritable présomption de culpabilité s'il est sérieusement accusé. La femme de César doit être insoupçonnable, les ministres plus encore* »[2370]. Toutefois, sur le plan juridique, l'existence de cette règle peut porter à discussion, tant son caractère coutumier, seul à même de lui donner le caractère d'une règle de droit contraignante, apparaît incertain[2371]. Si « *l'évolution de l'esprit public interdit sans doute de recourir à une procédure dérogatoire* »[2372], et à supposer que l'existence d'une règle coutumière soit établie, celle-ci ne doit pas pour autant bafouer le principe constitutionnel de la présomption d'innocence ou celui de la séparation des pouvoirs. Or, si « *la mise en examen préjuge aux yeux de l'opinion une culpabilité qui reste précisément à établir* »[2373], accepter qu'un ministre démissionne pour des faits extérieurs à ses fonctions revient également à « *accepter que son sort dépende de la décision d'un magistrat de le mettre ou non en examen. C'est donc accepter que l'autorité judiciaire porte un regard sur l'action du gouvernement, voire sur le contexte politique du moment* »[2374]. Á l'évidence, il est donc difficile de ne pas voir là une nouvelle illustration de la pénalisation de la responsabilité politique qui peut s'entendre comme la tentative de mettre en forme une « *responsabilité devant l'opinion politique, forme pour laquelle les mécanismes pacificateurs et régulateurs du droit constitutionnel ne sont pas adéquats* »[2375].

Selon la doctrine, la solution consisterait à confier l'interprétation des faits reprochés au ministre non à un procureur indépendant ou au ministre de la justice, mais à une autorité politique[2376] ; pour autant, il n'est pas certain que la réformation des mécanismes constitutionnels modifie

---

[2370] Guy Carcassonne, *La Constitution*, Paris, Le Seuil, 1999, p. 284.

[2371] La récente entrée en mai 2007 au gouvernement Fillon d'André Santini comme secrétaire d'État à la fonction publique, malgré une mise en examen pour « détournement de fonds publics, faux et prise illégale d'intérêt », confirme notre propos.

[2372] Pierre Avril, *Á propos de la « jurisprudence Bérégovoy-Balladur »*, rdp, n°6-1999, p. 1597.

[2373] Ibid., p. 1597.

[2374] Philippe Chrestia, *Responsabilité politique et responsabilité pénale (…)*, op. cit., p. 771.

[2375] Olivier Beaud, *Un double regard sur la démission de M. Strauss-Kahn*, op. cit., p. 1595. L'auteur précise que la responsabilité du ministre doit être comprise ici comme politique, « *parce que la sanction est typiquement politique (perte du pouvoir)* » et individuelle « *parce que la démission du ministre n'affecte pas l'existence du gouvernement comme organe collégial* », p. 1594.

[2376] Michel Troper préconise par exemple de permettre au Parlement seul d'apprécier les faits en cause, le refus d'une majorité parlementaire pouvant se contourner par l'instauration d'une commission mixte paritaire ou par l'obligation d'obtenir une majorité qualifiée pour refuser l'autorisation de poursuivre, *Les procureurs ne sont pas des juges*, Le Monde, 19 novembre 1999. Pierre Avril, pour sa part, propose une saisine du Premier ministre voire du Président de la République accompagnée d'une suspension de la prescription, *Á propos de la « jurisprudence Bérégovoy-Balladur »*, op. cit., p. 1598.

l'appréciation selon laquelle « *la personnalisation de la responsabilité politique moderne s'est retournée contre ses acteurs, tenus pour responsables des grands dysfonctionnements frappant la gestion étatique de la vie sociale* »[2377]. Il est à penser au contraire qu'une modification de la Constitution ne pourrait qu'aller dans le sens d'un recours accru au droit pénal ainsi qu'en atteste la création d'une Cour spécialement compétente pour juger les ministres.

Sous-Paragraphe 2. La Cour de Justice de la République ou le refus de l'irresponsabilité des ministres

Il est d'évidence que l'instauration de la Cour de Justice de la République conduit à nier la distinction entre ces deux types de responsabilité. Alors même que l'histoire de la responsabilité dans le monde occidental correspond à un remplacement progressif de la responsabilité pénale par la responsabilité politique[2378], on semble assister avec cette Cour au mouvement inverse. Naturellement, ainsi qu'il l'a été souligné par certains auteurs, « *la poursuite de la faute politique remplaçant avec efficacité la stigmatisation plus limitée du crime, il y a dans les deux cas la même préoccupation d'infliger une sanction, de mettre en échec, de rendre un individu justiciable de ses actes* »[2379]. Ici, c'est le besoin d'identification d'une responsabilité personnelle qui a conduit à la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 à créer un nouveau Titre X intitulé « De la responsabilité pénale des membres du gouvernement ». Son inspiration est celle de la mixité dans la mesure où la composition mélange les magistrats professionnels avec des parlementaires. Mais la caractéristique principale des nouveaux articles 68-1 et 68-2 est d'ouvrir le droit de saisine de cette cour et de rendre le plus ordinaire possible le jugement des ministres. Désormais, la responsabilité pénale des membres du gouvernement pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés de délit et de crime, relève de la CJR[2380]. La doctrine a pourtant

---

[2377] Denis BARANGER, « *Responsabilité politique* », op. cit., p. 1360.

[2378] En exhumant la vieille procédure d'impeachment, les Parlements anglais ont permis la création d'une responsabilité politique dont la naissance remonte à la démission collective du cabinet NORTH suite à un simple blâme de la Chambre des Communes en 1782. La responsabilité des ministres, jusqu'alors pénale et individuelle, devenait politique et collective. Cf. Denis BARANGER, *Le gouvernement par la législation. Responsabilité politique et transformation de la fonction législative dans le parlementarisme britannique des origines (1688-1832)*, RDP, n°6-1999, pp. 1625-1643.

[2379] Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie (…)*, op. cit., p. 210. L'ouvrage de référence sur la question est bien entendu la thèse de Denis BARANGER, *Le parlementarisme des origines*, précité.

[2380] La Cour de cassation, à l'occasion de l'affaire CARIGNON, a paru mettre fin à ce que l'on appelait la « théorie de l'indivisibilité des actes ministériels » en reconnaissant des actes « *détachables des fonctions ministérielles* ». La Cour a en effet jugé que « *les actes commis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions sont ceux qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État relevant de ces attributions à l'exclusion des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux* » (Cass. crim., 26 Juin 1995, CARIGNON,

proposé de retenir une autre distinction reposant sur le critère de la nature de l'acte. Ainsi, parmi les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions gouvernementales, on aurait pu distinguer entre les actes illégaux dits de « *criminalité gouvernante* » et qui doivent faire l'objet de poursuites au pénal et, d'autre part, les actes légaux mal employés (les erreurs politiques) qui relèvent de la seule responsabilité politique[2381]. Or, la solution retenue dans l'affaire du sang contaminé démontre que le droit pénal sert de substitut à une responsabilité politique introuvable. Les différentes qualifications retenues témoignent de ce que l'on a recherché celle qui pourrait conduire à la condamnation des ministres pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions. Bien sûr, on peut relever que « *ce procès a au moins eu la vertu de juger ce qui faisait litige, de sortir de l'indécision, et donc de frapper du sceau de la vérité légale l'innocence pénale de deux d'entre ces ministres qui ne demandaient que cela, et n'auraient jamais acquis autrement les moyens de reprendre le cours de la vie publique à laquelle ils pouvaient aspirer* »[2382]. Mais une telle incise néglige le fait que, si la commission d'instruction de la CJR a finalement renvoyé les trois ministres pour « homicide involontaire par manquement à une obligation de sécurité et de prudence imposée par la loi », c'est *in fine* au nom d'un jugement sur la pertinence des choix politiques du gouvernement. Comme l'affirment certains auteurs, « *la référence à l'article 21*[2383] *de la Constitution*

Bull. crim., n°235, p. 646). Et dans l'affaire Noir, la Chambre criminelle a jugé que la compétence de la Cour de justice ne « *pouvait s'étendre aux actes qui ne sont commis, par des ministres, qu'à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions* » (Cass. crim., 6 Février 1997, Noir, jcp 1997, I, n°22823, n°707). Cf. Olivier Beaud, *La reconnaissance de la compétence concurrente pour juger des ministres,* d., 1998, Chron., pp. 177-182. Pour une confirmation de ces jurisprudences, voir aussi Cass. crim., 16 Février 2000, note de Valentine Bück, d., n°8-2001, pp. 660-663. Il est notable que la Commission d'instruction de la cjr a elle aussi adoptée cette jurisprudence, puisque dans un arrêt d'incompétence rendu le 10 novembre 1999, elle a estimé que « *les actes reprochés à Michel Noir ne relèvent pas de la compétence de la Cour de Justice de la République, telle que fixée par l'article 68-1 de la Constitution : que cette compétence ne s'étend pas aux actes qui ne sont commis, par les ministres, qu'à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions* ». Il n'en demeure pas moins que la modification par le juge pénal de sa jurisprudence antérieure peut apparaître anachronique au regard de la révision constitutionnelle de 1993, et ce d'autant plus qu'elle a consacré une définition restrictive de la notion d'actes accomplis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions. Pour un commentaire sur cette évolution, cf. Jean Rossetto, *Á propos de la responsabilité pénale des membres de l'exécutif sous la V*ème *République : l'indispensable responsabilité politique*, Mélanges Avril, op. cit., pp. 401-415.

[2381] Telle est la distinction qu'opère Olivier Beaud, *Le sang contaminé*, op. cit., p. 91. Les actes illégaux désignent des conduites délictueuses qui ont une incidence directe sur le fonctionnement des pouvoirs publics tels la corruption, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, les usages illégitimes de la violence publique, les écoutes téléphoniques illégales, etc.

[2382] Denys de Béchillon, *L'imaginaire banal de la responsabilité*, critique, n°642, 2000, p. 1000. Dans le même sens, Olivier Cayla souligne qu'il « *n'est pas politiquement si inutile aux gouvernants de pouvoir être juridiquement lavés de tout soupçon* », *La Constitution du constitutionnaliste*, op. cit., p. 960.

[2383] L'arrêt du 9 mars 1999 de la CJR dispose ainsi que « *les griefs invoqués par l'arrêt de renvoi à l'encontre de Laurent Fabius ne portent que sur son comportement en qualité de premier ministre* » et que « *selon l'article 21 de*

montre que c'est la responsabilité politique de Laurent Fabius qui est en cause et l'on ne voit pas alors pourquoi celle-ci relèverait de la CJR, compétente pour connaître de faits commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions certes, mais qui relèvent de leur responsabilité pénale en vertu de la Constitution »[2384].

Comment comprendre cette décision si ce n'est par la volonté des citoyens d'« élire » la juridiction judiciaire comme un moyen d'action politique : la procédure inquisitoire, qui était pensée comme une machine de guerre pour protéger le Prince des classes dangereuses, de l'Étranger, est donc progressivement devenue un système qui se retourne contre le Prince[2385]. Ainsi, alors qu'elle « *devrait être réservée exclusivement à des affaires graves, mettant en cause la probité ou les devoirs fondamentaux d'un ministre* »[2386], la Commission d'instruction de la CJR, suivie en ce sens par la Cour de cassation, n'a pas hésité à se reconnaître compétente aux fins de juger la ministre déléguée auprès du ministre de l'Éducation nationale pour des propos diffamatoires qu'elle aurait tenus à l'encontre d'enseignants[2387]. Deux remarques s'imposent alors :

- d'une part, la sanction prend une place déterminante dans le processus démocratique et plus spécifiquement dans le jeu politique. C'est bien la peine afflictive qui communique la valeur de norme de comportement et le degré de réprobation en cas de non-respect. La quantité de mal (norme de sanction) communiquerait le degré d'attachement au bien (norme de comportement honorée). En d'autres termes, « *on suppose que les normes de comportement et de sanction sont (ou doivent être) de la même sorte de devoir être, c'est-à-dire seraient également obligatoires et la sanction pénale devrait, comme le crime, découler d'un acte de volonté qui cherche directement et*

---

la Constitution, il appartient au premier ministre, qui dirige l'action du gouvernement, d'en définir les grandes orientations politiques », RDP, n°2-1999, pp. 334-335.

[2384] Philippe CHRESTIA, *Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société*, op. cit., p. 763. Pour une analyse complète de l'affaire du sang contaminé, nous renvoyons à Olivier BEAUD, *Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice*, RDP, n°2-1999, pp. 419-456. Contra. Philippe CONTE, *Brèves remarques d'un pénaliste*, RDP, n°2-1999, pp. 401-408.

[2385] La tentative des juges d'instruction de démontrer dans l'affaire Clearstream que le Premier Ministre en exercice, Dominique DE VILLEPIN, n'avait pas, alors qu'il était ministre des affaires étrangères, d'habilitation légale ou constitutionnelle à traiter des soupçons de corruption que pouvaient susciter des listings falsifiés témoigne de la tentative de faire échapper les gouvernants à la compétence de la CJR, alors même qu'il ne fait aucun doute qu'est en jeu ici la responsabilité politique du chef du gouvernement, Le Monde, 24 octobre 2006. L'ancien Premier Ministre a toutefois annoncé par la suite ne pas saisir la CJR « *parce que j'estime que je suis comme n'importe quel citoyen, comme un citoyen ordinaire et à partir de là je répondrai à toutes les questions qui me seront posées* », Le Monde, 28 août 2007.

[2386] Diane DE BELLESCIZE, *Cour de Justice de la République et loi sur la presse (Á propos de l'affaire Ségolène Royal)*, LPA, n°192-2000, p. 18.

[2387] CJR, 16 mai 2000, SÉGOLÈNE ROYAL.

intentionnellement à produire le mal (souffrance) »[2388]. Á la souffrance des victimes doit donc répondre la condamnation des responsables[2389].

- d'autre part, la dialectique ami-ennemi, chère à Carl SCHMITT et au cœur du politique, devient alors la grille de lecture du procès pénal mettant en cause des élus : « *qui n'est pas avec les victimes et leurs défenseurs est contre le peuple et pour les ministres* […] *D'où le rôle capital de ceux qui parlent au nom de l'opinion publique, qui la constituent en même temps qu'ils la font parler. Ce sont eux qui ont véritablement joué ce rôle d'« accusateurs publics », et, dans une certaine mesure, concurrencèrent le ministère public, dépossédé de facto du monopole de l'accusation : accusation au nom du peuple versus accusation au nom de l'État* »[2390]. Dès lors, un tel mouvement de criminalisation traduit sans aucun doute une demande de responsabilité, qui, faute de *vrais* coupables, tend à remonter au plus haut, ce qui devient absurde quand on connaît les modes réels de décision[2391]. En d'autres termes, pensée comme une réponse à une demande sociale forte, la criminalisation de la responsabilité politique se présente ainsi comme la nouvelle face de la justice d'opinion, forme particulière de la justice populaire[2392].

Paragraphe 2. La conciliation des responsabilités politique et pénale : nécessité ou impossibilité ontologique ?

[2388] Alvaro PIRES, *La rationalité pénale moderne (…)*, op. cit., p. 186.

[2389] Pour autant, il convient de mentionner que l'interdiction faite aux plaignants de se constituer partie civile tel que l'énonce l'article 13 de la loi organique du 23 novembre 1993 nuance notre affirmation d'un point de vue procédural. Cf. CJR, 15 mai 2000, J. JEANJEAN ET D. PANSIERI C./ S. ROYAL, LPA, n°192-2000, p. 10.

[2390] Olivier BEAUD, *Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice*, op. cit., p. 452.

[2391] « *Selon une conséquence d'un principe de la République qui refuse, dans le prétoire, toute responsabilité collective, la justice tend à surévaluer la marge d'actions des individus. Il ne s'agit pas de nier cette marge, qui est souvent grande et qui fonde la noblesse du mandat politique. Mais, elle est toujours plus ou moins limitée. L'existence de ses frontières ne peut pas être ignorée sans grand péril pour l'équité* », Jean-Noël JEANNENEY, *Un monstre dans le prétoire : l'anachronisme*, Le Monde, 22 Janvier 1999.

[2392] Et Olivier BEAUD de souligner que l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire du sang contaminé peut être interprété comme une réponse à l'émotion de l'opinion publique : « *n'est-ce pas au nom de l'opinion publique que les juges parlementaires ont justifié anonymement la décision de condamnation de M. Hervé ? L'un d'eux déclarait : « la lecture de la presse, une plongée dans nos circonscriptions, le souvenir des victimes, surtout, nous a convaincus que l'on ne pourrait pas s'en tenir là sans passer pour des complices de ce drame du sang contaminé* ». […] *Dès lors que l'opinion publique approuvait la légitimité du procès – ne lui a-t-on pas assez répété sur tous les tons que la justice devait passer ? – et soutenait les victimes dans leur combat contre un pouvoir jugé intrinsèquement maléfique ou inhumain, la marge de manœuvre des membres de la Cour de Justice était très restreinte. Entre la légitimité du droit pénal et la légitimité de l'opinion publique, le combat était inégal* », *Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice*, op. cit., pp. 452-454.

Quoique l'irresponsabilité politique du chef de l'État soit un des piliers du régime parlementaire, l'ancien article 68 de la Constitution semblait mêler responsabilité politique et pénale de manière tellement complexe que deux juridictions suprêmes avaient pu en donner une interprétation différente. C'est dans ce contexte que le constituant a modifié au moyen de la loi constitutionnelle n°2007-238 du 23 février 2007 le titre IX du texte constitutionnel[2393]. Ainsi, tout en préservant le principe de l'irresponsabilité du Président de la République pour les actes commis en cette qualité, les nouveaux articles 67[2394] et 68[2395] de la Constitution ouvrent néanmoins la voie à une procédure politique et non juridictionnelle (**Sous-Paragraphe 1**). Toutefois, comme a pu le mettre en évidence Jean CARBONNIER, il convient de distinguer entre une responsabilité morale, quasi-illimitée, et une responsabilité juridique, nécessairement limitée. Ainsi est-il nécessaire de comprendre que « *le sujet apparaît à l'intersection de responsabilités diverses et hétérogènes, qui configurent un sujet éthique « à géométrie variable ». La responsabilité de celui qui se tient en face de la vulnérabilité de l'autre n'est pas du même type que celle qui consiste à tenir compte dans son action de ses effets les plus lointains* »[2396]. Dès lors, une partie de la doctrine suggère-t-elle de créer un nouveau type de responsabilité : la responsabilité civique (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Les projets relatifs à la responsabilité présidentielle

---

[2393] Pour un commentaire, cf. Michel VERPEAUX, *Le faux impeachment à la française ou la nouvelle combinaison du pénal et du politique. Á propos de la révision du Titre IX de la Constitution*, JCP, n°15-2007, pp. 14-19 ; Jean-Claude ZARKA, *La réforme du statut pénal du chef de l'État*, LPA, n°39-2007, pp. 3-6 ; Patrick AUVRET, *La réforme de la responsabilité du président de la République*, RDP, n°2-2207, pp. 409-419 ; Guy CARCASSONNE, *Statut présidentiel : la nécessaire réforme*, Le Monde, 17 janvier 2007.

[2394] « Le président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68. Il ne peut, durant son mandat, et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu. Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions ».

[2395] « Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour. La proposition de réunion de la Haute Cour adoptée par une des assemblées du Parlement est aussitôt transmise à l'autre qui se prononce dans les quinze jours. La Haute Cour est présidée par le président de l'Assemblée nationale. Elle statue dans un délai d'un mois, à bulletins secrets, sur la destitution. Sa décision est d'effet immédiat. Les décisions prises en application du présent article le sont à la majorité des deux tiers des membres composant l'assemblée concernée ou la Haute Cour. Toute délégation de vote est interdite. Seuls sont recensés les votes favorables à la proposition de réunion de la Haute Cour ou à la destitution. Une loi organique fixe les conditions d'application du présent article ».

[2396] Olivier ABEL, *La responsabilité incertaine*, ESPRIT, n°11-1994, p. 22.

Comme le disait Max WEBER, « *l'honneur du chef politique, celui de l'homme d'État dirigeant, consiste justement dans la responsabilité personnelle exclusive pour tout ce qu'il fait, responsabilité qu'il ne peut ni ne doit répudier ou rejeter sur un autre* »[2397]. De manière plus générale, on peut affirmer que le principe de responsabilité est « *inhérent au constitutionnalisme démocratique et résulte impérativement des exigences de ce type d'organisation politique : le pouvoir d'un organe implique nécessairement la responsabilité de cet organe. Il s'ensuit une obligation générale de comportement qui s'impose au chef de l'État à la mesure de l'autorité qu'il détient effectivement* »[2398]. Pourtant, le principe énoncé à l'ancien article 68 de la Constitution est bien celui de l'irresponsabilité politique du Président devant les chambres, ce qui, après tout, n'est que la traduction de la règle de l'irresponsabilité du chef de l'État valable dans tout régime parlementaire[2399]. Toutefois, on sait que la pratique gaullienne a eu pour jeu de créer un lien puissant entre le souverain et le peuple : d'une part, par la révision constitutionnelle de 1962 instaurant l'élection du Président au suffrage universel direct qui va venir « *renforcer sa prééminence et démanteler à peu près complètement le principe d'irresponsabilité* »[2400] ; d'autre part, par l'engagement de sa responsabilité devant les électeurs au moyen de la dissolution et du référendum, constitutionnalisant en quelque sorte la doctrine CAPITANT[2401]. Reste que « *depuis le départ du général de Gaulle, la règle de l'irresponsabilité présidentielle a changé de fonction. Elle ne sert plus à régir le caractère très hypothétique d'une « haute trahison », mais elle sert à protéger le Président de la République contre toutes sortes*

[2397] *Le métier de politique*, IN *Le savant et le politique*, Paris, UGE, Coll. 10/18, 1959, p. 129. Rappelons que pour WEBER, la politique est duale : d'une part, elle s'est transformée en une activité spécialisée et technique ; d'autre part, elle constitue encore un espace où se maintient l'action orientée par des valeurs, la possibilité d'une décision et où le charisme joue un rôle irréductible. De cette dualité résulte la fameuse distinction entre l'éthique de conviction et l'éthique de responsabilité : celui qui voudrait n'agir qu'en fonction des convictions, sans tenir compte des conditions de l'action, des compromis, des rapports de force, devrait, selon WEBER, se tenir à l'écart de la politique. La politique consiste donc à affronter et à assumer les effets de l'action telle qu'elle se déroule dans le monde, avec tous les écarts que cette « mondialisation » impose aux projets abstraits et aux fins idéales.

[2398] Pierre AVRIL, *Pouvoir et responsabilité*, op. cit., p. 14.

[2399] Cette règle de l'inviolabilité renvoie naturellement à la fameuse formule selon laquelle le Roi ne peut mal faire. Cette maxime doit toutefois aujourd'hui être comprise comme ayant permis, notamment par le contreseing, la mise en cause de la responsabilité des ministres.

[2400] Claude ÉMERI, *De l'irresponsabilité présidentielle*, POUVOIRS, n°41, 1987, p. 138.

[2401] « *Le Président et la majorité parlementaire doivent marcher de concert* ». Ce concert est garanti « *de façon plus positive, plus dynamique, par l'obligation faite à chacun d'eux de gouverner en accord avec la volonté populaire* », *L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'État*, Encyclopédie française, T. X, 1964, cité par Olivier BEAUD, *Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution*, op. cit., p. 1193.

d'attaques, soit politiques, soit pénales-judiciaires »[2402]. La conséquence de cette irresponsabilité politique fut, comme pour les ministres, la recherche d'une responsabilité pénale[2403] qui divisa la doctrine et aboutit à la décision de la Cour de cassation du 10 octobre 2001[2404]. Deux exigences contradictoires semblaient en effet en jeu : soit « *le Président de la République n'est pas irresponsable* [et], *conformément au principe d'égalité, il peut être poursuivi pour tous les actes qui ne sont pas liés à l'exercice des fonctions,* [soit] *conformément au principe de la séparation des pouvoirs, il ne peut l'être que par les Assemblées* »[2405]. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel avait fait bénéficier le Président de la République pendant la durée de son mandat d'un privilège de juridiction, seule la Haute Cour de Justice ayant compétence pour le juger, que les faits accomplis dans l'exercice de ses fonctions soient constitutifs d'une haute trahison au sens de l'ancien article 68,

---

[2402] Olivier BEAUD, *La contribution de l'irresponsabilité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la Vème République*, op. cit., p. 1561. Ce retour de l'irresponsabilité se manifeste notamment par l'extension temporelle de l'irresponsabilité politique du Président. En effet, suite à un courrier de l'ancien Président (Giscard d'Estaing) à son successeur (Mitterrand) pour lui demander s'il était tenu de déférer à une convocation pour audition devant une commission d'enquête parlementaire, le nouveau Président estima « *qu'en vertu d'une longue et constante tradition républicaine et parlementaire, confirmée par la Constitution du 4 octobre 1958* […], *la responsabilité du Président de la République ne peut être mise en cause devant le Parlement. Cette immunité s'applique au Président de la République, non seulement pendant toute la durée des fonctions, mais également au-delà pour les faits qui se sont produits pendant qu'il les exerçait* », Lettre du 10 août 1984, citée par Didier MAUS, *Les grands textes de la pratique institutionnelle de la Vème République*, op. cit., p. 361. Cette position est éminemment critiquable et nous souscrivons entièrement au propos d'Olivier BEAUD lorsqu'il souligne qu'« *une telle tradition n'existe pas, mais surtout, elle ne saurait être utilement invoquée que si le Président faisait office de chef d'État selon la tradition parlementaire, c'est à dire s'il ne gouvernait pas.* […] *Autrement dit le plus contestable tient à ce double discours : Voyez mes ailes je suis Président-gouvernant (art. 5), mais voyez mon corps, je suis chef d'État irresponsable (art. 68)* », *Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution*, op. cit., p. 1193. Le récent refus de l'épouse du Président Sarkozy de s'expliquer devant une commission d'enquête parlementaire sur son rôle dans l'affaire des infirmières bulgares témoigne d'une conception « large » de la notion d'exécutif. Pour une analyse politiste de la fonction d'épouse du chef de l'État on peut renvoyer à Stéphane MONCLAIRE, *L'épouse du chef de l'État sous la Vème République*, Mélanges Duverger, op. cit., pp. 365-377.

[2403] « *Il est incontestable que le juge pénal, érigé au rang du seul porte-parole légitime de l'opinion publique, a répondu à une demande sociale que ne satisfaisaient plus les mécanismes grippés de responsabilité politique ou administrative personnelle* », Éric DESMONS, *L'extension du domaine de la responsabilité pénale des représentants de l'autorité publique*, JUSTICES, n°2, 2000, p. 51.

[2404] C. Cass, Ass. Plén., 10 octobre 2001, BREISACHER. La bibliographie étant relativement dense, nous nous permettons de renvoyer aux articles suivants : Guillaume DRAGO, *Conseil constitutionnel et Cour de cassation : désaccord, paradoxe ou désunion ? Á propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001*, RA, n°324, 2002, pp. 36-43 ; Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, *Ombres et lumières sur la Constitution*, LPA, n°216-2001, pp. 11-15 ; Xavier PRÉTOT, *Quand la Cour de cassation donne une leçon de droit au Conseil constitutionnel. Á propos de la responsabilité pénale du Président de la République*, RDP, n°6-2001, pp. 1625-1644.

[2405] Michel TROPER, *Comment décident les juges constitutionnels*, Le Monde, 13 février 1999.

qu'ils soient étrangers à l'exercice de ses fonctions ou encore qu'ils soient antérieurs à l'ouverture du mandat[2406]. Dans sa décision du 10 octobre 2001, la Cour de cassation, tout au contraire, en privilégiant une interprétation non exégétique de cette disposition[2407], reconnaît au Président une immunité pendant l'exercice de son mandat, sauf cas de haute trahison, mais, sitôt celui-ci terminé, il redevient un citoyen ordinaire et peut être entendu[2408] et jugé par n'importe quel tribunal pour les actes antérieurs ou détachables de l'exercice de sa fonction[2409] : « *c'est en cela que, tout en ayant gardé certains des attributs du monarque, il* [le Président] *n'est pas roi* »[2410].

[2406] Décision n°98-408 DC, 22 janvier 1999, COUR PÉNALE INTERNATIONALE, Cons. 16. Au sein d'une bibliographie particulièrement abondante, on signalera Bruno GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international*, RFDA, n°2-1999, pp. 283-307 ; Pierre-Henri PRÉLOT, *Le perdreau mort. L'irresponsabilité du Président de la République : inviolabilité personnelle, immunité fonctionnelle, privilège de juridiction*, D., n°12-2001, pp. 949-951 ; Dominique CHAGNOLLAUD, *Le Président et la doctrine : à propos de la responsabilité du chef de l'État*, RDP, n°6-1999, pp. 1669-1680 ; François ROBBE, *L'incompétence du juge pénal pour statuer sur la responsabilité du Président de la République (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 98-408 D. C. du 22 janvier 1999)*, Gaz. Pal., 12 novembre 1999, pp. 1765-1772.

[2407] Dans son dispositif, la Cour rapproche l'article 68 de l'article 3 et du Titre II de la Constitution. Le rapporteur ROMAN se réfère pour sa part aux articles 3, 5, 6, 13 et 15 de la Constitution. L'avocat général Régis DE GOUTTES ajoute quant à lui le principe de la séparation des pouvoirs, celui de la continuité de l'État, largement entendu, et, surtout, « *le respect de la dignité de la fonction présidentielle et de sa dimension symbolique* ».

[2408] Jacques Chirac a ainsi pu être entendu le 19 juillet 2007 en tant que témoin assisté dans le cadre de l'enquête sur les emplois de complaisance au RPR.

[2409] Et ce en vertu d'une règle de droit pénal selon laquelle la prescription est de droit suspendue à l'égard des parties poursuivantes dès lors que celles-ci ont manifesté expressément leur volonté d'agir mais qu'elles se sont heurtées à un obstacle résultant de la loi elle-même (*contra non valentem agere non currit praescriptio*). La comparaison avec la solution retenue par la Cour suprême américaine est éclairante : celle-ci a en effet estimé que l'immunité accordée aux actes liés à l'exercice du mandat présidentiel ne se justifiait pas concernant un comportement purement privé, l'autorité judiciaire étant apte à protéger la fonction présidentielle contre des recours abusifs. En d'autres termes, un président américain peut tout à fait être poursuivi durant son mandat, devant les juridictions pénales ordinaires, pour des faits antérieurs à son élection, CLINTON V. JONES, 117 S. Ct. 1636, 27 mai 1997. Ce qui fait dire à Véronique CHAMPEIL-DESPLATS qu'on « *voit mal pour quelles raisons la séparation des pouvoirs interdirait totalement de poursuivre l'homme élu Président pour des actes non liés à l'exercice de ses fonctions ; elle ne l'interdit pas, dans d'autres systèmes juridiques (États-Unis), ni pour les autres membres de l'exécutif que sont les ministres. On pourrait d'ailleurs relever que si c'est l'homme qui est en cause, ce n'est plus le président. Par conséquent, la séparation des pouvoirs n'est pas en cause* », *Le statut pénal du président de la République : la fonction doit-elle protéger l'homme ?*, Mouvements, n°29, 2003, p. 28.

[2410] Pierre-Henri PRÉLOT, *Le perdreau mort. (…)*, op. cit., p. 950. C'est déjà ce qu'avait relevé Benjamin CONSTANT : « *Un monarque héréditaire peut et doit être irresponsable ; c'est un être à part au sommet de l'édifice* […]. *Un pouvoir républicain se renouvelant périodiquement n'est point un être à part, ne frappe en rien l'imagination, n'a point droit à l'indulgence pour ses erreurs, puisqu'il a brigué le poste qu'il occupe, et n'a rien de plus précieux à défendre que son autorité, qui est compromise dès qu'on attaque son ministère, composé d'hommes comme lui, et avec lesquels il est toujours de fait solidaires* », *Principes de politique*, Chap. II, 1815, op. cit., p. 1085.

Prenant acte que « *l'étendue des pouvoirs exercés par le Président de la Vème République et, d'autre part, la « judiciarisation » de la société en général et de la vie publique en particulier* […] *est à l'origine de débats* […] *dans l'opinion publique* », le rapport AVRIL[2411] a tenté par la suite de proposer une voie médiane : garantir l'immunité du chef de l'État, telle qu'elle se trouve généralisée dans la plupart des Constitutions modernes[2412], sans pour autant la rendre infranchissable. Dès lors, la Commission propose que le Président ne puisse être destitué par une Haute Cour, dont la composition et la procédure sont strictement politiques[2413], qu'en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »[2414]. En d'autres termes, selon Pierre AVRIL, c'est à « *la représentation toute entière d'être l'interprète de l'émotion populaire* »[2415], sous la réserve que la destitution du Président entraîne une convocation immédiate des électeurs pour une nouvelle élection, le peuple étant seul à même de trancher le conflit entre l'exécutif et

---

[2411] Paris, La Documentation française, 2003. Cf. Pierre AVRIL, *Á propos du statut pénal du chef de l'État (Présentation du rapport de la Commission chargée de mener une réflexion sur le statut pénal du Président de la République instituée par le décret du 4 juillet 2002)*, RDP, n°6-2002, 1873-1876.

[2412] « *Aucun État ne fait exception à un principe de protection fonctionnelle du chef de l'État à l'égard de la plupart, sinon de toutes les procédures juridictionnelles pendant son mandat* », Rapport Avril, op. cit., p. 14. Philippe LAUVAUX et Olivier BEAUD critiquent cette analyse comparative au motif qu'elle ne prend pas en considération la classification des régimes constitutionnels, *Sur le soi-disant « impeachment à la française »*, op. cit., pp. 2646-2647. S'il n'est pas dans notre propos de traiter cette question, il n'en demeure pas moins, qu'eu égard à une définition classique de la responsabilité politique, l'analyse du régime constitutionnel est primordiale et les développements concernant les solutions allemandes et italiennes sont fort convaincants. Néanmoins, au regard d'une définition élargie qui comprendrait la responsabilité politique comme mise en jeu devant l'opinion publique, et telle semble implicitement la solution retenue par la Commission AVRIL, la classification des régimes importe moins.

[2413] Les parlementaires « *doivent siéger pour ce qu'ils sont – des représentants – et assumer leurs décisions pour ce qu'elles sont – des décisions à caractère politique et non juridictionnel* », Rapport Avril, op. cit., p. 6.

[2414] La mise en cause devait être enclenchée par une résolution de l'une des deux chambres. Si l'autre assemblée votait le même texte dans les quinze jours, la Haute Cour était alors saisie. Dès l'instant où la Haute Cour était saisie, le Président de la République était alors suspendu de l'exercice de ses fonctions et le Président du Sénat assurait l'intérim. Il était également prévu que si le dixième des membres d'une assemblée déposait une résolution tendant à la destitution, cette résolution devait être discutée publiquement dans un délai maximum de 14 jours. Comme le confirme François LUCHAIRE, « *certes il y a peu de chances qu'elle aboutisse* [à cause du fait majoritaire] *mais du moins les faits reprochés au président de la République feront l'objet d'une discussion publique* », *Le juge, l'élu et la Constitution*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°14, 2002, p. 77. En insistant sur le caractère public de ses délibérations, le rapport s'inscrivait ainsi dans la continuité de la pensée des Lumières et en appelait implicitement au Tribunal de l'opinion publique.

[2415] *Destituer plutôt que juger*, Le Monde, 22 juillet 2003. Ainsi que le soulignent Olivier BEAUD et Philippe LAUVAUX, « *ceci repose au moins implicitement sur la pétition de principe que le chef de l'État, quant à lui, ne serait pas un représentant* », *Sur le soi-disant « impeachment à la française »*, op. cit., p. 2650.

le législatif. Finalement, à l'exception de quelques différences[2416], le constituant a donc retenu les propositions de la Commission en modifiant le Titre IX de la Constitution. Or, à bien des égards, la solution proposée semble incertaine.

Incertaine tout d'abord quant à la définition même de « l'infraction ». Si l'imprécision de la « haute trahison », qui n'était définie dans aucun texte, a souvent été mise en avant, il n'est pas certain que l'expression retenue par la Commission gagne en clarté. Pierre AVRIL précise que « *le manquement justifiant la destitution ne saurait concerner l'exercice des pouvoirs présidentiels pour la simple raison que* […] *l'irresponsabilité du chef de l'État est couverte par la responsabilité politique du gouvernement, y compris pour les actes dispensés de contreseing mais pris sur la proposition ou avec le concours du gouvernement* »[2417]. Reste que, malgré ces précisions, la chambre restera libre de conférer un sens à cet énoncé ainsi que nous l'enseigne la théorie réaliste de l'interprétation, confirmant les propos de Gérald FORD, alors simple représentant, qui en 1970 soutenait qu'un crime susceptible d'*impeachment* est « *tout acte qu'une majorité de la Chambre juge suffisant à un moment historique donné ; la condamnation est le résultat de un ou de plusieurs crimes considérés par deux tiers des membres de l'autre chambre (le Sénat), comme suffisamment graves pour appeler la démission de l'accusé* »[2418]. Les recommandations de la Commission AVRIL prévoyaient initialement un vote à la majorité de chacune des chambres et de la Haute Cour. La doctrine n'a pas manqué de souligner que, soumise au fait majoritaire, la procédure risquait alors d'aboutir de fait « *à une responsabilité politique du Président de la République pour ses actes devant le Parlement* »[2419], alors

---

[2416] Ainsi, sous réserve de la future loi organique, la Commission avait prévu que le Président qui fait l'objet d'une procédure de destitution se trouvait dans un des cas d'empêchement au sens de l'article 7 de la Constitution. Dès lors, il eût été logique de prévoir la possibilité d'un intérim. Or, le texte promulgué ne fait pas mention de cette solution. Bien que la procédure soit rapide, une partie de la doctrine a noté que « *ce président a de fortes chances d'être considérablement affaibli pendant cette période, notamment dans le cadre des relations internationales et européennes et il aurait été préférable qu'il soit remplacé par un « intérimaire »* », Michel VERPEAUX, *Le faux impeachment à la française (…)*, op. cit., p. 19.

[2417] Pierre AVRIL, *Destituer plutôt que juger*, op. cit.

[2418] Cité par M. J. GERHARDT, *The Federal Impeachment Process. A Constitutional and Historical Analysis*, Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 103. L'article 2 section 4 de la Constitution envisage trois causes d'*impeachment*: la trahison, la corruption ou d'autres hauts crimes et délits. C'est bien évidemment cette dernière catégorie qui suscite le plus de controverse.

[2419] Robert BADINTER, *La destitution du Président de la République*, Le Monde, 12 juillet 2003. Le contraste avec MADISON est saisissant, lui qui refusa la proposition de George MASON, délégué de Virginie, qui avait proposé d'ajouter le terme de « maladministration » aux cas de trahison et de haute corruption, au motif qu'un « *terme tellement vague équivaudra à faire dépendre le mandat du bon plaisir du Sénat* », cité par M. J. GERHARDT, op. cit., p. 9. Pour un commentaire, cf. Élisabeth ZOLLER, *Entre le pénal et le politique, la procédure d'impeachment*, JUSTICES, n°2, 2000, pp. 93-94.

même que d'autres modèles constitutionnels pouvaient éviter cette soumission du Président au pouvoir législatif[2420]. De fait, le Constituant a alors prévu que la procédure de l'article 68 nécessite désormais une majorité qualifiée des deux tiers, ce qui apparaît pour la doctrine comme « *une garantie contre un emballement majoritaire* »[2421].

Incertaine enfin quant à la nature de la responsabilité mise en jeu. Pierre AVRIL, malgré certains raccourcis médiatiques[2422], insiste sur la différence avec la procédure de l'impeachment américaine, notamment au regard de ce que celle-ci se fonderait sur un motif pénal. Or, une telle interprétation doit être nuancée. En effet, « *l'impeachment ne vise pas à infliger une sanction pénale ; il ne cherche pas à atteindre l'individu dans sa vie, dans sa liberté ou dans ses biens. L'impeachment ne sert qu'à une chose : retirer le pouvoir à celui qui en est frappé* »[2423]. La Cour suprême américaine a d'ailleurs eu l'occasion de préciser que cette procédure était précisément un correctif à l'immunité absolue du Président[2424], étant admis depuis l'échec de la procédure d'*impeachment* lancée en 1868 contre Andrew JOHNSON que le Président pouvait rester en fonction au cours de la procédure[2425]. Bien sûr, cette procédure exceptionnelle et incertaine peut servir détonateur et pousser le Président à la démission, comme en 1974[2426], confirmant ainsi qu'elle n'est rien d'autre

---

[2420] Ainsi, l'article 43 de la Constitution de Weimar, repris aujourd'hui dans les Constitutions autrichienne et islandaise, avait prévu une procédure de révocation du Président du Reich sur proposition du Parlement, votée à la majorité des deux tiers. En cas de désaveu lors des nouvelles élections présidentielles, le Reichstag était dissous. Pour une solution en ce sens, Olivier BEAUD et Philippe LAUVAUX, *Sur le soi-disant « impeachment à la française »*, op. cit., p. 2649 et Jean GICQUEL, *Représentation et contrôle*, IN BEN ACHOUR Rafaâ, GICQUEL Jean et MILACIC Slobodan (Dir.), La démocratie représentative devant un défi historique ?, op. cit., p. 102.

[2421] Patrick AUVRET, *La réforme de la responsabilité du président de la République*, op. cit., p. 418. Contra Marie DE CAZALS qui estime cette majorité des deux tiers est vouée à l'inefficacité. En outre, « *en n'atteignant pas, volontairement ou non, la majorité qui aurait permis de voter la destitution, les parlementaires pourront compromettre sérieusement l'institution présidentielle aux yeux de l'opinion publique risquant, par là même, de faire naître chez le Président le sentiment de devoir quitter ses fonctions* », *La V*ème *République face à l'instauration d'une destitution inédite du Président de la République. Retour sur la révision du titre IX de la Constitution du 4 octobre 1958*, RFDC, n°71, 2007, pp. 461-462.

[2422] Le Monde du 25 juin 2003 parle d'un « impeachment à la française ».

[2423] Élisabeth ZOLLER, *Entre le pénal et le politique, la procédure d'impeachment*, op. cit., pp. 91-92.

[2424] NIXON V. FITZGERALD, 457 US 73, 1982: « *la règle de l'immunité absolue du Président ne laissera pas la Nation sans protection suffisante contre la mauvaise conduite du chef de l'exécutif. Il reste ici le recours à la procédure constitutionnelle de l'impeachment* ».

[2425] Ce qui empêcha la parlementarisation du régime.

[2426] Pierre PACTET souligne avec justesse que « *le Président* [Nixon] *a démissionné sans doute parce qu'il n'y avait plus d'autre issue, mais aussi, et plus profondément, parce qu'il n'avait manifestement plus la confiance de l'opinion. Certes, la responsabilité apparaît là encore comme diluée car, bien qu'il n'y ait aucune incertitude sur le phénomène lui-même, il est difficile de dire qui a exercé le contrôle, c'est-à-dire qui a mis en œuvre la responsabilité,*

qu'un moyen oblique de mettre en jeu une responsabilité authentiquement politique[2427], mais il n'en demeure pas moins que « *la question de l'impeachment et celle de l'immunité du Président n'ont, aux États-Unis, aucun rapport* »[2428]. En effet, ainsi que le précise la Constitution américaine (art. I s. 3), la procédure de destitution n'exclut pas la possibilité pour la partie concernée d'être ultérieurement « poursuivie, jugée et condamnée pénalement conformément au droit commun », le Sénat pouvant, parallèlement, décider de « l'incapacité de tenir et de bénéficier de toute fonction honorifique, de confiance ou rémunérée relevant des États-Unis » (art. 1, sect. 3, 7). Il nous semble que la procédure prévue par l'article 68 n'est donc pas si éloignée puisque rien n'empêche un président destitué de se représenter, la destitution n'emportant donc pas d'autres conséquences juridiques que la fin de l'exercice de ses fonctions, pas plus qu'il n'exclut la condamnation ultérieure sur le fondement du droit commun.

Reste que, malgré leurs différences, ces deux mécanismes peuvent également s'interpréter comme la mise en jeu d'une responsabilité politique devant l'opinion publique. Concernant l'*impeachment*, la procédure de destitution mise en œuvre contre Bill CLINTON a mis en lumière les ressorts du gouvernement de l'opinion, et notamment la place tenue par les médias[2429]. Ainsi, « *si la bataille de l'affaire Clinton n'aurait pu être imaginée en dehors de l'ensemble de convictions et de techniques qui renvoie à la fois à la lettre et à l'esprit des lois américaines et à l'esprit moderne du droit* […], *ce serait faire preuve d'un certain irénisme et juridique et politique que de ne pas mesurer la dimension de bataille d'opinion qu'elle a revêtu de bout en bout* »[2430]. Mais, de manière plus précise,

---

la référence à l'opinion étant évidemment des plus vagues. [Mais ce cas] *n'en est pas moins significatif* », *L'évolution contemporaine de la responsabilité gouvernementale (…)*, op. cit., p. 207.

[2427] Comme le suggéra Alexander HAMILTON, pour qui « *les objets soumis à sa juridiction (celle du Sénat) sont les délits qui résultent de la mauvaise conduite des hommes publics, ou, en d'autres termes, de l'abus ou de la violation de quelque mandat public. Ils sont d'une nature que l'on peut, avec justesse, appeler politique, parce qu'ils constituent principalement des dommages causés immédiatement à la société elle-même* », *Le Fédéraliste*, n°65, op. cit. Élisabeth ZOLLER ne dit pas autre chose : « *elle est une expression parfaite de ce qu'est une authentique et véritable responsabilité politique en ce sens qu'elle retire le pouvoir à ceux qui l'ont perdu, à l'échelon national, et pas seulement local, le capital de confiance qui les y avait portés. Et ce retrait, ce refus de confiance, les Américains savent qu'il peut être temporaire ou définitif* », *L'affaire Clinton et la philosophie du droit. Á propos d'un livre d'Élisabeth Zoller*, DROITS, n°29, 1999, p. 139.

[2428] Olivier BEAUD et Philippe LAUVAUX, *Sur le soi-disant « impeachment à la française »*, op. cit., p. 2649.

[2429] Jean-Pierre LASSALE souligne ainsi que « *les média ont imposé à l'opinion, ou tenté de lui imposer, une sorte de morale de la vérité à tout prix, qui est de venue pour eux un canon de leur éthique professionnelle. Cette volonté d'établir les faits* […] *se rapproche de la logique judiciaire qui ne distingue pas entre vie privée et vie publique* », *La puissance et la fragilité : chronique d'une destitution annoncée*, RDP, n°2-1999, p. 550.

[2430] Stéphane RIALS, *L'affaire Clinton et la philosophie du droit. Á propos d'un livre d'Élisabeth Zoller*, DROITS, n°29, 1999, p. 132.

nous nous accordons avec Denis BARANGER pour estimer que « *la relaxe sur les articles d'impeachment a traduit une reconnaissance de la légitimité persistante du Président, donc une manière de prendre acte de la confiance du peuple* »[2431]. De même, en ne retenant pas l'hypothèse d'un empêchement du Président, le texte constitutionnel français lui réserve l'hypothèse d'en appeler au peuple par le biais de la dissolution[2432], dont on a vu l'importance comme mécanisme constitutionnel du gouvernement d'opinion. On l'aura compris, dans les deux cas, il s'agit finalement de rechercher « *une réanimation des contrôles politiques* »[2433], dans une logique proprement constitutionnelle, afin de permettre qu'un « *Président dont le comportement dans l'utilisation des ses fonctions, choquerait durablement la classe politique et lui aliènerait l'opinion publique* »[2434] soit contraint à la démission.

Sous-Paragraphe 2. L'hypothèse d'une responsabilité civique comme remède face à une responsabilité incertaine

Loin de vouloir réduire cette disproportion entre la responsabilité morale et la responsabilité juridique, il faut partir d'elle afin de comprendre la nécessité d'une responsabilité limitée[2435]. En d'autres termes, il faut accepter que le sujet soit responsable de sa propre morale, de sa manière d'interpréter le juste ou le bon : il est en quelque sorte abandonné à sa responsabilité. Retrouver une responsabilité éthique, ce serait alors renoncer à la vision pénale du monde selon laquelle tout malheur doit nécessairement être la conséquence d'une faute ou d'une erreur. Ce n'est en effet pas le même sujet qui se tient devant le Juge, devant son Ami, devant l'Histoire, ou devant Dieu[2436]. Comme le souligne un auteur, « *l'intention délictueuse est bien une forme de trouble du*

[2431] *L'affaire Clinton et la philosophie du droit. Á propos d'un livre d'Élisabeth Zoller*, DROITS, n°29, 1999, p. 154. Et l'auteur de préciser : « *l'impeachment est désormais déterminé, au moins en partie, par la « loi et la coutume », de la souveraineté démocratique, cet ensemble de conséquences qui se produisent* nolens volens *dans les sociétés qui ont adopté ce principe de légitimité* », p. 155.

[2432] Michel VERPEAUX souligne toutefois que « *le risque serait très grand pour un président menacé d'essayer de trouver une porte de sortie de cette sorte car les électeurs seraient tentés de ne pas lui pardonner, en élisant une majorité de députés encore plus hostiles* », *Le faux impeachment à la française (…)*, op. cit., p. 19.

[2433] François ROBBE, *L'incompétence du juge pénal (…)*, op. cit., p. 9.

[2434] Philippe ARDANT, *Responsabilité politique et pénale des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres*, RIDC, n°2-2002, p. 479. Historiquement, seule la IIIème République a connu ce cas de figure avec MAC MAHON en 1879 et MILLERAND en 1924.

[2435] « *Le problème du droit serait plutôt de limiter la responsabilité, de ne pas la laisser courir dans tous les sens. C'est-à-dire d'arrêter dans l'espace et dans le temps, de couper la chaîne des conséquences, de trancher, de préciser la responsabilité, bref de l'imputer* », Olivier ABEL, *La responsabilité incertaine*, op. cit., p. 22.

[2436] Ainsi Karl JASPERS distinguait-il : 1/ la culpabilité *criminelle*, où le sujet coupable est un individu criminel, placé devant un tribunal, et susceptible de recevoir un châtiment ; 2/ la culpabilité *politique*, où le sujet coupable est le peuple des citoyens consentants, placé devant l'histoire et susceptible de verser des

rapport à autrui ; ce trouble doit être, dans chaque cas, mis en évidence de manière circonstanciée. […] *Bien des faits ne mériteraient sans doute qu'une simple sanction sociale non pénale* »[2437]. La subjectivisation de la responsabilité souhaiterait que l'on légifère le moins possible[2438]. Mais ce faisant, ne laisse-t-on pas le terrain libre non pas à des sujets responsables mais à des rapports de force ? En outre, abandonner les sujets à leur seule responsabilité peut revenir, pour parler comme Pierre LEGENDRE, à les abandonner à leurs fantasmes, ou à laisser place au féroce management de leur « désir de soumission ». Cela signifie donc qu'il existe un point où la logique de l'imputation, à l'œuvre derrière la norme pénale, doit se taire.

L'affaire du sang contaminé, comme d'autres affaires, a signalé un vide entre une responsabilité civile dont la faute est évacuée et où l'indemnisation devient une question d'assurance et n'atteint pas l'auteur de l'acte, une responsabilité disciplinaire que les patients d'un acte professionnel ne peuvent pas actionner, une responsabilité pénale exigeant une intention criminelle ou délictuelle, et une responsabilité politique qui ne fonctionne pas. Pour Antoine GARAPON, il conviendrait donc d'imaginer « *une catégorie nouvelle qui emprunte à la faute civile son inventivité (elle n'est liée à aucune catégorie préalable), qui ne lâche pas la question de l'imputabilité personnelle, dont les conséquences soient de nature professionnelle, qui soit accessible à tous les patients de l'action et qui s'étende aux hommes politiques* »[2439]. Dès lors, suggère-t-il, on gagnerait à distinguer deux hypothèses : tout d'abord, celle de l'homme qui transgresse la loi pénale[2440] ; ensuite, celle de l'agent (négligent ou incapable) exerçant une fonction qui a involontairement causé un préjudice à autrui. Dans ce cas précis, on est en présence d'une personne agissant *ex*

---

réparations ; 3/ La culpabilité *morale*, où le sujet est chacun, n'importe qui, placé devant un ami, et susceptible de se repentir ; 4/ La culpabilité *métaphysique*, où le sujet coupable est constitué par l'ensemble des survivants, placé devant Dieu et confessant combien il a manqué à la solidarité totale, *La culpabilité allemande*, Paris, Éditions de Minuit, 1990.

[2437] Isabelle MOINE-DUPUIS, *L'intention en droit pénal : une notion introuvable ?*, D., n°27-2001, p. 2148.

[2438] « *Entre deux solutions, préférez toujours celle qui exige le moins de droit et laisse le plus aux mœurs et à la morale* ». Jean CARBONNIER, Paris, LGDJ, Flexible droit, 1992, p. 48.

[2439] Antoine GARAPON, *Pour une responsabilité civique*, ESPRIT, n°3-4, 1999, p. 238.

[2440] Ici, « *la loi pénale concerne l'homme avant qu'il ait un sexe, une profession, un statut social. Sa capacité à commettre une faute n'est tributaire d'aucune condition, si ce n'est celle du discernement : elle renvoie à une égalité de tous en tout temps et en tout lieu devant quelques interdits fondateurs de la vie en société. Il s'agit de comportements manifestant une volonté délibérée de léser le contrat social lui-même, de gestes qui défient la possibilité même du monde commun. Le paradigme de cette loi est le Décalogue, et la peine doit alors conserver un caractère de réprobation, c'est-à-dire déshonorant* ». Antoine GARAPON, *Droit et morale dans une démocratie d'opinion,* IN *La justice et le mal*, op. cit., p. 209. C'est alors l'intention antisociale qui préoccupe la cité, le préjudice est secondaire.

officio, qui ne peut causer un dommage que dans la mesure où, élue, professionnelle ou mandatée, elle exerce mal une fonction déterminée. La personne doit alors être confrontée aux résultats, non pas de ses mauvaises actions, mais de son action mauvaise, c'est-à-dire inadaptée, négligée, décidée sans précaution. En effet, dans ce registre de l'activité professionnelle, de la fonction publique ou du mandat politique, il est possible de commettre des erreurs[2441] ; or, ces fautes ne sont pas assimilables à la première catégorie car, ici, nous sommes en présence d'erreurs commises non par une personne privée mais par un acteur public : « *il faut donc distinguer trois plans de la responsabilité juridique : la relation de soi à la loi pénale, la relation de soi à autrui n'engageant que deux personnes privées, qui est du domaine civil, et la relation de soi à la Cité, qui relève de ce que nous appellerons la responsabilité civique* »[2442]. Dès lors convient-il de bien distinguer les fautes commises dans l'exercice de ses fonctions et celles commises par un détournement de fonction. Ainsi, le représentant agit « au nom de » (donc *ex officio*) et non en son nom propre : « *ce n'est que parce que le représentant ne tire aucun bénéfice d'aucune sorte qu'il lui est reconnu une prérogative et qu'il ne peut être responsable sur ces deniers. Une responsabilité spécifique aux personnes agissant ex officio doit être imaginée en fonction de ces particularités* »[2443]. La responsabilité civique s'analyse alors comme la sanction d'un acte public et non d'un comportement privé et semble *a priori* totalement adaptée au mécanisme représentatif qui nous intéresse ici.

En outre, on peut souligner que cette responsabilité civique ne peut être que personnelle et non collective car elle vise la manière personnelle d'aborder ses fonctions publiques. Elle relève plus d'un mode d'exercice, d'un comportement, que d'une intention. Dans cette hypothèse, ce n'est plus la relation de l'homme face à la loi qui est engagée mais celle d'un acteur social devant à ses concitoyens une garantie de sérieux et de dédommagement. Sans doute cette proposition permet-elle de dépasser les logiques de majorité politique qui ont rendu inefficace la distinction

---

[2441] Ce qui distingue la faute de l'erreur, c'est qu'il est possible d'agir sur elle. Sa qualification procure une maîtrise sur les faits qui cessent de s'imposer comme une fatalité. Ainsi que le souligne Philippe SÉGUR, « *d'une part, on ne peut pas dire que certaines fautes politiques impliquent inéluctablement la mise en jeu des mécanismes de responsabilité. Il peut y avoir faute des gouvernants sans que se trouve engagée leur responsabilité politique* […]. *D'autre part, quand bien même cette opération d'évaluation serait engagée, aucune faute politique ne peut être considérée a priori comme impliquant une sanction négative, c'est-à-dire une révocation.* […] *Bien plus, il peut y avoir engagement de la responsabilité politique en dehors de toute faute. La responsabilité politique est donc indifférente à cette dernière* », *Faute et responsabilité politique. Sur quelques distinctions élémentaires*, IN SUEUR Jean-Jacques (Dir.), *Juger les politiques. Nouvelles réflexions sur la responsabilité des dirigeants*, L'Harmattan, 2001, p. 99. En ce sens, cf. également Aquilino MORELLE sur l'affaire du sang contaminé, *La défaite de la santé publique*, Paris, Flammarion, 1996.

[2442] Antoine GARAPON, *Pour une responsabilité civique*, op. cit., p. 240.

[2443] Ibid., p. 241.

entre le Parlement contrôleur et le Gouvernement contrôlé[2444]. Si l'objectif premier de la responsabilité politique est de « *restaurer l'unité du corps politique* », cette proposition suggère ainsi de « réindividualiser » la responsabilité ministérielle pour y parvenir[2445]. Et c'est alors dans ce registre que doit intervenir la peine. Il faut alors revenir à cette idée centrale, du lien entre la nature de la faute et la nature de la peine. Ainsi, « *si c'est dans sa fonction que quelqu'un a commis une faute, c'est sur ce même registre - par une rétrogradation, une suspension, voire une interdiction (inéligibilité) – qu'il faut agir.* […] *Dans le modèle classique de la responsabilité, on sanctionnait une faute passée. En raison de ces dangers inédits, l'action en justice se tourne vers le futur et a pour but la responsabilisation autant que la responsabilité. La responsabilité n'est plus, en effet, la recherche d'une relation d'équivalence froide entre un acte et son résultat, elle tend à devenir un processus dynamique et pédagogique qui appelle une réforme du comportement* »[2446].

Au travers de ces questions se trouve ici interrogée la définition même du droit constitutionnel. Ainsi, pour Jeremy BENTHAM, « *le droit constitutionnel a pour objet la sécurité contre le mauvais gouvernement (security against misrule), la sécurité contre ces adversaires de la communauté, dans la condition desquels, alors que leur situation leur confère la puissance* [afférente à la qualité] *de dirigeants, l'usage qu'ils en font ajoute un mal supplémentaire, et en fait de mauvais dirigeants (evil rulers)* »[2447]. Il nous semble que la définition proposée par BENTHAM permet de saisir l'importance de la responsabilité politique dans l'étude de la démocratie représentative, notamment par la place réservée au Tribunal de l'opinion. La responsabilité des gouvernants suppose un jugement

---

[2444] Ainsi Pierre AVRIL souligne-t-il que « *le vote d'une motion de censure supposerait que la majorité se condamne elle-même à travers le Gouvernement qu'elle soutient. Cette espèce de hara-kiri collectif est surréaliste* ». L'auteur insiste pour sa part sur le rôle donné à l'opposition parlementaire à qui appartient « *le contrôle étendu comme la critique permanente de la gestion majoritaire et la mise en cause de la responsabilité des gouvernants* », *Trois remarques à propos des réquisitions (…)*, op. cit., p. 398.

[2445] Jean-Michel BLANQUER, *Un enjeu central : la responsabilité des ministres*, op. cit., p. 266. L'auteur préconise de redonner toute son importance au contreseing, ainsi qu'une audition régulière du ministre par la Commission lui correspondant.

[2446] Antoine GARAPON, *Pour une responsabilité civique*, op. cit., pp. 243-244.

[2447] Jeremy BENTHAM, *Constitutional Code*, IN *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. IX, p. 95, cité par Guillaume TUSSEAU, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel. Une approche de l'utilitarisme juridique*, op. cit., p. 136.

du public, qui peut être moral[2448], mais dont l'objet est de mettre hors jeu les « mauvais gouvernants ».

Conclusion du Chapitre 2

« Que votre majesté ne se laisse point alarmer, décourager par le fantôme de l'opinion publique, si artificieusement arboré sur tous les étendards des confédérations qui se liguent contre ses droits. Non, sire, la véritable opinion publique n'est contraire ni à vous, ni à votre autorité »[2449].

En 1784, dans son traité d'administration des finances, NECKER affirmait à plusieurs reprises que « *c'est l'ascendant de l'opinion publique qui, souvent, plus qu'aucune autre considération, oppose des obstacles en France aux abus de l'autorité. Oui, c'est uniquement cette opinion et l'estime qu'on en fait encore, qui conservent à la nation une sorte d'influence* »[2450]. En d'autres termes, l'opinion publique est à ses yeux une puissance qui vient limiter l'absolutisme du Roi. L'étude de la place de l'exécutif dans notre système constitutionnel n'infirme pas, bien au contraire, ces propos. L'exécutif se doit d'être à l'écoute de l'opinion publique mais, ici, par un subtil retournement de l'histoire, il tend à vouloir l'incarner. Puissance donc, mais aussi entité abstraite qui, « *sans aucun pouvoir certain, surveillait la conduite du Gouvernement* »[2451]. C'est notamment ce qu'a montré l'analyse des mécanismes de la responsabilité des gouvernants. En effet, « *la responsabilité vient ici mettre en à l'épreuve la prétention des gouvernants à représenter les gouvernés dans l'exercice du pouvoir. Le gouvernant légitime est celui qui a la confiance des gouvernés parce qu'il les représente, et*

[2448] Comme l'explique bien Denis BARANGER, « *le discours public est essentiellement moral : avant tout, et d'une manière qui n'est pas secondaire ou révélatrice d'une quelconque impuissance, on approuve ou on désapprouve.* […] *La faculté de porter un jugement moral, qui existait auparavant sous toute une série de formes institutionnalisées (pétitions des sujets, sermons ecclésiastiques…) ou non, ne sera plus guère reconnue que sous la forme agrégée et fictive de l'opinion publique. Elle est un bloc, une contre-légitimité. Elle est la moralité incarnée : ne parle-t-on pas de tribunal de l'opinion publique ?* », *La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la Constitution)*, DROITS, n°32, 2000, p. 54.

[2449] LINGUET, *La France plus qu'anglaise, ou Comparaison entre la procédure entamée à Paris le 25 septembre 1788 contre les ministres du roi de France, et le procès intenté à Londres en 1640, au comte de Strafford, principal ministre de Charles premier, roi d'Angleterre ; avec des réflexions sur le danger imminent dont les entreprises de la robe menacent la nation, et les particuliers*, Bruxelles, 1788, p. 12, en ligne sur Gallica (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k47382g/f15.table).

[2450] NECKER, *De l'administration des finances de la France*, op. cit., pp. 64-65.

[2451] *Dernières vues de politique et de finance*, p. 269, cité par Léonard BURNAND, *Necker et l'opinion publique*, op. cit., p. 63. NECKER précise : « *c'est de l'autorité de l'opinion publique dont je veux parler* ».

qu'il les représente « bien », sinon, il subit l'épreuve de la responsabilité et doit quitter le pouvoir »[2452]. En d'autres termes, le régime de la Vème République est alors traversé par une double dynamique antagoniste qui tend à promouvoir tout à la fois une logique plébiscitaire, qui tend à confondre la représentation avec l'incarnation, et une logique libérale qui cherche à instaurer ce Tribunal de l'opinion publique « *où tous les hommes qui attirent sur eux les regards, sont obligés de comparaître* »[2453].

Conclusion titre 1

« Un avantage incalculable de la monarchie représentative, c'est d'amener les hommes les plus habiles à la tête des affaires, de créer une hérédité forcée de lumières et de talents. La raison en est sensible. Avec des chambres, un ministère faible ne peut se soutenir ; ses fautes, rappelées à la tribune, répétées dans les journaux, livrées à l'opinion publique, amènent en peu de temps sa chute »[2454]

Le bon fonctionnement d'une démocratie exige sans nul doute un processus permanent de discussion. En ce sens, la Constitution instaure un gouvernement par des assemblées législatives démocratiquement élues et par un exécutif responsable devant elles, « *un gouvernement* [qui] *repose en définitive sur l'expression de l'opinion publique réalisée grâce à la discussion et au jeu des idées* »[2455]. Bien sûr, logique représentative et logique incarnative ne sont pas analogues mais il peut paraître vain de vouloir les dissocier. Denis BARANGER note ainsi que « *le régime parlementaire est porteur des différenciations nécessaires, dans la théorie libérale, à l'accomplissement de la liberté politique, tandis que le Président est l'instance grâce à laquelle on évitera de tomber « dans la mer infinie de la dissimilitude »* »[2456]. Si ces deux conceptions invoquent l'opinion publique au soutien de leur démonstration, il ne s'agit sans nul doute pas de la même. L'une est expression de la pluralité là où l'autre ne s'exprime finalement qu'au singulier.

[2452] Olivier BEAUD, *Á la recherche de la légitimité de la Vème République*, Mélanges Troper, op. cit., p. 155.

[2453] NECKER, *De l'administration des finances de la France*, op. cit., p. 58.

[2454] CHATEAUBRIAND, De la monarchie selon la Charte, Chap. XXIII Du ministère sous la monarchie représentative. Ce qu'il produit d'avantageux. Ses changements forcés, op. cit.

[2455] Cour suprême canadienne, SAUMUR C. CITY OF QUÉBEC, [1953] 2 R.C.S. 299, p. 330. La formule sera reprise par la Cour dans sa décision RENVOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC, [1998] 2 R.C.S. 217.

[2456] *Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la Vème République*, DROITS, n°44, 2007, p. 41.

L'analyse des rapports respectifs entre l'opinion publique et les deux pouvoirs constitués que sont l'exécutif et le législatif témoigne donc également de ce que la question de la légitimité ne peut s'extraire du droit constitutionnel[2457]. Celle-ci, ainsi que l'avait souligné Paul ROUBIER, « *a toujours joué un grand rôle en droit public* ». Le grand professeur lyonnais avait toutefois pointé du doigt l'ambiguïté inhérente à ce type d'interrogations puisqu'il rappelait que les querelles de légitimité (morale, politique) étaient devenues plus rares « *avec les gouvernements d'opinion à caractère électif* »[2458]. La légitimité serait donc une question de valeurs politiques, de morale et non une question juridique proprement dite. Ou, pour reprendre les propos de John AUSTIN, « *l'existence du droit est une chose. Ses mérites ou ses torts en est une autre* ». L'analyse juridique de la légitimité reviendrait ainsi à la vider *a priori* de sa substance, même si « *d'autres terrains ont été choisis pour la lutte politique,* […] *et cette lutte a des conséquences sur le terrain juridique* »[2459]. Ainsi peut-on considérer que légalité et légitimité forment un couple dont les termes sont à la fois distincts et complémentaires, selon le point de vue d'où l'on se place : titulaires du pouvoir politique ou sujets politiques[2460]. En d'autres termes, l'étude menée démontre également que « *le problème politique par excellence n'est pas tant la question de qui détient le pouvoir, mais du moyen de contrôler et de limiter celui-ci. Le bon gouvernement ne se juge pas à l'aune du petit ou du grand nombre de ceux qui le possèdent mais du petit ou grand nombre des choses qu'il leur est autorisé de faire* »[2461]. C'est pourquoi la démocratie d'opinion se veut aussi une démocratie marquée par la prééminence du droit[2462].

[2457] Contra Michel TROPER pour qui « *la question juridique est la spécificité de la puissance propre à l'État* » [et non pas] *les questions sociologiques ou politiques du consentement et de la légitimité* », *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 154.

[2458] *De la légitimité des situations juridiques*, Mélanges Dabin, Vol. 1, Paris, Éd. Sirey, 1963, p. 265.

[2459] Ibid., p. 269.

[2460] Il s'agit là de la célèbre thèse de Norberto BOBBIO : « *le pouvoir légitime est un pouvoir dont le titre est juste ; un pouvoir légal est un pouvoir dont l'exercice est juste. La légitimité est la perspective d'où se place d'ordinaire le titulaire du pouvoir ; la légalité est la perspective d'où se place d'ordinaire le sujet. Là où le puissant invoque la légitimité, le sujet invoque la légalité. Que le pouvoir soit légitime, c'est l'intérêt du souverain ; qu'il soit légal, c'est l'intérêt du sujet. Quant au souverain, la légitimité est ce qui fonde son droit, la légalité ce qui fonde son devoir ; quant au sujet, au contraire, la légitimité du pouvoir est le fondement de son devoir d'obéissance, la légalité du pouvoir est la garantie principale de son droit de ne pas être opprimé* », *Sur le principe de légitimité*, IN *L'idée de légitimité*, Paris, Institut international de philosophie politique, Coll. Annales de philosophie politique, n°7, 1967, p. 49, reproduit IN DROITS, n°32, 2000, p. 149. Pour une reprise de cette analyse, cf. également Josiane BOUYAD-ALOUB, *Légitimité, légalité et vie politique*, IN BOULAD-AYOUB Josiane et BONNEVILLE Luc (Dir.), *Souverainetés en crise*, op. cit., pp. 73-80.

[2461] Norberto BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, Paris, Cerf, 1996, p. 70.

Titre 2. La démocratie d'opinion ou la société sous l'emprise du droit

« Il serait peut-être désirable qu'il existât un tribunal assez haut placé dans l'opinion publique et assez éloigné des luttes de parti pour trancher, avec toute l'autorité qui appartient à un juge impartial et éclairé, les conflits de droit constitutionnel qui peuvent surgir entre les différents pouvoirs »[2463].

Selon Marcel GAUCHET, parallèlement au renforcement de la prééminence de l'exécutif, tend à se « *dégager par différenciation, non tant pour s'y substituer que pour la compléter, le duo inédit formé, d'un côté, par le pouvoir arbitral du juge et, de l'autre côté, par le pouvoir informel de l'opinion* »[2464]. Alors que l'émancipation du pouvoir exécutif peut se comprendre comme une tentative pour le corps politique de se saisir lui-même au travers d'une représentation comprise comme identification, le couple de l'opinion et du juge tend au contraire à affirmer l'extériorité du pouvoir. Portés par la montée de l'individualisme, les deux pouvoirs sont alors pensés comme similaires dans leur nature : exerçant une fonction de surveillance, ils rappellent que la représentation est mise à distance, séparation et pluralisme des pouvoirs. C'est en ce sens que la démocratie d'opinion apparaît comme une démocratie judiciaire (**CHAPITRE 1**). Il apparaît donc évident que les assemblées législatives sont seulement aujourd'hui une des formes de l'exercice concret de l'esprit public. L'opinion publique ne gouverne pas mais elle s'incarne dans une figure rhétorique et discursive de contestation *via* la métaphore du Tribunal de l'opinion publique. Ainsi, alors que la doctrine constitutionnelle s'est longtemps interrogée sur l'interprète de l'opinion publique[2465], nombreux sont ceux qui estiment que l'avènement de la justice

---

[2462] Giovanni SARTORI va implicitement dans ce sens en ce qu'il considère que « *la démocratie comme principe de légitimité se prête à deux interprétations divergentes : que le consentement du peuple peut être une simple présomption, une hypothèse non vérifiée ; qu'il n'y a pas de consentement démocratique, tant que celui-ci n'est pas vérifié par des procédures ad hoc (qui excluent notamment le consentement par acclamation)* », *The Theory of democracy revisited*, op. cit., pp. 369-370. On relèvera le refus ici de la théorie schmittienne du pouvoir et donc d'une certaine forme d'expression de l'opinion publique.

[2463] MICHOUD, cité par Jules-Xavier BREMOND, *Des actes de gouvernement*, RDP, 1896, p. 46.

[2464] *La Révolution des pouvoirs (…)*, op. cit., p. 36.

[2465] Luigi LACCHÈ, *Per una teoria costituzionale dell' opinione pubblica (…)*, op. cit., p. 285.

constitutionnelle a profondément modifié l'institutionnalisation de l'opinion publique. La démocratie d'opinion se conçoit alors comme une démocratie constitutionnelle[2466] (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La démocratie d'opinion ou l'émergence d'un pouvoir judiciaire

« Un gouvernement électif, un gouvernement d'opinion peut-il être en conflit sérieux avec ses juges ? En d'autres termes, un pouvoir renouvelable qui tient toute son investiture périodique du renouvellement de la confiance de l'opinion peut-il consentir à être jugé, c'est-à-dire à l'occasion tué raide par une poignée de bonshommes habillés de peau de lapin ? Non, cela n'est pas possible. Cela n'est pas et ne sera pas »[2467].

Avec le déclin du légicentrisme, le droit est devenu un mode dominant d'organisation de la vie collective dont le juge est le principal architecte. « *L'émancipation juridique de la société civile* »[2468] permet au juge de se faire l'interprète de l'opinion publique : ainsi, « *à coté du mandat exercé par les représentants, le prétoire contribue à agrandir l'espace de la démocratie* »[2469]. Une telle conception repose bien évidemment sur le postulat que la démocratie ne se limite pas au principe électif mais que le juge exerce un pouvoir au nom du peuple, plus précisément en osmose avec ce contre-pouvoir que représente l'opinion publique (section **1**). Á cette revendication de formes nouvelles d'expression correspond toutefois une formidable remise en cause de l'État souverain comme lieu du politique. L'émergence du pouvoir judiciaire est dès lors concomitante avec la transformation de la démocratie représentative en une démocratie d'imputation. De toute évidence, au-delà des perturbations de l'ordre juridique qu'il entraîne, le gouvernement d'opinion s'inscrit dans une problématique plus générale de remise en cause de la place des structures publiques dans la société. Ainsi, l'inadaptation des mécanismes de responsabilité politique a-t-elle été un terreau favorable au développement de la démocratie d'opinion, démocratie utopique et régressive en ce qu'elle se veut une démocratie sans institution. La

---

[2466] Cf. Jean-Marc Février, *La démocratie constitutionnelle, paradigme de la démocratie ?*, in Cabanel Patrick et Février Jean-Marc (Dir.), *Questions de démocratie*, op. cit., pp. 397-414.

[2467] Charles Maurras, *L'Action française* du 7 avril 1914, reproduit in *Dictionnaire politique et critique*, T. II, 1932-1933, pp. 373-374, cité par Dominique Turpin, *Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui*, commentaire, n°58, 1992, pp. 381-390.

[2468] Selon la jolie formule de Denis Salas, *Le juge aujourd'hui*, droits, n°34, 2001, p. 63.

[2469] Ibid., p. 63.

démocratie judicaire tend alors à se transformer en une démocratie d'imputation où seule importe la recherche d'un bouc émissaire[2470] (**SECTION 2**).

Section 1. La démocratie d'opinion, une démocratie judiciaire

Ainsi que le rappelle l'apostrophe célèbre de Me MORO-GIAFFERI à son tribunal[2471], les relations qu'entretiennent justice et opinion publique sont ambiguës à bien des égards. Pendant longtemps le juge n'a été pensé que comme un automate en charge d'opérations juridiques d'application, une extériorité tant par rapport aux autres pouvoirs constitués que par rapport à la société civile[2472]. Mais cette conception de la justice héritée de la période révolutionnaire est aujourd'hui battue en brèche par l'emprise croissante de la justice sur la société[2473]. Si cette avancée de la justice est incontestablement politique, elle est souvent présentée comme une grande avancée démocratique (**SOUS-SECTION 1**). Cette avancée démocratique doit néanmoins nécessairement s'inscrire dans l'espace public. Au regard de la fonction politique et sociale qu'ils prétendent tous deux exercer, comprendre les relations entre justice et médias apparaît alors comme indispensable. D'évidence, c'est sous le signe d'une « *instrumentalisation réciproque* » que ceux-ci se placent, et l'étude des mécanismes juridiques tend à démontrer que « *la justice recourt aux médias suivant des stratégies visant à situer l'exercice de la fonction de justice dans le cadre de rapports de force exigeant de prendre le social à témoin* »[2474]. En d'autres termes, les médias sont un instrument nécessaire à l'instauration d'un lien de confiance entre le public et l'institution judiciaire (**SOUS-SECTION 2**).

[2470] « *Une grande partie de la jeunesse actuelle et même de la population de tout âge, désemparée par les difficultés de l'existence, le chômage et la pauvreté, n'est que trop disposée à chercher des boucs émissaires qu'on lui désigne sans mise en garde réelle* », opinion dissidente des Juges GOLCUKLU, RUSSO, VALTICOS sous CEDH, JERSILD c. DANEMARK, 23 septembre 1994, précité.

[2471] « *L'opinion publique, chassez-là cette intruse, cette prostituée qui tire le juge par la manche* », cité par le Président du Tribunal de Versailles Jean-Yves MONFORT, *La part de responsabilité des journalistes*, Le Monde, 8 février 2006.

[2472] La formulation la plus claire en a été donnée par CLERMONT-TONNERRE : « *le pouvoir judiciaire, ce que l'on appelle improprement le pouvoir judiciaire, est l'application de la loi ou volonté générale à un fait particulier, ce n'est donc en dernière analyse que l'exécution de la loi* », AP, T. 15, p. 425.

[2473] Comme le note Lucien KARPIK, La justice « *est intervenue pour affirmer, instaurer ou restaurer des principes fondateurs de la vie sociale.* […] *La matière est intégralement politique* », *L'avancée de la justice menace-t-elle la République ?*, LE DÉBAT, n°110, 2000, p. 230. Il convient de rappeler ici que la justice s'entend de l'ensemble des institutions qui permettent de rendre justice, c'est-à-dire de juger les procès, de trancher des litiges opposant de simples particuliers entre eux, ou des particuliers et l'État, le terme s'appliquant aux cours et tribunaux des deux ordres de juridiction, l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

[2474] Jacques COMMAILLE, *L'exercice de la fonction de justice comme enjeu de pouvoir entre Justice et Médias*, Droit et Société, n°26-1994, p. 13.

Sous-Section 1. La justice comme pouvoir politique et démocratique

Pour une large part, la doctrine s'accorde à dire que « *jamais depuis la Révolution française la justice n'a occupé une telle position de pouvoir* »[2475]. En effet, s'il y a encore quelques années la justice ne se dissociait pas de l'État dont elle était la ceinture de force (**Paragraphe 1**), son émancipation actuelle suscite une double dynamique de fascination et de répulsion. La modernité juridique exacerbe le modèle de l'État de droit qui tend à s'appuyer sur le juge et le juriste, figures emblématiques de la raison juridique[2476]. Aujourd'hui, le qualificatif d'autorité judiciaire a bien vieilli, une partie de la doctrine allant même jusqu'à souhaiter une justice « *tiers-pouvoir* »[2477], voire une justice « contre-pouvoir ». Quels que soient les termes utilisés, tous expriment plus ou moins l'idée qu'un État de droit commande autre chose qu'une justice simple autorité judiciaire ; il appelle une justice forte et indépendante[2478], capable de faire face aux autres pouvoirs et d'opposer à leurs abus le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il est aujourd'hui classique d'affirmer que le pouvoir judiciaire est solidement constitué alors qu'il est d'évidence que nos constituants successifs ont toujours refusé l'existence d'un pouvoir judiciaire, un tel pouvoir n'étant à leurs yeux ni possible, ni même souhaitable. Nonobstant les dénégations de ceux que le mot effraie, c'est donc bel et bien la théorie des contre-pouvoirs qui est au cœur de ces nouvelles problématiques (**Paragraphe 2**).

[2475] Lucien Karpik, *L'avancée de la justice menace-t-elle la République ?*, op. cit., p. 251.

[2476] Comme le souligne Denys Simon, « *après le pontife, le roi et le représentant du peuple, c'est le juge qui devient la figure emblématique de la rationalité juridique* », *La communauté de droit*, in Labayle Henri et Sudre Frédéric (Dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, n°27, 2000, p. 94.

[2477] Denis Salas, *Le tiers-pouvoir. Vers une autre justice*, Paris, Hachette, Coll. Pluriel, 1998. Pour une transposition de cette théorie au juge constitutionnel, notamment à travers une analyse des débats révolutionnaires, cf. Philippe Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., pp. 198-228 en particulier.

[2478] « *La neutralité sert à dénoter simplement la propriété d'un tiers indépendant.* […] *L'indépendance doit être entendue en deux sens liés. D'une part, le tiers qui juge doit être indépendant et neutre vis-à-vis des deux parties en conflit avec qu'elles puissent lui faire confiance et qu'il soit ainsi capable de résoudre le conflit avec justice. D'autre part, dans un État constitutionnel, le tiers doit être indépendant des autres pouvoirs et institutions étatiques (en particulier de l'exécutif et du législatif) ; dans le cas contraire, il lui sera impossible de trancher les litiges auxquels ces divers organes d'État prennent part* », Pasquale Pasquino, *Voter et juger : la démocratie et ses droits*, op. cit., p. 785.

Paragraphe 1. Le pouvoir judiciaire : d'un pouvoir refusé à un pouvoir revendiqué[2479]

Un bref rappel historique semble ici nécessaire afin de mieux saisir les enjeux en présence quant à une transformation de l'institution judiciaire en un véritable pouvoir politique[2480]. La magistrature judiciaire est née en France au XIVème siècle avec l'apparition d'une grande juridiction, le Parlement de Paris, « *clairement séparée de la Cour du roi et composée de juges professionnels, choisis pour leur compétence juridique et non pour leur rang dans la société de l'époque* »[2481]. La magistrature désigne alors tant les juges (magistrature assise) que les membres du ministère public (magistrature debout), cette distinction apparaissant dès le Moyen-Âge. Les « gens du roi », recrutés par le roi, sont alors chargés d'intervenir lorsque l'État a des intérêts à défendre ou lorsque le bien public est en cause. A travers la notion de bien public, le pouvoir cherche en fait à contrôler la société. La puissance de l'État s'est en effet affirmée en France face à une société dispersée en de multiples féodalités au moyen d'un système procédural dominé par la concentration des pouvoirs[2482]. Ainsi, progressivement mais irrésistiblement pendant plusieurs siècles, l'État a confisqué la justice seigneuriale et ecclésiastique et organisé son appareil central autour du Bailli et du Sénéchal, puis, bientôt, à partir des Parlements qu'il a créés de manière ininterrompue du XIIIème au XVIIIème siècle. La justice a attiré à elle toutes les autres fonctions de police, d'administration, de fiscalité et d'hygiène publique[2483]. Mais, dès l'Édit de Saint-Germain en 1641, on fait « *très expresse défense en inhibition à ses cours de prendre connaissance de toutes affaires qui peuvent concerner l'État, administration et gouvernement ni celui que nous réservons à notre seule personne* ». Cet Édit fut confirmé par deux arrêts du Conseil des 19 octobre 1656 et 8 juillet 1661. L'État cesse d'être un État de justice pour devenir un État administratif, organisé par un budget centralisé et par des administrateurs (les intendants et

---

[2479] Jean FOYER, *La justice : histoire d'un pouvoir refusé*, POUVOIRS, n°16, 1980, pp. 17-29.

[2480] Pour une vue d'ensemble, cf. Jean-Pierre DUPRAT, *La représentation, le législateur et le juge*, IN *Le concept de représentation dans la pensée politique*, op. cit., pp. 469-489.

[2481] Joël HAUTEBERT, *Magistrat*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. p. 980.

[2482] Ernst KANTOROWICZ a ainsi bien montré comment le pouvoir du juge est né de la volonté de l'Empereur de disposer d'une arme au service exclusif de l'État et de la personne sacrée du Prince : « *il est logique que l'inquisition d'État ait trouvé sa principale application contre les coupables de lèse-majesté qui, en tant qu'incroyants de l'État, étaient le pendant des hérétiques de l'Église. De fait, les procès d'inquisition relevaient de la haute cour et s'accompagnaient d'un cérémonial particulier* », *L'Empereur Frédéric II*, Paris, Gallimard, 1987, p. 223.

[2483] Blandine KRIEGEL, *État de droit ou Empire ?*, Paris, Bayard, Coll. Le temps d'une question, 2002.

plus tard les préfets). Dans le même temps, les juges sont marginalisés : les Parlements de l'Ancien Régime, dont les offices de justice avaient d'abord été vénalisés puis bientôt patrimonialisés sous Henri IV, ont été le marchepied d'une sécession de la justice. Comme le souligne alors Blandine KRIEGEL, « *les Parlements sont alors devenus des corps de privilégiés, centrés sur leurs intérêts privés, hostiles à toutes les réformes d'intérêt général* »[2484]. Cette victoire de l'État administratif sur l'État de justice n'est pas sans portée. Elle est à la base d'une conception faisant des juridictions des serviteurs de la loi. Tant la création d'un Tribunal de cassation établi près du corps législatif[2485] que l'interdiction des arrêts de règlements permettent de saisir le poids du légicentrisme : la justice, c'est la bouche de la loi. Comme l'avait déjà montré BODIN, le souverain est peut-être un magistrat, si l'on entend par magistrat toute personne qui a part au pouvoir public, qui prend des décrets et des décisions, mais ce n'est pas un juge qui arbitre après un procès en appliquant la loi[2486]. En d'autres termes, « *la souveraineté ne sera pas judiciaire, l'épée de justice cédera à l'autorité de la décision législative, obtenus au nom du bien commun par une promulgation de la volonté souveraine.* […] *L'attribut du citoyen ne sera pas d'élire les juges ou de participer à la justice ; l'acte politique par excellence sera une décision de l'autorité. La volonté générale l'emportera sur l'entendement judiciaire* »[2487]. Ainsi, du point de vue juridique, l'ordre judiciaire ne s'est pas construit comme un système de pouvoir mais comme un montage technique qui a pour fonction de dire le droit : le rôle de contre-pouvoir lui est alors expressément refusé par les articles 10[2488] et 13[2489] de la loi du 17-24 août 1790 qui empêchaient les Tribunaux de « *connaître des actes de l'administration de quelque espèce qu'ils soient* » sous peine de forfaiture[2490]. De même,

---

[2484] Blandine KRIEGEL, *Réflexions sur la justice*, Paris, Plon, 2001, p. 23.

[2485] Le 1er décembre 1790 est institué un Tribunal de cassation établi près du Corps législatif en quelque sorte chargé de juger les juges et de casser celles de leurs décisions intervenues « en contravention expresse de la loi », expression de la volonté générale et seule source normative admise. Cf. Dominique TURPIN, *Pouvoir ou autorité juridictionnelle*, RDP, n°spécial VIème République, 2002, pp. 383-392.

[2486] « *Le magistrat, après le souverain, est la personne principale de la République, et sur lequel se déchargent ceux qui ont la souveraineté* », *Les six livres de la République*, Livre III, Chap. IV.

[2487] Blandine KRIEGEL, *État de droit ou Empire ?*, op. cit., p. 105.

[2488] « Les tribunaux ne pourront pas 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 »

[2489] Cet article fixe le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives : les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs en raison de leurs fonctions ».

[2490] Georges VEDEL, *La loi des 16-24 août 1790 : texte ? Prétexte ? Contexte ?*, RFDA, n°5-1990, pp. 698-711.

l'article 5 du Code civil vient disposer qu'« il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Enfin, dans le même sens, l'article 127 du Code Pénal leur interdit de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif.

Juridiquement, les organes de la justice n'ont pas de mandat comparable à celui du législatif ou de l'exécutif. Dès lors, ainsi que l'avait souligné LINGUET à propos de la résistance des Parlements au pouvoir royal à la veille de la Révolution, l'appui de l'opinion publique appert comme central dans le processus de légitimation de l'institution judiciaire[2491]. Politiquement, « *il est vrai que l'osmose entre pouvoir, juge et droit peut renvoyer à un pouvoir prétorien, le pouvoir bourgeois élaborant un droit de classe mis en œuvre par les juges issus eux-mêmes de la bourgeoisie. Mais ce schéma ne définit pas un pouvoir pour le juge. La justice n'est qu'un appareil lié à la classe dominante et chargée d'assumer ses besoins contentieux* »[2492]. Sans partager totalement cette analyse, à forte connotation marxiste, nous nous accordons néanmoins à penser que la légitimité du pouvoir judiciaire est bien un problème récurrent, au cœur de la dialectique autorité-pouvoir[2493]. Comme l'affirme Denis SALAS, « *la légitimité du juge est toute entière dans la visibilité démocratique de son mode de décision, attestant qu'il n'est soumis ni à la raison d'État, ni à l'attraction émotionnelle des conflits. Être aux yeux de tous hors de la cause qu'il doit poursuivre et trancher : sa légitimité à intervenir n'est pas ailleurs* »[2494]. Or, le laconisme de la constitution relativement à l'autorité judiciaire relève à l'évidence une certaine indifférence des constituants à l'égard de cette question. Lors des travaux préparatoires à la Constitution, les débats touchant à la justice sont relativement pauvres[2495]. Quant au Général DE GAULLE, il considère la justice comme une extériorité, les deux seuls pouvoirs publics possibles étant l'exécutif et le législatif[2496]. Poursuivant ainsi la tradition

[2491] Ainsi les Parlements étaient-ils en train de « *faire passer* [leurs] *excès pour un résultat de l'opinion publique, et ensuite d'en arracher au trône une légitimation solennelle* », op. cit., pp. 45-46.

[2492] André DEMICHEL, *Le pouvoir judiciaire est de retour*, ESPRIT, n°1-2001, pp. 212-218.

[2493] Cf. Dominique TURPIN, *Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui*, COMMENTAIRE, n°58, 1992, pp. 381-390.

[2494] Denis SALAS, *Le tiers pouvoir*, op. cit., p. 188.

[2495] Ainsi Pierre-Henri TEITGEN, député MRP et professeur de droit public, déclare-t-il lors des débats devant la Commission du suffrage universel de l'AN le 1er juin 1958 : « *en France, il n'y a pas de pouvoir judiciaire mais une autorité judiciaire et elle est chargée d'appliquer la loi. On nous propose de hausser l'autorité judiciaire au rang de pouvoir, et parce qu'elle devient un pouvoir, on lui permet de contrôler la constitutionnalité des lois… C'est le gouvernement des juges* », Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, op. cit., T. I, p. 148, cité par Olivier BEAUD, *La justice comme problème constitutionnel*, Mélanges Royer, *Figures de justice*, Centre d'Histoire Judiciaire Éditeur, 2004, p. 541.

[2496] « *L'autorité indivisible de l'État est confiée toute entière au Président…, qu'il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni judiciaire, qui ne soit conférée et maintenue par lui* », Conférence de presse du 31

ancienne du Conseil, l'institution judiciaire a uniquement pour objet d'assister l'exécutif dans la mise en œuvre de la politique de la Nation[2497]. Pour autant, si la légitimité du pouvoir politique est fondée sur le suffrage universel, celle de l'autorité judiciaire repose sur la Constitution. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il imposé au législateur organique, seul compétent pour organiser le statut des magistrats en vertu de l'article 64 de la Constitution[2498], de se conformer aux règles et principes de valeur constitutionnelle[2499]. Dès lors, Guillaume DRAGO peut affirmer à juste titre que « *la Constitution de la Vème République qui place clairement les juges sous la protection du chef de l'Exécutif, conduit malgré tout, par les mécanismes du contrôle de constitutionnalité, à les placer sous la protection de la Constitution* »[2500].

Simple autorité judiciaire dans notre système constitutionnel, la justice occupe toutefois une place grandissante dans le système politique, au point de prétendre aujourd'hui au statut valorisant de « contre-pouvoir » assumé par la justice américaine[2501].

Paragraphe 2. La justice comme contre-pouvoir[2502]

L'idée qu'à chaque pouvoir il faut opposer un autre pouvoir et qu'il n'y a pas de démocratie qui vaille sans contre-pouvoirs nous vient d'Amérique. La culture juridique nord-américaine est

---

janvier 1964. Cf. Jean-Pierre ROYER, *Histoire de la justice en France : de la monarchie absolue à la République*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 3ème Éd., 2001, p. 935 et s.

[2497] Olivier BEAUD rappelle par ailleurs que le statut initial du Conseil supérieur de la magistrature illustre cette « doctrine », ce dernier ayant été pensé dans la Constitution (article 65) « *beaucoup plus comme un conseil de type gouvernemental que comme la source d'un troisième pouvoir* », Christine BRÉCHON-MOULÈNES, *L'impossible définition du Conseil supérieur de la Magistrature*, RDP, n°3-1973, p. 605, cité par Olivier BEAUD, *La justice comme problème constitutionnel*, op. cit., p. 543.

[2498] Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, LOI ORGANIQUE MODIFIANT L'ORDONNANCE N° 58-1270 DU 22 DÉCEMBRE 1958 PORTANT LOI ORGANIQUE RELATIVE AU STATUT DE LA MAGISTRATURE, Cons. 6.

[2499] Et le Conseil de préciser : « *en particulier doivent être respectées, non seulement le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire et la règle de l'inamovibilité des magistrats du siège, comme l'exige l'article 64 de la Constitution, mais également le principe d'égalité de traitement des magistrats dans le déroulement de leur carrière, qui découle de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* », Décision n°4-355 DC du 10 janvier 1995, Cons. 4. Pour une réflexion plus générale sur le rôle joué par le Conseil constitutionnel dans la construction juridictionnelle de la séparation des pouvoirs, cf. Alain PARIENTE, *Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs*, IN PARIENTE Alain (Dir.*), La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 65-76.

[2500] *Le corps judiciaire. Essai de définition à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Mélanges Decocq, op. cit., p. 192.

[2501] Élisabeth ZOLLER, *La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française*, RIDC, n°3-2001, pp. 559-574.

[2502] Fabrice HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

ainsi fondée sur la fragmentation des pouvoirs : « *quand on dessine le cadre d'action d'un futur gouvernement qui va donner à des hommes le pouvoir de gouverner d'autres hommes, la plus grande difficulté est la suivante : il faut donner aux gouvernants les moyens de contrôler les gouvernés mais il faut en retour donner aux gouvernants les moyens de se contrôler eux-mêmes. Le premier moyen pour y parvenir consiste évidemment à rendre les gouvernants dépendants du suffrage des gouvernés ; mais l'expérience nous a appris que d'autres précautions supplémentaires sont nécessaires* »[2503]. Ces précautions supplémentaires, ce sont les « checks and balances », autrefois désignées par la terminologie classique de « freins et contrepoids », et aujourd'hui traduites par l'expression plus séduisante de contre-pouvoirs. Comme le disait MONTESQUIEU, « *pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* ». Or, le Baron de la Brède avait bien précisé que « *des trois puissances dont nous avons parlé, celle des juger est en quelque façon nulle* » et que, pour lui, « *les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi : des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* »[2504]. En d'autres termes, la conception de la fonction juridictionnelle repose sur la fiction du « juge-automate », la solution de justice prenant la forme du syllogisme dont la prémisse est la majeure, la mineure le fait, et la conclusion la sentence[2505]. Très vite, cette fiction laisse la place à une position faisant du juge l'interprète de la loi, le but du juge n'étant pas alors de poser des règles mais de « subsumer sous des règles » et donc de découvrir quelle règle s'applique à un cas particulier[2506]. On ne peut

[2503] James MADISON, *The Federalist Papers*, n°51, op. cit., p. 322.

[2504] MONTESQUIEU, *L'Eprit des lois*, Livre XI, Chap. VI. Cette position théorique semble confirmée au lendemain de la Révolution puisque le législateur instaure l'automaticité des peines dans le « code de fer » de 1791, puis dans le Code pénal de 1810. Elle n'est toujours pas nécessairement abandonnée dans les États démocratiques : ainsi, la Chambre des représentants de Californie a-t-elle votée la loi du *Three strikes and you are out* qui prévoit de condamner un délinquant à perpétuité avec une peine de sûreté d'environ vingt-cinq ans lors de sa troisième infraction.

[2505] Cette analyse de MONTESQUIEU, notamment défendue par Michel TROPER, est remise en cause par des auteurs privilégiant une approche plus contextualiste. Ainsi, Carlos Miguel PIMENTEL estime que MONTESQUIEU a « *le souci de forger une forme française de la doctrine de la séparation des pouvoirs : le roi de France étant législateur en même temps qu'il gouverne, la séparation législatif-exécutif n'y aurait aucun sens.* […] *l'indépendance du pouvoir judiciaire, dans l'Esprit des lois, est le seul moyen de garantir la permanence de la Constitution monarchique : si le roi jugeait lui-même* [citant MONTESQUIEU] « *la Constitution serait détruite… la crainte s'emparerait de tous les esprits… : plus de confiance, plus d'honneur, plus d'amour, plus de sûreté, plus de monarchie* », *Le sanctuaire vide (…)*, op. cit., pp 127-128. De même, certains soulignent qu'il s'agit là d'une interprétation de MONTESQUIEU qui n'était pas partagée par tous, en témoigne le débat qui opposa PORTALIS à GARAT-MAILLA lors de la rédaction du Code civil. Cf. Guy CANIVET, *Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale*, APD, T. 50, 2006, pp. 9-10.

[2506] Pour une analyse des débats théoriques autour du syllogisme normatif, cf. Pierre BRUNET, *Irrationalisme et anti-formalisme. Sur quelques critiques du syllogisme normatif*, DROITS, n°39, 2004, pp. 197-217 ; Jean-Marie DENQUIN, *Réflexions sur le syllogisme judiciaire*, Mélanges Troper, op. cit., pp. 373-385.

comprendre cet aspect du juge qu'en examinant la nature de la norme elle-même, dont le sens n'existe qu'à travers de multiples applications, qui supposent qu'un interprète tranche entre les sens possibles : comme l'explique Michel TROPER, « *une fois déterminée quelle sera la loi applicable, il faut encore en interpréter le texte, c'est-à-dire déterminer la prémisse majeure, qui n'est donc pas non plus un donné, mais un construit. La loi n'est en effet pas une norme générale, mais un énoncé, dont la signification est une norme générale. Il faut donc interpréter cet énoncé pour déterminer quelle est la norme générale qu'il exprime. Or, l'interprétation est une activité de la volonté. Elle est donc discrétionnaire* »[2507]. A partir de cette position, le juge, interprète de la loi, tend à s'émanciper de la tutelle de l'exécutif : « *les magistrats rompent avec l'exécutif et ébauchent devant l'opinion ce qui s'apparente à un véritable contre-pouvoir,* […] *la justice réfère la démocratie à des principes fondamentaux et impose désormais un cadre juridique à la puissance étatique* »[2508].

Si la mise en évidence du caractère discrétionnaire de l'interprétation a contribué à l'accession de la justice au stade adulte, l'importance des facteurs institutionnels ne doit pas non plus être négligée. Outre la création de la Cour de justice de la République, qui aboutit à renforcer l'emprise du droit pénal sur la vie politique française, la réforme du Conseil Supérieur de la Magistrature par la Loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 constitue un tournant essentiel. Un de ses objets principaux a été de restreindre le pouvoir de nomination du Président de la République, lequel a perdu la prérogative de désigner l'ensemble de ses membres, pour n'en nommer plus qu'un dans chaque formation. L'autre modification importante de cette révision porte sur l'extension des pouvoirs du CSM qui entraîne, mécaniquement, une réduction des pouvoirs du Président de la République. Cela vaut surtout pour la carrière des magistrats du siège pour laquelle, en vertu du nouvel article 65 alinéa 5, l'institution dispose désormais d'un véritable pouvoir de décision[2509]. Cette réforme témoigne d'une autonomisation du CSM par rapport au pouvoir exécutif, et donc, de la justice par rapport à celui-ci[2510]. Néanmoins,

---

[2507] *Le pouvoir judiciaire et la démocratie*, Mélanges Cohen-Jonathan, op. cit., p. 1577. Cf. également du même auteur, *La fonction de juger est-elle un pouvoir ?*, RPP, n°354, 1991, pp. 31-34.

[2508] Denis SALAS, *Le tiers pouvoir*, op. cit., p. 145.

[2509] Concernant les magistrats du parquet, en matière disciplinaire, le CSM ne fait que donner un avis sur le principe de la peine et sur son *quantum*. Cet avis ne lie pas le garde des Sceaux qui doit exercer son pouvoir discrétionnaire. CE, 12 janvier 2004, CAZALS, JCPA, n°11/12-2004, p. 376.

[2510] Le Conseil d'État a néanmoins jugé que le CSM « *fait partie de l'organisation de l'ensemble du service judiciaire* » (CE, Ass., 17 avril 1953, FALCO ET VIDAILLAC) et que, dès lors, relèvent de l'organisation du service judiciaire et donc de la compétence du juge administratif, non seulement l'organisation mais aussi le fonctionnement du CSM (CE, Ass., 12 juillet 1969, L'ÉTANG). En d'autres termes, le CSM est considéré comme une sorte de juridiction administrative spécialisée, alors même qu'il est le symbole supposé de

l'équilibre des pouvoirs apparaît souvent comme précaire et donne lieu parfois à des passes d'armes médiatiques assez symptomatiques de l'enjeu. Deux exemples récents peuvent être ici évoqués.

Premièrement, suite à la condamnation d'Alain JUPPÉ par le TGI de Nanterre le 30 janvier 2004 et aux éventuelles pressions qui auraient été imposées aux juges de Nanterre, le Président de la République a demandé au Premier ministre, sans préjudice de l'ouverture, le cas échéant, d'une information judiciaire et de la saisine du Conseil supérieur de la magistrature, de recourir à une mission d'enquête administrative indépendante, composée des trois plus hauts magistrats français[2511], chargée « *d'établir les faits et de proposer au gouvernement les mesures et les sanctions qui lui incomberaient le cas échéant* ». Cette décision semblait pourtant contraire à l'article 64 de la Constitution selon lequel le Président de la République n'exerce sa mission de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire qu'assisté du CSM[2512], certains auteurs n'hésitant pas à parler « *d'une véritable entorse à l'État de droit.* […] *Dans l'État de droit, on ne crée pas du fait du Prince une institution ad hoc hors de celles prévues* »[2513]. Pourtant, le Conseil d'État, saisi par le syndicat de la magistrature, a estimé qu'« *aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe ne faisait obstacle à ce que le Premier ministre constitue une commission consultative chargée de l'éclairer sur le bon fonctionnement du service public de la justice et d'autres services publics dont le gouvernement a la charge ; qu'en outre, la création de cette commission, qui n'est investie et n'aurait d'ailleurs pu légalement être investie d'aucun pouvoir de contrainte à l'égard de l'autorité judiciaire, n'est susceptible de porter, par elle même, aucune atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, à celui de la séparation des autorités administratives et judiciaires ou aux compétences du Conseil supérieur*

---

l'indépendance de l'autorité judicaire. Cf. Jean GICQUEL, *Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République*, Mélanges Ardant, op. cit., pp. 289-303.

[2511] Respectivement le vice-président du Conseil d'État, le premier président de la Cour de Cassation et le premier président de la Cour des Comptes.

[2512] Certains auteurs rappelaient ainsi la décision du Conseil constitutionnel n°89-271 DC du 11 janvier 1990 où la Haute juridiction affirmait « *qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autre autorité administrative* », Cons. 6.

[2513] Dominique ROUSSEAU, Le Monde, 6 février 2004, p. 6. Dans un avis rendu le 28 avril 2004, le CSM avait estimé que les magistrats de Nanterre avaient « *pris leurs précautions nécessaires pour garantir leur indépendance* ». Cf. Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, *Chronique constitutionnelle française*, POUVOIRS, n°110, 2004, p. 208. On peut néanmoins ajouter que trois précédents existent. En 1985, suite à l'Affaire du Rainbow Warrior ; en mars 1986, suite à l'affaire des ventes d'armes à l'Iran par la société Luchaire ; en 1993, suite à l'affaire des écoutes téléphoniques de la « cellule » antiterroriste de l'Élysée.

de la magistrature »[2514]. Cette affaire démontre en tous les cas l'importance pour les pouvoirs exécutif et judiciaire d'élargir le champ de l'espace public tout en se posant comme le seul et unique interlocuteur de l'opinion publique[2515].

Ensuite, la commission d'enquête parlementaire relative à l'affaire d'Outreau a mis en exergue la tension qui peut exister entre la souveraineté nationale et le principe de la séparation des pouvoirs. Huit jours après l'audition du juge d'instruction Fabrice BURGAUD, le CSM a ainsi transmis le 16 février 2006 un avis au Président de la République rappelant fermement le principe de la séparation des pouvoirs[2516] et l'importance de la notion de secret professionnel pour les magistrats[2517]. Mis en cause comme l'expression d'un corporatisme déplacé[2518], l'avis du CSM ne semble toutefois pas nier le principe même d'une commission d'enquête parlementaire sur un dysfonctionnement de la justice, service public de l'État, mais se veut critique sur la façon dont se sont déroulées les auditions[2519]. Le risque est celui d'« *une approche trop compassionnelle de*

[2514] CE, Sect., 25 février 2005, SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE.

[2515] On peut également mentionner les propos récurrents de Nicolas Sarkozy, alors Ministre de l'Intérieur, fustigeant le manque de sévérité de certains tribunaux et qui avaient suscité une réaction acerbe du premier président de la Cour de cassation : « *cette nouvelle atteinte à l'indépendance de l'autorité judiciaire et la polémique qui s'ensuit, opposant les institutions publiques, affaiblissent tout autant le crédit de la justice que l'autorité de l'État* », Le Monde, 23 septembre 2006.

[2516] « *En ce moment exceptionnel où l'Assemblée nationale s'interroge sur la manière dont la justice est rendue, le CSM estime de son devoir constitutionnel de rappeler les principes fondamentaux de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire, qui, dans un État de droit, déterminent la place et le fonctionnement de la justice. Ces principes impliquent que les pouvoirs publics se gardent de toute ingérence dans la prise de décision du magistrat. De même que le juge ne saurait refaire la loi, les autres pouvoirs doivent s'abstenir de refaire la décision juridictionnelle* ». Cette position s'appuie sur une interprétation stricte des propos de MONTESQUIEU selon lequel « *il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice* », *L'esprit des lois*, op. cit., p. 328. Pour une défense de cette position, cf. Yves BENHAMOU, *La commission d'Outreau et la séparation des pouvoirs*, D., n°9-2007, pp. 589-590.

[2517] « *Au vu des auditions de magistrats par la commission d'enquête* […], *le Conseil déplore que ceux-ci aient été interrogés sur l'élaboration de leurs décisions juridictionnelles. Il doit rappeler avec force que les juges ne peuvent être contraints de s'en justifier autrement que par la motivation prescrite par la loi* ».

[2518] Yves MICHAUD, *Une justice sans contrôle et sans limites ?*, Le Monde, 24 février 2006.

[2519] Cf. en ce sens Jacques ROBERT, *La Nation et ses juges*, RDP, n°3-2006, pp. 547-562. L'auteur insiste sur le fait que les magistrats auditionnés ne risquaient aucune sanction devant la Commission et que des auditions ne découlerait aucun jugement au sens juridique du terme mais un rapport ; cf. également Guy CARCASSONNE, *Le CSM a une étrange vision de la séparation des pouvoirs*, Le Monde, 19-20 février 2006.

certaines questions qui renvoient à une image déformée de la réalité judiciaire »[2520] et qui aboutit nécessairement à mettre en cause l'indépendance de la magistrature[2521].

Deux impératifs constitutionnels dominent donc désormais le statut des magistrats : d'une part, le principe d'indépendance, indissociable de l'exercice de toute fonction judiciaire, et l'exigence de capacité qui résulte de l'article 6 de la Déclaration de 1789[2522] d'autre part. Néanmoins, la question du statut peut également apparaître secondaire au regard de la fonction même de juger[2523]. Et à cet égard, la prise de conscience de leur indépendance chez les magistrats, et plus particulièrement par les magistrats du siège, apparaît comme l'élément crucial expliquant l'émergence d'un véritable pouvoir judiciaire. En effet, si les magistrats du siège disposaient déjà, *de jure*, de l'indépendance, il leur restait encore à l'exercer *de facto*[2524]. En ce qui concerne les magistrats du parquet, qui composent le ministère public, la situation reste toute autre d'un point de vue statutaire. Le principe de subordination du Parquet au garde des Sceaux posé par l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative à la magistrature trouve une expression pénale dans l'article 36 du code de procédure pénale, puisque le ministre de la Justice « peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance » et « lui enjoindre par instructions écrites et versées au dossier de la procédure d'engager des poursuites »[2525], ainsi que dans le nouvel article 30, introduit par la loi Perben II

[2520] Lettre ouverte des magistrats de la Cour d'appel de Douai à la Commission d'enquête parlementaire d'Outreau, rapportée par Le Monde, 18 février 2006, p. 11.

[2521] Pour un point de vue pénaliste, cf. Yves Strickler, *Après la crise de l'affaire d'Outreau. L'émotion et la procédure pénale*, LPA, n°149-2006, pp. 8-11.

[2522] 2003-466 DC du 20 février 2003, Cons. 3 et 4. Cf. Thierry Renoux, *Le statut des magistrats, garant de la démocratie*, LPA, n°121-2003, pp. 4-12.

[2523] Telle est notamment la position défendue par Charles Eisenmann : « *J'affirme que les données relatives à la fonction, ou du moins certaines d'entre elles, ont une sorte de priorité, qu'elles sont le premier facteur, celles relatives au statut n'étant qu'un facteur secondaire, de moindre importance. Je veux dire que les éléments relatifs à la fonction fixent irrévocablement, immuablement, par eux seuls, le plan où les organes de justice vont se situer dans l'appareil étatique, leur position relative par rapport aux autres groupes d'organes, aux autres branches de cet appareil. Quel qu'il soit, le statut des juges n'y pourra plus rien changer : ces éléments auront déterminé la situation et le rôle de la justice sans retour* », *La justice dans l'État*, reproduit in *Écrits de théorie du droit (…)*, op. cit., p. 151.

[2524] Guy Carcassonne, *La Constitution*, Paris, Le Seuil, 1997, pp. 265-266. Cette indépendance est fréquemment rappelée : ainsi, à une question du sénateur Michel Charasse qui reprochait aux juridictions d'employer dans le dispositif des jugements et arrêts l'expression « communauté », le garde des sceaux Dominique Perben a répondu que l'indépendance reconnue constitutionnellement aux magistrats sud siège s'opposait à ce que des instructions leur soient adressées concernant la rédaction de leurs décisions, dès lors qu'elles sont rendues en langue française, Réponse ministérielle n°22959, 27 avril 2006, JO Q Sénat 19 octobre 2006, p. 2665.

[2525] Depuis les lois des 4 janvier et 24 août 1993.

portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui ajoute que « le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le gouvernement » et qu'il « veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République ». Á cette fin, « il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique ». Conformes à la tradition constitutionnelle[2526] et à la conception française de la séparation des pouvoirs[2527], ces dispositions confirment le caractère hiérarchisé du ministère public[2528]. S'appuyant sur un fondement légal, la décision ministérielle d'adresser des instructions au Parquet demeure empreinte de discrétionnarité[2529]. Or, dans ce cadre, le garde des sceaux a surtout montré qu'il se préoccupait des affaires qui émeuvent l'opinion[2530]. Pour certains, tel Chaïm PERELMAN, le pouvoir accordé au ministère public de juger de l'opportunité des poursuites peut être considéré comme

---

[2526] Ainsi François MITTERRAND dans une allocution prononcée le 30 novembre 1990 devant la Cour de cassation affirmait-il que « *ceux qui, hors la magistrature, par ignorance ou sectarisme contestent par exemple le rôle du Parquet devraient apprendre ou réapprendre que selon notre tradition très ancienne d'avant la révolution française, c'est le pouvoir exécutif chargé de l'ordre public qui a, naturellement, la responsabilité des poursuites et que cette tradition existe dans bien d'autres démocraties et ce, dans le cadre de dispositions qui, chez nous, laissent au Parquet une grande marge d'appréciation. Nous ne reviendrons pas là-dessus* », cité par Pascal MBONGO, *L'originalité statutaire des magistrats du Parquet et la Constitution*, POUVOIRS, n°115, 2005, p. 171.

[2527] « *L'article 30 nouveau du Code de procédure pénale, qui définit et limite les conditions dans lesquelles s'exerce cette autorité, ne méconnaît ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle* », n°2004-492 DC du 2 mars 2004, Cons. 98. Notons que jusqu'à une décision de janvier 2005 de la Cour suprême américaine, les magistrats américains se devaient de suivre à la lettre les recommandations des *sentencing guidelines*, directives fédérales créées au milieu des années 80 et proposant un cadre rigide et précis fixant les peines minimales et maximales pour de nombreuses infractions.

[2528] « *Le Conseil* [Supérieur de la Magistrature] *ne doute pas de la nécessité de soumettre l'ensemble des magistrats du ministère public à une structure hiérarchique. L'absence de hiérarchie, et la dispersion des pratiques professionnelles des magistrats du parquet qui en résulteraient, seraient de nature à nuire gravement à l'efficacité de leurs missions et heurteraient le principe de l'égalité des citoyens devant la loi. En outre, le gouvernement qui « conduit la politique de la Nation » ne disposerait pas du moyen lui permettant de mettre en œuvre les grandes orientations de la politique pénale* », Rapport du CSM, 2001, http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/rapports-annuels/rapport-2001.htm ; l'existence de liens de subordination hiérarchique entre les membres du parquet est également confirmée par la jurisprudence du juge administratif lorsque celui-ci se prononce en matière disciplinaire : ainsi, un substitut du procureur qui omet d'informer le procureur d'éléments d'enquête importants agit en violation des obligations découlant de l'article 5 de l'ordonnance organique du 22 décembre 1958, CE, 20 juin 2003, M. STILINOVIC.

[2529] Á la suite de DWORKIN, on peut donner trois sens à la discrétionnarité. Dans un premier sens, le pouvoir d'appréciation est faible, compris comme la nécessité de faire appel dans l'application d'une norme, non à une application mécanique mais au jugement de l'organe, celui-ci pouvant porter tant sur les faits que sur la signification de la norme. Dans le deuxième sens, le pouvoir discrétionnaire correspond à la faculté de prendre des décisions de dernier ressort. Enfin, dans un dernier sens, le pouvoir discrétionnaire peut être dit fort en ce que la liberté de choix de l'organe n'est pas liée par des normes préexistantes. *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., pp. 31-32.

un moyen « *d'introduire une certaine souplesse et une certaine flexibilité dans l'application du droit pénal* », mais il doit tenir compte « *de l'évolution de l'opinion publique* »[2531]. La situation actuelle n'est alors pas en soi contraire à l'esprit de la loi. Pour d'autres, cette reprise en main hiérarchique doit être dénoncée en ce qu'elle porte inévitablement atteinte à l'indépendance du corps des magistrats[2532]. Mais quelle que soit la position adoptée, on ne peut que constater l'importance de l'opinion publique dans les relations entre pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire.

On peut néanmoins regretter que cette promotion politique de la justice soit indissociablement liée à la multiplication des affaires, et donc favorise la sollicitation massive de la justice pénale[2533]. La justice, par le fait qu'elle revendique notamment le contrôle de l'action et de la vertu des gouvernants (et des administrateurs), se comporte comme une instance en mesure de demander des comptes aux gouvernants, et de les sanctionner. La portée de cet événement ne saurait être sous-estimée : c'est parce que la criminalisation de la responsabilité, « *entendue*

[2530] Ces dernières années les exemples ne manquent pas : on peut ainsi mentionner l'appel du non-lieu prononcé dans l'affaire du sang contaminé, l'annonce d'une procédure judiciaire contre Metaleurop, l'intervention apaisante après la mort du jeune Vincent Humbert, les instructions pour ouvrir une information sur les dérapages de l'humoriste Dieudonné, ou encore d'une manière plus générale le rôle joué par le garde des Sceaux dans l'affaire d'Outreau. D'un point de vue théorique, la doctrine considère que la rationalité de la décision s'appuie sur un certain nombre de facteurs telle que la gravité des faits, l'auteur des faits, l'existence de victimes identifiables et le degré de réparation du dommage qui leur a été causé. Ces « *référents décisionnels* » structurent l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et, comme le souligne Dworkin, ces propositions ne « *dictent pas les résultats* » mais « *font pencher une décision dans une direction même si ce n'est pas d'une manière décisive* » et qui lorsqu'elles entrent en conflit avec d'autres principes « *demeurent intactes, même si elles ne l'emportent pas* », *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 35. Pour une tentative de systématisation de la discrétionnarité en matière pénale, cf. Michel Van de Kerchove, *Fondement et limites du pouvoir discrétionnaire du ministère public : aux confins de la légalité*, Sociologie et sociétés, Vol. 18, n°1-1986, pp. 77-96

[2531] *Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse*, in Perelman Chaïm et Vander Elst Raymond (Dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, op. cit., p. 366.

[2532] Il est toutefois admis que les magistrats ne peuvent eux-mêmes remettre en cause les choix du Garde des sceaux, au nom de leur devoir de réserve. Ainsi, « *le devoir de ne méconnaître d'aucune manière l'indépendance des magistrats du siège est pour tout magistrat un devoir de son état ; omet d'observer ce devoir le magistrat qui écrit, dans un article publié dans un quotidien national : « Dans une affaire de ce calibre, le maître du non-lieu, c'est le Garde des sceaux »* », décision du CSM du 24 mars 1966.

[2533] « *Aujourd'hui,* […] *le temps de la politique se confond avec celui des affaires. Aux yeux de l'opinion, il n'existe pas l'un sans l'autre* […] *La politique évoque désormais irrémédiablement, de près ou de loin, les « affaires », où penche à son tour, immanquablement, le fléau de la Justice. Il ne nous est donné de voir que des politiques corrompus. Il ne nous est donné d'entendre que des magistrats justiciers* ». Régis De Castelnau, *Pour l'amnistie*, Paris, Stock, 2001, p. 157, cité par Olivier Beaud, *La justice comme problème constitutionnel*, op. cit., p. 538.

comme le contrôle par la voie pénale de l'action politique »[2534], s'est développée de manière exponentielle que la justice est devenue, en France, un véritable pouvoir politique[2535]. Et c'est parce qu'elle est devenue un véritable pouvoir politique qu'elle peut désormais prétendre à être appelée un pouvoir judiciaire.

Sous-Section 2. Les médias comme instrument de confiance dans l'institution judiciaire

Dans un État de droit, la justice exerce de manière certaine une fonction sociale en ce qu'elle se veut un facteur de démocratie. La relation qui unit l'opinion publique à l'institution judiciaire ne se fait dès lors pas sur un mode hiérarchique, mais tout au contraire sur un modèle « *d'interaction horizontale, sans préordonnancement des places et en l'absence de comportements préétablis* [où] *la construction de la confiance devient centrale* »[2536]. En d'autres termes, l'autorité ne se décrète pas et l'émergence d'un véritable pouvoir judiciaire est indubitablement liée à la confiance du public dans l'institution (**Paragraphe 1**). Bien évidemment, ce phénomène n'est pas propre à notre modernité. Ainsi, dès la fin de l'Ancien Régime, les mémoires judiciaires apparaissent très vite comme des gages de transparence mais surtout comme la voix du public[2537]. Néanmoins, si le caractère public du procès est aujourd'hui reconnu et protégé par les

---

[2534] Antoine Garapon et Thierry Pech, *L'impossible réforme de la justice*, in Salas Denis (Dir.), *La Justice, une révolution démocratique*, op. cit., p. 231.

[2535] Rappelons que pour Charles Eisenmann, un pouvoir juridique n'exerce un pouvoir politique que « *s'il s'agit de décisions qui ont une portée collective – en l'espèce nationale –* [et] *s'il s'agit de décisions libres juridiquement parlant – c'est à dire qui ne sont pas prescrites, qui ne sont pas rendues obligatoires par une règle de droit* ». Dès lors, « *un pouvoir politique est un pouvoir de prendre des décisions libres à portée collective* », *La justice dans l'État*, op. cit., p. 161. Pour une analyse de la pensée d'Eisenmann sur cette question, cf. Olivier Beaud, *La justice comme problème constitutionnel*, op. cit., pp. 544-547.

[2536] François Ost, *Le rôle du juge : vers de nouvelles loyautés ?*, Cahiers de l'IHEJ, *Le rôle du juge dans la Cité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 38.

[2537] Les mémoires judiciaires, obligatoirement signés par un avocat, sont en théorie des documents privés, souvent des longs plaidoyers qui prennent la forme de pamphlets entre cinq et deux cents pages et dont l'usage aurait dû être réservé aux tribunaux. En réalité, ces écrits échappent à toute censure et sont le plus souvent publiés. Ainsi, « *c'est en portant des affaire particulières privées, devant le « public » de la Nation, et en réclamant le jugement de ce public, que le mémoire acquiert son statut privilégié de texte médiateur et mobilisateur. En vertu d'un processus dialectique, ou circulaire, le mémoire reçoit sa justification d'une opinion publique qu'en retour il contribue à former* », Sarah Maza, *Le tribunal de la Nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'Ancien Régime*, Annales ESC, n°1-1987, p. 79.

juridictions[2538], l'interprétation extensive de ce principe mise en avant par les journalistes interroge sur les relations entre justice et médias, notamment lorsque ces derniers tendent à se substituer au « *rituel du procès* »[2539] (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La confiance du public dans l'institution judiciaire : une nécessité dans une société démocratique

L'importance de la presse comme moyen de communiquer des informations d'intérêt général, telles que celles qui concernent le fonctionnement de la justice, est véritablement devenue un leitmotiv dans nos démocraties modernes. Comme aime à le rappeler la Cour européenne, « *la presse représente en effet l'un des moyens dont disposent les responsables politiques et l'opinion publique pour s'assurer que les juges s'acquittent de leurs hautes responsabilités conformément au but constitutif de la mission qui leur est confiée* »[2540]. Pour ce faire, il est également admis que « *la liberté journalistique comprend le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation* »[2541]. En d'autres termes, comme le souligne Paul Martens, si le pouvoir est toujours sérieux, il se doit de tolérer la satire[2542]. Il ne s'agit donc pas de s'interroger sur la remise en cause par des tiers d'une décision de justice ayant autorité de chose jugée, mais davantage sur la manière dont la presse rend compte de l'arrêt, l'article 10 de la Convention protégeant aussi bien la substance des idées et informations exprimées que leur mode d'expression[2543]. L'opinion publique sera alors le médium par lequel on évaluera la confiance dans l'institution judiciaire, indispensable au bon fonctionnement de l'État de droit. En d'autres termes, la liberté de la presse se doit d'être conciliée avec d'une part, l'autorité du pouvoir judiciaire (**Sous-Paragraphe 1**), et d'autre part l'impartialité du pouvoir judiciaire (**Sous-Paragraphe 2**).

[2538] « *La publicité des procédures des organes judiciaires visée à l'article 6 § 1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public : elle constitue aussi l'un des moyens qui contribuent à préserver la confiance dans les cours et les tribunaux* », CEDH, Pretto c. Italie, 8 décembre 1983, § 21.

[2539] Le procès peut en effet être défini comme « *un répertoire de gestes, de mots, de formules et de paroles, de temps et de lieux consacrés, destinés à exprimer un conflit sans mettre en péril l'ordre et la survie du groupe* », Antoine Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 24.

[2540] CEDH, 26 avril 1995, Prager et Oberschlick, § 34.

[2541] CEDH, 24 février 1997, De Haes et Gijsels c. Belgique, § 47.

[2542] Á propos des abus éventuels, « *le juge est fatalement amené à en règlementer l'usage. Il devra discerner la défense des grandes valeurs de celles des petits intérêts* […]. *Il devra donc séparer* […] *les vertus critiques de la satire et la vulgarité médiocre de l'injure, le respect des personnes et la susceptibilité des puissants, …* », Paul Martens, *La plaisanterie et le droit*, op. cit., p. 173.

[2543] CEDH, 23 mai 1991, Oberschlick c. Autriche (n°1), § 57.

Sous-Paragraphe 1. L'autorité du pouvoir judiciaire : une évidence démocratique ?

La confiance que les citoyens peuvent placer dans l'institution judiciaire dépend bien évidemment du statut reconnu constitutionnellement aux magistrats, mais, dans une démocratie d'opinion, elle doit également, pour ne pas dire surtout, ne pas être écornée par des attaques médiatiques particulièrement virulentes. Ainsi, le rôle de « *chien de garde* »[2544] qui a été attribué aux médias doit néanmoins s'articuler avec la réputation personnelle des magistrats, mais aussi la confiance du public dans la justice. Dans cette hypothèse, la jurisprudence insiste tout particulièrement sur deux points : d'une part, les magistrats sont tenus à un devoir de réserve qui les oblige à utiliser la presse avec parcimonie[2545] ; d'autre part, les magistrats doivent bénéficier d'une protection particulière contre les attaques dénuées de tout fondement alors même que le magistrat est soumis à un devoir de réserve lui interdisant de réagir à des propos éventuellement calomnieux et offensants[2546]. Ce devoir de réserve intervient alors comme un élément renforçant les restrictions à la liberté d'expression du journaliste. Suivant la formule rituelle de la Cour, les limites de la critique admissible sont donc plus restreintes en ce qui concerne les magistrats que pour les hommes politiques dans la mesure où il ne leur est pas permis de répondre[2547]. Au devoir de réserve des magistrats correspond donc comme une sorte de corollaire un devoir de prudence chez les journalistes.

[2544] CEDH, Bladet Tromso et Stensaas c. Norvège, précité, § 62. L'usage de cette expression marque un parallélisme fort entre la fonction de l'opinion publique et celle dévouée aux médias. Rappelons ainsi que James Bryce qualifiait l'opinion publique de « *chien de garde dont il faut tolérer les aboiements, même lorsque la personne qui approche n'a pas de mauvaises intentions* », *La République américaine*, *T. III*, op. cit., p. 401.

[2545] La jurisprudence du CSM se montre ainsi particulièrement sévère à l'égard des magistrats qui utiliseraient la presse pour dénigrer certains de leurs collègues : « *Les propos tenus par un magistrat auprès d'un journaliste, tantôt injurieux, tantôt portant atteinte à l'honneur et à la considération d'un autre magistrat dans sa vie privée et dans son activité professionnelle, constituent de la part de celui qui les a proférés un manquement à la réserve, à la dignité et à l'honneur, qui prend d'autant plus de relief que l'intéressé a couru sciemment le risque qu'ils soient portés à la connaissance du public par son interlocuteur dont les intentions n'étaient pas dissimulées* », décision du 14 juin 1993. De même, « *faillit à sa mission et à ses devoirs, le magistrat qui livre à la presse ses états d'âme ou ses intentions sur la conduite d'une information qui lui a été confiée en rendant public un certain nombre de commentaires sur l'affaire et notamment sur l'inculpé, de telles confidences ne pouvant être admises de la part d'un juge d'instruction, lequel ne doit communiquer avec l'extérieur que par des décisions rendues conformément aux règles de la procédure pénale* », décision du 16 décembre 1993. Sur l'ensemble des ces questions, cf. Olivier Joulin, *La liberté d'expression des magistrats*, politeia, n°9, 2006, pp. 203-217.

[2546] « *Il peut s'avérer nécessaire de protéger celle-ci* [la justice] *contre des attaques destructrices dénuées de fondement sérieux, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir* », CEDH, 26 avril 1995, Prager et Oberschlick, § 34.

[2547] Depuis l'arrêt Lingens, précité, § 42. Cette position est également celle du CSM : « *Si la liberté d'expression reconnue aux magistrats, notamment à ceux du ministère public, leur ouvre, comme à tout citoyen, le droit à la critique, celle-ci doit s'exprimer en évitant les excès susceptibles de donner de la justice une image dégradée ou partisane* », Décision du 20 janvier 1972.

Cette autolimitation des journalistes a pour but de préserver l'autorité du pouvoir judiciaire qui, selon la Cour européenne, reflète « *l'idée que les tribunaux constituent les organes appropriés pour statuer sur les différends juridiques et se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence quant à une accusation en matière pénale, que le public les considère comme tels et que leur aptitude à s'acquitter de cette tâche lui inspire du respect et de la confiance* »[2548]. Celle-ci peut en effet se trouver mise à mal par des comptes-rendus d'audience qui verraient les journalistes s'ériger en seuls juges de l'affaire[2549], voire à critiquer la manière dont se déroule le procès[2550]. La conciliation de la liberté d'expression du journaliste, qui doit permettre la libre discussion d'un problème d'intérêt général, avec le respect de l'autorité judiciaire, que certains vont jusqu'à qualifier de notion « *autonome et objective* »[2551], risque pourtant d'aboutir à une surprotection de l'institution judiciaire en imposant un compte-rendu descriptif et technique, à l'exclusion de tout

---

[2548] CEDH, 27 octobre 1978, SUNDAY TIMES C. ROYAUME-UNI, § 55.

[2549] Dans le même ordre d'idées, la Commission européenne des droits de l'homme avait refusé à une chaîne de télévision de diffuser des comptes-rendus d'audience sous la forme de films joués par des acteurs, Com. EDH, 9 mars 1987, G. HODGSON, D. WOOLF PRODUCTIONS LTD., NATIONAL UNION OF JOURNALISTS, CHANNEL FOUR TELEVISION CO. LTD. C. ROYAUME-UNI. La Commission avait également refusé à la presse d'accéder à une sale d'audience pendant la procédure de fixation de la peine, Com. EDH, 13 avril 1989, C. LTD C. ROYAUME-UNI.

[2550] Cass. crim., 10 mai 1994, Bull. crim. n°181 : à propos d'un commentaire mentionnant que « ce qui est certainement regrettable, c'est l'omniprésence vocale de la présidente qui ne peut manquer de savoir quel poids elle a sur les jurés. Même si elle ne comprend pas ou n'accepte pas le système de défense de l'accusé, elle ne devrait pas donner l'impression de quitter son habit pour un autre », la Cour souligne que « *si l'exercice de la liberté de communication est garanti par l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 et par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ne peut être l'objet de restrictions ou de sanctions dans les cas déterminés par la loi du 19 juillet 1881 ; que s'il est légitime d'informer le public sur le fonctionnement de la justice, le but ainsi poursuivi ne dispense pas le journaliste des devoirs de prudence, de circonspection, d'objectivité et de sincérité dans l'expression de la pensée* ». Ainsi que le souligne Laure MERLAND, « *les cahiers des charges des chaînes de télévision relaient ces exigences en faisant obligation aux journalistes de veiller à ce que ne soient pas « commentées les décisions juridictionnelles dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance » »*, *La télévision, instrument de démocratisation du droit ?*, RRJ, n°5-2006, pp. 2725.

[2551] Antoine BERTHE, *Le compte-rendu d'audience et « l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire »*, note sous CEDH, 29 août 1997, Worm c. Autriche, RTDH, 1998, pp. 619-637.

commentaire positif ou négatif sur une affaire en cours[2552]. Á de rares exceptions près[2553], la crainte d'un « second procès » dans les médias incite généralement les juridictions à une assez grande fermeté envers les journalistes, même si, dans une démocratie d'imputation, celle-ci semble assez théorique[2554].

En outre, l'autorité du pouvoir judiciaire peut naturellement être écornée par l'attitude de certains journalistes qui useraient de critiques particulièrement violentes ou offensantes envers des magistrats. L'affaire PERNA C. ITALIE illustre par exemple cette hypothèse: ainsi, un journaliste qui écrit qu'un magistrat, en entrant dans la magistrature, prête un triple serment d'obédience à

[2552] Ibid., p. 630. Dans l'affaire WORM, en effet, le requérant était un journaliste qui couvrait le procès de M. Androsch, ancien ministre des finances autrichien poursuivi pour fraude fiscale, et qui fut accusé d'avoir exercé une « *influence abusive sur une procédure pénale* » en vertu de l'article 23 de la loi autrichienne sur les médias. La condamnation prononcée par les juridictions autrichiennes fut jugée justifiée et proportionnée au but légitime de protection de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire, en lui reprochant d'avoir affirmé la culpabilité de l'accusé avant le prononcé définitif du jugement, portant atteinte au principe selon lequel « *les tribunaux constituent les organes appropriés pour statuer sur les différends juridiques et se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence quant à une accusation en matière pénale* » (§ 40). Comme le soulignent les juges CASADEVALL et JUNGWIERT dans leur opinion partiellement dissidente sous l'arrêt WORM, si des restrictions se justifient dans des situations d'une particulière gravité et pouvant porter atteinte à l'ordre public et sans qu'il soit alors nécessaire « *d'établir l'existence d'un risque réel quelconque* », il en va probablement différemment en ce qui concerne des débats d'intérêt général, y compris celles portant sur le bon fonctionnement de la justice, RTDH, 1998, pp. 618-619.

[2553] Par exemple, dans une décision du 21 novembre 2005, le Tribunal correctionnel du Havre a relaxé le journaliste auteur d'une contre-enquête intitulée *Affaire Josacine, le poison du doute* où il remet en cause la thèse retenue par la Cour d'assises de Seine-Maritime en 1997. Dans ses attendus, le tribunal accorde le bénéfice de la bonne foi en estimant que sa « *volonté de tenter de réparer ce qu'il estime être une erreur judiciaire doit être considérée comme une démarche légitime de la part d'une personne qui a vocation à éclairer l'opinion* ». Le journaliste a, selon le tribunal, « *apporté à la rédaction de son livre des éléments sérieux puisés au cours de l'enquête, de l'information judiciaire et également tirés des débats de la Cour d'assises* [et] *est resté dans son rôle, la sincérité de sa démarche ne pouvant être suspectée* ».

[2554] De ce point de vue, la Cour tend néanmoins à distinguer clairement entre le prétoire et des déclarations faites à la presse. Par exemple, si la Cour a eu l'occasion d'énoncer qu'« *eu égard au rôle clé des avocats dans ce domaine* [l'action des tribunaux] *on peut attendre d'eux qu'ils contribuent au bon fonctionnement de la justice et ainsi, à la confiance du public en celle-ci* », réaffirmant par là même que « *les avocats ont le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice* », les arguments employés bénéficient d'une plus grande protection s'ils ne « *sortent pas de la salle d'audience* », CEDH, 21 juin 2002, NIKULA C. FINLANDE, § 45, 46, 52. Á l'inverse, des critiques adressées par voie de presse à un magistrat sont davantage susceptibles de porter atteinte à la bonne administration de la justice, CEDH, 20 mai 1998, SCHÖPFER C. SUISSE, § 34. En outre, le public doit avoir confiance en la capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables et l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un avocat emporte, par sa nature même, un « *effet dissuasif* », non seulement sur l'avocat concerné lui-même, mais aussi sur la profession dans son ensemble, STEUR C. PAYS-BAS, préc., § 44. La solution du juge européen semble conforme à un certain idéal démocratique et rappelle les propos de FALCONNET : « *Qu'est-ce que le juge ? La voix du souverain, Qu'est-ce que l'avocat ? La voix de la Nation !* », *Le barreau français*, p. 31, cité par Sarah MAZA, *Le Tribunal de la Nation*, op. cit., p. 79.

Dieu, à la loi et au Parti communiste et met en œuvre une politique d'entrisme de ce dernier, peut être condamné pour diffamation sans que cette ingérence soit jugée par la Cour comme disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi[2555] ; comme le souligne la Cour de Strasbourg, « *les questions d'intérêt général sur lesquelles la presse a le droit, dans le respect de ses devoirs et des ses responsabilités, de communiquer des informations et des idées comprennent celles concernant le fonctionnement du pouvoir judiciaire. Cependant, l'action des tribunaux qui sont garants de la justice et dont la mission est fondamentale dans un État de droit, a besoin de la confiance du public. Aussi convient-il de la protéger contre des attaques dénuées de fondement, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats de réagir* »[2556]. En l'espèce, la Cour insiste également sur le fait que le requérant n'a jamais cherché à prouver la véracité des faits reprochés au magistrat et qu'il « *visait à transmettre à l'opinion publique un message clair et dénué de toute ambiguïté* »[2557]. Ainsi que le remarque un commentateur, « *en des temps où il n'est malheureusement pas rare que la Justice soit en accusation et où trop souvent la presse se plaît à offrir à l'opinion publique l'occasion de juger ses juges, une telle présentation du chef du parquet de Palerme portait sûrement atteinte à la confiance des citoyens* »[2558]. En d'autres termes, le droit de critique des juges et de leurs actes ne saurait être admis qu'à de strictes conditions, les attaques *in personem*, fondées sur des imputations inexactes n'étant pas protégées par l'article 10 de la CEDH[2559]. Néanmoins, le juge de Strasbourg semble infléchir cette jurisprudence face à des réactions émotionnelles qui auraient secoué l'opinion publique[2560], laissant entendre que dans ces circonstances, le magistrat ne bénéfice pas d'une

[2555] CEDH, 25 juillet 2001, PERNA C. ITALIE. Voir également l'arrêt rendu en Grande Chambre le 6 mai 2003 où la Cour décide d'examiner les différentes affirmations contenues dans l'article, non pas isolément, mais dans leur globalité, afin de ne pas dénaturer l'essence même de l'article.

[2556] CEDH, 25 juillet 2001, PERNA C. ITALIE, § 38.

[2557] CEDH, Grande chambre, 6 mai 2003, PERNA C. ITALIE, § 47.

[2558] Patrick DE FONTBRESSIN, Le militantisme du juge, un danger pour les libertés ? (En marge à l'arrêt Perna de la Cour européenne du 6 mai 2003), RTDH, n°5-2004, pp. 430-431.

[2559] CEDH, 22 février 1989, BARFOD C. DANEMARK, § 35. Une telle solution est également présente en droit interne puisque l'article 11 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 protège les magistrats contre les menaces, outrages, injures ou diffamations dont ils peuvent faire l'objet. Voir par ex. CE, 28 mai 2003, MME L.

[2560] Ainsi dans l'arrêt DE HAES ET GIJSELS, des articles de presse avaient violemment attaqué une décision de justice concernant l'attribution, dans une procédure de divorce, de la garde de ses enfants au père, alors même que des actes de pédophilie et d'inceste lui étaient reprochés, ainsi qu'une admiration pour les thèses néonazies. Dans les articles en cause se trouvaient par exemple des expressions telles que « deux enfants broyés entre les mâchoires de la justice aveugle. L'inceste est autorisé en Flandre », « la moitié de la Flandre a été choquée par cette justice tordue », ou encore des allusions, qualifiées néanmoins « *d'inadmissibles* » par la Cour, au passé collaborationniste du père d'un des magistrats. En se fondant sur le droit d'informer, et parce que les journalistes se sont appuyés en l'espèce sur des recherches fouillées, la

protection spéciale contre les attaques virulentes dont il est l'objet ; on ne peut alors que souscrire à la belle formule de Patrick DE FONTBRESSIN selon laquelle « *s'il incombe au journaliste de dénoncer les spectacles qui sont la honte d'une société, sa dignité doit résider dans le souci constant de ne pas inciter l'opinion à détruire le « décor » de l'État de droit, par une généralisation hâtive ou par la démesure des propos* »[2561]. Elle est la condition *sine qua non* pour que la justice puisse établir la confiance du public dans le lien démocratique[2562].

Sous-Paragraphe 2. L'impartialité du juge, entre liberté de la presse et droit à un procès équitable

La confiance du public ressort inévitablement de l'impartialité de l'institution judiciaire, définie comme « *l'absence de préjugé ou de parti pris* »[2563]. Ainsi, selon la formule libérale, la soumission du pouvoir judiciaire au principe de publicité « *permet de relever et de critiquer tout abus* »[2564] du corps judiciaire et permet d'assurer la transparence du fonctionnement de la justice. Garantie par l'article 6 de la CEDH, l'impartialité du pouvoir judiciaire, parfois qualifiée de « *condition sine qua non du système juridique entier* »[2565], a permis un développement notable de la notion de procès équitable « *marquée en particulier par l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice* »[2566]. L'impartialité peut donc s'appréhender sous

---

Cour estime qu'une condamnation des deux journalistes de l'hebdomadaire Humo est disproportionnée, admettant de ce fait que des réactions émotionnelles puissent désacraliser l'institution judiciaire. En ce sens, cf. Patrick DE FONTBRESSIN, *Liberté d'expression, vie privée et impartialité du juge*, RTDH, 1998, pp. 581-587.

[2561] Ibid., p. 586.

[2562] Hélène PAULIAT, *La Justice, un instrument de confiance dans la démocratie ?*, IN GABORIAU Simone et PAULIAT Hélène (Dir.), *Justice et démocratie*, PULIM, 2003, pp. 487-504.

[2563] CEDH, 29 août 1997, WORM C. AUTRICHE, § 40.

[2564] John Stuart MILL, *Le gouvernement représentatif*, op. cit., p. 43. Dans la pensée du célèbre philosophe anglais, il est certain que la publicité des actes s'applique à l'ensemble des pouvoirs constitués.

[2565] Marie-Anne FRISON-ROCHE, *L'impartialité du juge*, D., 1999, Chron., p. 53.

[2566] CEDH, 30 octobre 1991, BORGERS C. BELGIQUE, § 34. S'est notamment posée la question de l'indépendance structurelle du Conseil d'État français et de sa compatibilité avec la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, notamment suite à la condamnation du Luxembourg dans une décision où la Cour avait estimé que « *le seul fait que des personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions les deux types de fonctions (consultatives et juridictionnelles) est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle du Conseil d'État luxembourgeois* », CEDH, 28 septembre 1995, PROCOLA C. LUXEMBOURG, § 45. Néanmoins la Cour n'a pas une vision dogmatique de la séparation des pouvoirs en ce qu'elle a précisé récemment que « *la Convention n'oblige pas les États à se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique concernant les limites admissibles à l'interaction entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire* […]. *Il n'y a pas lieu d'appliquer une doctrine particulière de droit constitutionnel à la situation du Conseil d'État français et de statuer dans l'abstrait sur la compatibilité organique et fonctionnelle de la consultation du Conseil d'État en ce qui concerne les projets de loi et les décrets d'application avec l'article 6 § 1* », CEDH, 9 novembre 2006, Société SACILOR-LORMINES C. FRANCE, § 71. L'impartialité structurelle du Conseil d'État est donc remise en cause uniquement dans les

un double aspect : d'une part, un aspect subjectif, où la Cour tente de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur ou quel était son intérêt dans une affaire particulière, et une démarche objective d'autre part, amenant à rechercher si des faits peuvent appuyer un doute légitime[2567]. Dans le cadre de la démarche subjective, le juge européen a toujours considéré que l'impartialité d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire[2568]. En d'autres termes, le critère subjectif est étroitement lié au critère objectif puisqu'il ne faut qu'aucun élément de fait ne vienne faire naître dans l'esprit d'un commentateur objectif un doute quant à l'impartialité de la juridiction en cause[2569], les deux démarches n'étant de toutes les façons pas exclusives l'une de l'autre. Il convient donc de « *garantir l'impartialité du pouvoir judiciaire* [car] *il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer à l'accusé, au pénal, et aussi au justiciable en général* »[2570]. En d'autres termes, même si l'impartialité ne se confond pas avec la neutralité[2571], elle « se donne à voir » et il est impératif que les autorités judiciaires fassent preuve de la plus grande discrétion[2572] dans l'exercice de la fonction de juger et ce « *afin de garantir leur*

cas où un membre de la formation de jugement ayant à connaître d'un litige aurait participé à l'adoption d'un avis préalablement au litige, et dans l'hypothèse où les questions soumises à la section consultative ne soient pas analogues ou ne concernent pas la même affaire ou la même décision. Cf. David Szymczak, *Le dualisme fonctionnel du Conseil d'État au révélateur de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvelles réponses, nouvelles incertitudes. Á propos de l'arrêt Sacilor-Lormines*, JCPA, n°1/2-2007, pp. 28-31 ; Jean-Louis Autin et Frédéric Sudre, *L'impartialité structurelle du Conseil d'État hors de cause ? Á propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 9 novembre 2006 Société Sacilor-Lormines c/ France*, RFDA, n°2-2007, pp. 342-351.

[2567] Un certain nombre de dispositions de droit interne organisent la garantie de cette impartialité. Ainsi l'article 342-5 du Nouveau Code de Procédure Civile prévoit-il la récusation du juge qui précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou qui a conseillé l'une des parties ; l'article 668 du Code de Procédure Pénale prévoit également la récusation si le juge a connu du procès comme magistrat, arbitre ou conseil ou s'il a déposé comme témoin sur les faits du procès. Le juge européen confirme ces dispositions puisque dans une décision Piersack c. Belgique du 1er octobre 1982, il a pu juger l'exercice par la même personne de différentes fonctions dans le cadre du processus judiciaire contraire à l'article 6 § 1.

[2568] CEDH, 24 mai 1998, Hauschildt c. Danemark, § 47.

[2569] CEDH, 7 août 1996, Ferrantelli et Santangelo c. Italie, § 58. La Cour a aussi eu l'occasion de rappeler que l'exigence d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus, CEDH, 10 juin 1996, Pullar c. Royaume-Uni, § 32.

[2570] CEDH, 26 octobre 1984, De Cubber c. Belgique, § 26. Au pénal, la confiance des prévenus dans les tribunaux est même qualifiée de fondamentale, CEDH, 26 février 1993, Padovani c. Italie, § 27.

[2571] « *L'idéal de neutralité est une utopie* […] *et, comme toute utopie, il est dangereux de la transformer en système de pensée, car elle est contraire à la réalité (quel homme peut-il se constituer sans préjugé ?)* », Concl. de Jean-François Burgelin sous C. Cass., Ass. Plén., 6 novembre 1998, Sté Bord Na Mona c. SA Norsk hydro azote et Guillotel c. Sté Castel et Fromaget (2 espèces), D., 1999, Jur., p. 2.

[2572] Ainsi le CSM a-t-il rappelé que « *L'obligation de réserve* […] *n'oblige pas celui-ci au conformisme et ne porte pas atteinte à sa liberté de pensée et d'expression, elle lui interdit toute expression outrancière, toute critique de nature à porter atteinte à la confiance et au respect que sa fonction doit inspirer aux justiciables, le magistrat devant,*

image de juges impartiaux »[2573] : comme le souligne Natalie FRICERO, « *le juge doit adopter en tout un comportement personnel qui ne trahit pas une opinion préconçue étrangère au débat contradictoire* »[2574].

Dans cette optique, il ne leur est donc pas possible de se servir de la presse, « *même pour répondre à des provocations* »[2575]. La grande Chambre a toutefois semblé parfois hésiter quant à la démarche à adopter : ainsi, dans l'affaire PERNA, elle écarte le fait générateur, à savoir le militantisme avéré du juge, pour accepter la condamnation pour diffamation du journaliste[2576]. Alors même qu'elle avait rappelé à maintes reprises le rôle joué par l'apparence dans la définition de l'impartialité[2577], elle ne semblait en l'espèce ne retenir qu'une conception objective, ce qui

---

s'il veut faire connaître son opinion, s'exprimer de façon prudente et mesurée en raison du devoir d'impartialité et de neutralité qui pèse sur lui pour satisfaire aux exigences du service public dont il assure le fonctionnement », décision du 28 janvier 1975. Ainsi, un magistrat qui critiquerait la politique pénale du gouvernement tout en évoquant dans des articles de presse « *la virilité télégénique* » et la « *démagogie* » du ministre de l'intérieur s'expose à des sanctions disciplinaires, Le Monde, 7 février 2006.

[2573] CEDH, 21 novembre 2003, LAVENTS C. LETTONIE, § 118-119. En l'occurrence, la Cour adopte ici une démarche subjective dans une affaire où un magistrat avait critiqué l'attitude de la défense et exprimé son étonnement devant le fait que le requérant plaidait non coupable.

[2574] *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, un nouvel instrument de régulation de l'éthique du juge judiciaire*, Mélanges Buffet, op. cit., p. 236.

[2575] Ainsi, une polémique qui opposerait, par voie de presse interposée, un magistrat et une partie à l'affaire, risque de porter atteinte aux « *impératifs supérieurs de la Justice et à la grandeur de la fonction judiciaire* », CEDH, 16 septembre 1999, BUSCEMI C. ITALIE, § 67. La Cour suprême du Canada a posé peu ou prou le même principe : « *le devoir de réserve lié à la charge de magistrat est un principe fondamental. En soi, il est une garantie supplémentaire de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires et vise à assurer que la perception du justiciable ne soit pas affectée sous ce rapport. La valeur d'un tel objectif s'apprécie pleinement, d'ailleurs, lorsqu'il est rappelé que les juges demeurent les seuls arbitres impartiaux à qui l'on peut recourir dans les cas où les autres modes de résolution des conflits s'avèrent infructueux. Le respect et la confiance qui s'attachent à cette impartialité commandent donc tout naturellement que le juge soit à l'abri de remous et controverses susceptibles d'entacher la perception d'impartialité que doit dégager son comportement* », RUFFO C. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 1995, 4 RCS, 267. Cf. Marc VERDUSSEN, *Le devoir de réserve au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, IN *Le devoir de réserve : l'expression censurée*, Les Cahiers de l'IHEJ, Vol. 5, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 21-31.

[2576] Or, le premier arrêt du juge européen avait au contraire admis que « *face au militantisme politique actif d'un magistrat, une protection inconditionnelle de celui-ci contre des attaques de la presse ne se justifie guère par la nécessité de protéger la confiance des citoyens dont le pouvoir judiciaire a besoin pour prospérer, alors que, c'est justement pareil militantisme politique qui est susceptible de nuire à cette confiance. Par un tel comportement, un magistrat s'expose inévitablement aux critiques de la presse, pour laquelle l'indépendance et l'impartialité de la magistrature peuvent, à bon droit, constituer un souci majeur d'intérêt général* », CEDH, 25 juillet 2001, PERNA C. ITALIE, § 41.

[2577] « *Pour décider si un tribunal peut passer pour indépendant* […], *les apparences peuvent revêtir elles aussi de l'importance* […].*Dès lors qu'un tribunal compte parmi ses membres une personne se trouvant dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties, les justiciables peuvent légitimement douter de l'indépendance de cette personne. Pareille situation met gravement en cause la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique* », CEDH, 22 octobre 1984, SRAMEK C. AUTRICHE, § 42-43.

semblait d'autant plus pertinent devant la puissance médiatique de certaines affaires où l'impartialité du juge est épiée, et soumise au jugement public sans que des faits viennent nécessairement étayer la démonstration. Néanmoins, le juge de Strasbourg a considéré par la suite qu'un article dénué de toute base factuelle qui qualifiait un magistrat comme étant l'ami commun de trois magistrats visés par une procédure judiciaire, les mettant ainsi à l'abri de toute poursuite judiciaire, ne portait pas atteinte à la réputation du magistrat et répondait à un besoin légitime d'information du public. En choisissant d'étudier la proportionnalité de l'atteinte sur le fondement de l'article 8 de la CEDH et non sur celui de l'article 6, cette jurisprudence semblait significative des hésitations encore existantes dans la politique jurisprudentielle concernant la confiance du public dans l'institution judiciaire[2578]. Par une décision du 15 décembre 2005, la Grande Chambre semble toutefois avoir précisé sa position : après avoir rappelé les principes généraux applicables en l'espèce, la Cour a décidé de combiner les deux approches subjective et objective au motif que « *la frontière entre les deux notions n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective)* »[2579].

En d'autres termes, puisque « *les tribunaux ne sauraient fonctionner dans le vide* »[2580], les comptes rendus judiciaires sont licites au sens des dispositions de la Convention, même si ceux ne sauraient porter atteinte au droit pour les prévenus à un tribunal impartial et, plus généralement, à un procès équitable[2581]. Toutefois, la place prise par les médias peut influer sur le bon déroulement d'un procès et les requérants ne manquent pas d'invoquer « *un climat médiatique tendu et hostile* »[2582] comme portant atteinte à leur droit à un procès équitable. La Cour a pu préciser dans des affaires de négationnisme, « *qu'il n'est pas démontré qu'il y ait eu contre le requérant une campagne médiatique d'une virulence telle qu'elle aurait influencé ou aurait été susceptible*

[2578] CEDH, 27 août 2004, RIZOS ET DASKAS C. GRÈCE, § 48 et 49.

[2579] CEDH, Grande Ch., 15 décembre 2005, KYPRIANOU C. CHYPRE, § 119.

[2580] CEDH, WORM C. AUTRICHE, précité, § 50.

[2581] Le cas des fictions télévisées est plus épineux. Ainsi, la Cour suprême du Canada a considéré que la diffusion d'une mini-série télévisuelle dont le sujet, fictif, s'approcherait trop de procès en cours, ne peut être restreinte, une interdiction ayant des effets préjudiciables sur la liberté d'expression qui ne sont pas contrebalancés par les effets bénéfiques sur le droit à un procès équitable garanti par la *Common Law*, DAGENAIS C. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA, 1994, RCS 385.

[2582] Tel est par exemple le cas de Maurice Papon, CEDH, 19 novembre 2001, PAPON C. FRANCE.

d'influencer la formation de l'opinion des magistrats et l'issue des débats »[2583]. On peut alors *a contrario* considérer que certaines campagnes médiatiques, qui outrepasseraient le droit des médias à relater une affaire judiciaire en cours, pourraient en elles-mêmes porter atteinte au droit à un tribunal impartial, ce qui « *constituerait une nouvelle et remarquable amplification du droit à un procès équitable en général et du droit à un tribunal impartial en particulier* »[2584]. Resterait alors à déterminer, au cas par cas, le seuil qu'une campagne médiatique ne doit pas franchir, la responsabilité du requérant dans le climat de polémique étant bien évidemment pris en compte au moment d'évaluer la gravité de l'atteinte au droit à un procès équitable[2585].

Paragraphe 2. Les médias dans le prétoire

La mise en garde contre la place des médias dans le procès pénal n'est pas neuve : déjà TARDE considérait-il que la chronique judiciaire des journaux était responsable de « *la contagion du meurtre* »[2586]. Aujourd'hui, s'il est admis que les acteurs médiatiques jouent un rôle non négligeable dans la promotion de l'institution judiciaire, nombre d'analyses insistent parallèlement sur l'impact des images dans nos sociétés démocratiques[2587]. Pour les médias, bien souvent, l'essentiel est de couvrir l'évènement, une information fausse suivie d'un démenti constituant finalement pour les plus cyniques deux informations distinctes. Bien sûr, « *les médias*

[2583] CEDH, 24 juin 2003, GARAUDY C. FRANCE,.

[2584] Damien ROETS, *Epilogue européen dans l'affaire Garaudy : les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme*, note sous CEDH, 24 juin 2003, GARAUDY C. FRANCE, D., n°4-2004, p. 243.

[2585] Par exemple, la Cour a pu relever que « *le procès du requérant trouvait sa source dans un ouvrage qui a fait l'objet d'une controverse dès sa parution et que l'on pouvait s'attendre à ce que le procès lui-même eut lieu dans un climat polémique* », CEDH, GARAUDY C. FRANCE, précité.

[2586] TARDE, s'appuyant sur les travaux de Paul AUBRY (*La contagion du meurtre. Études d'anthropologie criminelle*, Paris, Éd. Alcan, 1887), développe l'idée que les comptes-rendus de presse exercent une suggestion « *beaucoup plus dangereuse que celle des images pornographiques* » et qui est marquée, telles les épidémies de choléra et de fièvre typhoïde, par une grande contagiosité. Cf. *La philosophie pénale*, Lyon, Storck, 1890 ou la *jeunesse criminelle*, Revue pédagogique, XXX, 1897, pp. 193-215. On se réfèrera utilement à l'article de Roger BAUTIER et d'Élisabeth CAZENAVE, *La presse pousse au crime selon Tarde et ses contemporains*, Champ pénal, Les criminologiques de Tarde, Vol. 2, 2005, http://champpenal.revues.org/document253.html.

[2587] Selon Karl POPPER, par exemple, « *la démocratie consiste à soumettre le pouvoir politique à un contrôle. C'est là sa caractéristique essentielle. Il ne devrait exister dans une démocratie aucun pouvoir politique incontrôlé. Or la télévision est devenue aujourd'hui un pouvoir colossal ; on peut même dire qu'elle est potentiellement le plus important de tous, comme si elle avait remplacé la voix de Dieu. Et il en sera ainsi tant que nous continuerons à supporter ses abus. La télévision a acquis un pouvoir trop étendu au sein de la démocratie. Nulle démocratie ne peut survivre si l'on ne met pas fin à cette toute puissance* », *La télévision : un danger pour la démocratie*, Paris, Éd. Anatolia, 1995, pp. 35-36. Contra Pierre-Marie GAUDEMET, *Télévision et démocratie*, Hommages à Sayagès-Laso, 1969, T. I, pp. 697-720.

ne sont pas les seuls responsables d'une telle évolution informationnelle. Leurs relations idéologiques et/ou économiques avec le politique conduisent bien à la coproduction de l'information, à l'instrumentalisation du médiatique par le politique, à la construction de l'évènement politico-médiatique »[2588]. Néanmoins, la culture du fait divers, la spectacularisation des acteurs, surtout en matière criminelle, exercent bien, tel un cercle vicieux, une influence sur la représentation que l'opinion publique se fait elle-même des actes criminels. Comment comprendre dès lors la volonté récurrente des gouvernants de permettre aux médias de filmer puis de téléviser des procès ? (**Sous-Paragraphe 1**). Le rôle de contre-pouvoir assigné aux médias, inséparable d'une fonction de critique des pratiques institutionnelles, risque alors de se transformer en pouvoir de fait, au mépris des principes de droit essentiels du procès pénal (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. Une justice télévisée ?

Récemment, un groupe de travail présidé par Élisabeth LINDEN, première présidente de la Cour d'appel d'Angers, a proposé de faciliter l'accès des tribunaux aux caméras et aux micros, notamment au nom des impératifs de transparence, de pédagogie et de culture démocratique et judiciaire[2589]. L'assimilation qui peut exister entre d'une part la publicité de la procédure des organes judiciaires, qui protège le justiciable contre l'arbitraire et permet la confiance du public dans l'institution judiciaire, et d'autre part le droit du public à l'information est à l'origine de la permanence des propositions visant à permettre, le plus souvent sous conditions, l'accès total des médias au prétoire[2590]. Pour les défenseurs d'une telle mesure, limiter la publicité des audiences à la présence matérielle du public et des journalistes de presse écrite s'avère anachronique[2591]. Il est vrai que l'interprétation que donne le juge européen de la liberté d'expression incite à considérer les limites éventuelles du droit au public à recevoir des informations de manière extrêmement restrictives. L'analyse du droit comparé semble également aller dans ce sens. Ainsi, aux États-Unis, la Cour suprême, sans reconnaître un droit absolu à téléviser les procès pénaux en vertu du Ier Amendement, est venue préciser un certain

---

[2588] Robert CARIO, *Médias et sécurité : entre droit d'informer et illusions sécuritaires*, D., n°2-2004, p. 76.

[2589] Rapport de la Commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires, 22 février 2005, www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportlindenannexes.pdf

[2590] Tel par exemple le Rapport Braunschweig sur la publicité des débats judiciaires par la photographie, la radiodiffusion et la télévision, 27 février 1984. Pour un regard rétrospectif sur ce rapport, cf. Mireille DELMAS-MARTY, *Justice télévisée ou médias justiciers ?*, Hommage à André Braunschweig, *Mettre l'Homme au cœur de la justice*, Paris, Litec, 1997, pp. 151-161.

[2591] En ce sens, Sandrine ROURE, *L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public*, RFDC, n°68, 2006, pp. 737-779.

nombre de jurisprudences antérieures[2592] en décidant que la garantie d'un procès pénal loyal, assurée par le XIVème Amendement[2593], n'entraînait pas l'interdiction d'une diffusion télévisée *per se*[2594]. Si, au niveau fédéral, tant en ce qui concerne les cours de district que les Cours d'appel de district, les caméras ne sont pas encore autorisées lors des débats, la situation est davantage disparate en ce qui concerne les États fédérés[2595]. En Europe, la situation d'un État à l'autre est là aussi assez contrastée. Ainsi, le plus souvent, l'autorisation de filmer est subordonnée à l'autorisation du président de la Cour ou du Tribunal, en vertu de son pouvoir discrétionnaire de l'audience[2596]. La législation française apparaît à cet égard comme plus restrictive que celle des grandes démocraties. Si la loi du 6 décembre 1954, adoptée notamment suite à l'affaire Dominici[2597], pose comme principe général la prohibition de la présence des caméras à l'audience, certaines dérogations restent possibles. Ainsi, depuis la loi du 11 juillet 1985 (dite « Loi Badinter »), modifiée le 13 juillet 1990, il est permis d'enregistrer les procès présentant un « intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice », celles-ci ne pouvant toutefois pas être consultées avant l'expiration d'un délai de vingt ans et diffusés avant cinquante ans, sauf en ce qui concerne les procès pour crimes contre l'humanité où la diffusion est autorisée dès la fin du procès[2598].

[2592] En 1937, suite au procès Hauptmann où l'accusé avait enlevé le fils de l'aviateur Lindbergh, *l'American Bar Association* avait inscrit dans son code de déontologie une règle, le Canon 3A, excluant toute publicité des débats par la photographie ou la radio. En 1952, cet organisme réitéra l'interdiction à propos de la télévision. Dans les années 60, parmi de multiples décisions, la Cour suprême rendit un arrêt de principe, ESTES V. TEXAS 381 US 532 (1965) à propos d'un procès qui avait fait l'objet d'une retransmission partielle à la télévision : la Cour décida alors que les droits de l'accusé à un procès loyal n'avaient pas été garantis et que par conséquent l'annulation du procès s'imposait, sans préciser si la seule diffusion télévisée du procès avait emporté sa conviction. Un des juges estima toutefois que la diffusion d'un procès notoire serait aussi préjudiciable qu'un procès tenu au *Yankee Stadium* de New York.

[2593] Qui dispose que « toute personne née ou naturalisée aux États-Unis et soumise à leur juridiction est citoyen des États-Unis et de l'État dans lequel elle réside. Aucun État ne fera ni n'appliquera des lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière, ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égale protection des lois ».

[2594] CHANDLER V. FLORIDA, 449 US 560, 26 janvier 1981. Au moment où la Cour est saisie de l'affaire, trente-trois États autorisaient, à titre expérimental ou définitif l'usage de la télévision, la décision appartenant le plus souvent au président de la juridiction ou au consentement préalable des personnes concernées. Cf. Jacques VÉRIN, *Téléviser les débats judiciaires ?*, RSC, 1984, pp. 811-815.

[2595] Pour une présentation détaillée, cf. Rapport Linden, pp. 14-16.

[2596] Tel est le cas en Finlande, en Norvège, en Italie, en Russie ou en Ukraine.

[2597] Le Rapport Linden note ainsi que « *les débats avaient, à l'époque, été fortement perturbés par les flashs incessants des photographes et par l'emprise des médias sur le procès qui en avaient gravement affecté la sérénité* ».

En outre, l'argument pédagogique est également mis en avant : la télévision jouerait alors un rôle favorable au respect des lois, et contribuerait à une meilleure diffusion de la culture juridique, nécessaire au bon exercice de la citoyenneté[2599]. Il convient par exemple de souligner que la « Loi Badinter » n'entendait pas limiter l'enregistrement aux seuls procès exceptionnels : comme le souligne le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, « *il ne s'agit pas en effet seulement de filmer des procès qui, par leur objet même, sont susceptibles de revêtir un intérêt historique. Il s'agit également de constituer des archives, qui permettront, dans quelques années, de faire connaître la justice et la fonction juridictionnelle dans son exercice quotidien* »[2600].

Néanmoins, on peut également considérer que « *le droit du public à l'information et à la transparence de la justice* […] *peut se heurter à l'équité même du procès au détriment tantôt de la victime, tantôt de l'accusé qui doit demeurer présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* »[2601]. D'évidence, l'influence de la télévision sur les participants à un procès pénal est encore susceptible de divergences et certains rapports ont mis en évidence que la force de l'image associée à la force d'un verdict de l'opinion publique pourrait constituer une pression grave contre l'instance de jugement[2602]. Cette problématique n'est pas non plus ignorée des

---

[2598] En vertu de l'article 310 du Code de procédure pénale, le président d'une juridiction peut en toute discrétionnarité se faire apporter toutes nouvelles pièces qui lui paraissent utiles à la manifestation de la vérité. Á ce titre, il peut ordonner la diffusion de l'enregistrement audiovisuel de témoignages recueillis au cours de précédent procès criminel, les dispositions de l'article 8 de la loi du 11 juillet 1985 ne s'imposant pas aux autorités judicaires. C. Cass., Ass. Plén., 11 juin 2004, PAPON.

[2599] Une telle position s'inscrit directement dans la filiation des Lumières, telle que celle-ci fut défendue par CONDORCET dans son *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* ou par DAUNOU : « *les institutions accessoires* [l'instruction publique] *ont spécialement pour objet de favoriser le progrès des arts, de multiplier les moyens de prospérité. Dans l'état présent du peuple français, ce second genre d'institutions est manifestement indispensable* […] *Un peuple éclairé n'est pas celui au sein duquel sont quelques hommes distingués par de grands talents, par de profondes connaissances ; mais bien celui où les lumières sont disséminées avec harmonie, où les habitudes morales sont généralement les plus pures, où l'instrument intellectuel est universellement bien cultivé* », *Essai sur l'instruction publique*, juillet 1793, IN *Procès verbaux du Comité d'instruction publique de la Convention nationales*, p. 596, cité par DAUTERIBES André, *Daunou et le modèle du régime représentatif*, IN CONAC Gérard et MACHELON Jean-Pierre (Dir.), *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1999, pp. 132-133.

[2600] Annexe au PV de la séance du 19 mai 1985, n°2717, p. 15. Mais, par-delà l'enregistrement et la diffusion des procès, on conçoit la télévision comme un moyen d'informer davantage les citoyens des avancées de l'institution et d'expliquer son fonctionnement. Ainsi la décision du Ministère de la Justice de diffuser en juin 2005 dix-neuf spots télévisés sur les actions de la justice en faveur du citoyen, JCP, 2005, act. 361.

[2601] Pierre LAMBERT, *Les caméras de télévision dans les salles d'audience*, Mélanges Soyer, op. cit., p. 254.

[2602] Cf. notamment le Rapport Delmas-Marty de la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme concernant la réforme de la mise en état des affaires pénales, juin 1991, en ligne www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/914059500/index.shtml

différentes législations européennes. Ainsi, outre la France, la Grande-Bretagne interdit via le *Contempt of Court Act* de 1981 la révélation de toute information relative à un procès en cours par les médias, dès lors que celle-ci crée un risque substantiel d'atteinte sérieuse à une bonne administration de la justice[2603]. Qui plus est, quand bien même serait autorisée l'enregistrement des procès pénaux que se poserait toujours la question du mode de diffusion : la création d'une chaîne spécialisée dans la retransmission de procès telle que Court TV aux États-Unis pose des problèmes éthiques et techniques[2604] difficilement conciliables avec la loyauté et l'impartialité de la procédure judiciaire. De même, le développement de documentaires sur la justice interroge sur la réception par le public de ces images de justice en l'absence d'un « *critère commun permettant d'évaluer les deux constructions de la réalité que nous proposent la justice par la procédure et les médias par l'image* »[2605]. En d'autres termes, à force de vouloir rapprocher le citoyen de l'institution judiciaire, on semble oublier que le « *procès est une construction très ancienne, très fragile* [et que] *l'intime conviction réclame un espace propre sans lequel elle est encore plus suspecte.* […] *La presse – comme la justice d'ailleurs – n'a que la faculté d'empêcher sans avoir celle d'agir. Elle contribue en cela à l'affaiblissement des deux autres pouvoirs et pourrait, en accélérant la désintégration du politique, faire le lit du populisme* »[2606].

Sous-Paragraphe 2. Médias justiciers et loyauté du procès pénal

Si l'information du public par les médias est érigée comme un principe essentiel à nos sociétés démocratiques, celle-ci ne peut toutefois être effective que si les médias reçoivent en parallèle une information régulière sur les procédures pénales en cours, « *notamment si celles-ci suscitent un intérêt particulier dans l'opinion publique en raison des personnes concernées, de la gravité des faits ou d'autres circonstances d'intérêt public* »[2607]. Dans le cas contraire, on constate bien souvent une propension des médias à mener leurs propres investigations journalistiques, et ce au détriment

---

[2603] Néanmoins, en juillet 2004, le gouvernement britannique a autorisé une expérimentation de six semaines à l'intérieur de deux cours d'appel.

[2604] Le Rapport Linden note par exemple que la retransmission audiovisuelle pouvait nuire au bon déroulement du procès, en accentuant la tendance des participants à se prendre pour des acteurs professionnels, l'impossibilité pour l'accusé de se concentrer, le renforcement de la nervosité chez certains témoins. Sans oublier que la diffusion peut également porter atteinte au droit au respect à la vie privée des participants au procès.

[2605] Antoine GARAPON, *L'autorité est-elle télégénique ?*, ESPRIT, n°3/4-2005, p. 117. Les fictions judiciaires n'échappent pas non plus à la critique d'une simplification et d'une propension à construire des stéréotypes. Pour une illustration, cf. Ruth HERZ, *Un juge à la télé. Le cas des émissions judiciaires allemandes*, ESPRIT, n°3/4-2003, pp. 231-241.

[2606] Antoine GARAPON, *Le gardien des promesses*, op. cit., p. 89.

le plus souvent des droits élémentaires garantis au cours de la procédure pénale. Selon leurs détracteurs, en se détournant de leur vocation initiale d'information et de critique, les médias tendent à s'ériger ici en pouvoir, contribuant au délitement de la société démocratique. La séduction et la capture du public deviennent alors le corollaire de la tyrannie de l'opinion que dénonçait TOCQUEVILLE[2608]. Sur le plan juridique, il est en tous cas certain que la démocratie médiatique met en scène un conflit de droits, notamment entre le secret de l'instruction, les droits de la défense et donc le droit pour le public à être informé sur des questions d'intérêt général[2609].

Concernant le secret de l'instruction, son principe a été consacré par l'article 11 du Code de procédure pénale qui énonce que « sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète »[2610]. Or, ainsi que l'avait déjà souligné en son temps la Commission Justice pénale et Droits de l'Homme, celui-ci est très souvent bafoué, notamment lorsqu'il s'agit « *d'affaires à sensation dont l'opinion publique exige qu'elles soient élucidées au plus vite et dont il est inévitable – y compris pour des raisons d'ordre public – que les méandres et les vicissitudes de l'enquête ou de l'instruction soient connues* »[2611]. Le secret de l'instruction sert, en principe, deux objectifs : il doit protéger l'enquête judiciaire, mais aussi les personnes mises en cause. Les journalistes ne sont en

[2607] Exposé des motifs de la Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales, 10 juillet 2003, p. 4, en ligne, www.portail-presse.com/PmedBin/ppresse.dll/AGET?ACTION=HTML&PAGE=textes/notesvertes/JO/conseil-15sept.htm. Cette recommandation, qui n'a pourtant pas de véritable force juridique, a récemment été invoquée par le juge de Strasbourg au titre du « *droit interne pertinent* », CEDH, 7 juin 2007, DUPUIS ET AUTRES C. FRANCE, § 42.

[2608] Il est possible de citer un célèbre passage de *De la Démocratie en Amérique* où TOCQUEVILLE assimile la majorité à l'opinion publique : « *la majorité a donc aux États-Unis une immense puissance de fait et une puissance d'opinion presque aussi grande ; et lorsqu'elle est une fois formée sur une question, il n'y a pour ainsi dire point d'obstacles qui puissent, je ne dirai pas arrêter, mais même retarder sa marche, et lui laisser le temps d'écouter les plaintes de ceux qu'elle écrase en passant. Les conséquences de cet état de choses sont funestes et dangereuses pour l'avenir* », Livre II, Chap. VII. Yves Charles ZARKA écrit à propos de ce passage que « *cette conception de la formation d'une opinion dominante* […] *montre que l'opinion publique est une norme contraignante et pourtant insensible qui s'impose à l'opinion individuelle sans qu'elle la perçoive et qui ne laisse pas de place pour la contradiction. Deuxièmement, elle est accompagnée d'une analyse de la constitution d'une nouvelle forme et d'un nouvel esprit de cour. Le caractère irrésistible et exclusif de l'opinion publique transforme celle-ci en censure insensible ou symbolique à laquelle des individus se soumettent sans s'en rendre compte* », *Démocratie et pouvoir médiatique*, CITÉS, n°10, 2002, pp. 126-127.

[2609] Cf. Yves MONNET, *Opinion publique et procédure pénale*, Gaz. Pal., 3-4 juillet 2002, pp. 1056-1058.

[2610] Le secret de l'instruction fut proclamé par une ordonnance royale de 1670 qui créa le lieutenant criminel, ancêtre du juge d'instruction, l'avocat n'ayant accès au dossier qu'avec la loi de 1897.

[2611] Rapport Delmas-Marty, juin 1991, op. cit., p. 59.

principe pas tenus par le secret de l'instruction puisque celui-ci ne s'applique qu'aux personnes « qui concourent à la procédure » selon l'article 11 du Code de procédure pénale. Tout au plus peuvent-ils être poursuivis pour recel de violation du secret de l'instruction[2612]. Néanmoins, la mise en examen des journalistes peut alors se heurter au principe du secret des sources journalistiques qui se voit protégé tant en droit interne[2613] que par la jurisprudence du juge européen[2614]. La Cour s'oppose ainsi à ce que des sanctions soient prononcées puisque l'article 10, « *par essence, laisse aux journalistes le soin de décider s'il est nécessaire ou non de reproduire le support de leurs informations pour en asseoir la crédibilité. Il protège le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations fiables et précises dans le respect de l'éthique journalistique* »[2615]. Dans un premier temps, on a pu penser que la Cour européenne, sans

[2612] Pourtant, une décision récente du 14 novembre 2006 de la 17ème Chambre du Tribunal correctionnel de Paris MINISTÈRE PUBLIC C. LÉVY, ARDID ET AUTRES a relaxé Claude Ardid, journaliste à VSD, en estimant que « *la condamnation d'un journaliste pour recel de violation du secret professionnel et du secret de l'enquête et de l'instruction, du chef de la détention des pièces couvertes par le secret et utilisées par lui pour des publications contribuant à l'information du public, ne peut pas être nécessaire dans une société démocratique* ». Une interprétation aussi extensive de la mission du journaliste, et ce alors même qu'une perquisition avait confirmé l'utilisation par le journaliste de documents couverts par le secret de l'instruction, ne manque pas de surprendre au regard des évolutions récentes en droit de la presse. Cf. supra.

[2613] L'article 109 du Code de procédure pénale dispose que « tout journaliste, entendu, comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler son origine ». Néanmoins, la législation française semble en retrait au regard d'autres législations nationales. Ainsi, la Belgique a adopté le 17 mars 2005 une loi qui protège explicitement le droit à la protection des sources en proscrivant explicitement les mesures de perquisition au sein des entreprises de presse, tandis que la Cour constitutionnelle de Karlsruhe estimait dans une décision du 27 février 2007 qu'une simple publication d'informations confidentielles ne légitimait pas une perquisition de bureaux ou d'appartements, ainsi qu'une saisie de documents.

[2614] CEDH, 27 mars 1996, GOODWIN C. ROYAUME-UNI : « *la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse, comme cela ressort des lois et codes déontologiques en vigueur dans nombre d'États contractants et comme l'affirment en outre plusieurs instruments internationaux sur les libertés journalistiques* », § 30. Ce principe de non divulgation avait déjà été affirmé par une résolution du Parlement européen du 18 janvier 1994. Cf. Lyn FRANÇOIS, *De la vérité des faits diffamatoires et Convention européenne des droits de l'homme : confrontation des conceptions française et européenne*, D., n°21-2005, pp. 1388-1392.

[2615] CEDH, 21 janvier 1999, FRESSOZ ET ROIRE C. FRANCE, § 54. Le Canard Enchaîné avait publié l'avis d'imposition de M. Calvet, directeur de Peugeot, faisant apparaître une forte augmentation de ses propres revenus alors qu'il s'opposait à des augmentations réclamées par ses salariés. Or, si les contribuables communaux peuvent consulter la liste des personnes assujetties à l'impôt sur laquelle apparaît la mention du revenu imposable, il est interdit de diffuser ces informations et, encore plus, de publier un document administratif qui n'a pu parvenir au journal que de manière illégale. Mais, en condamnant la France, la Cour confère un droit spécifique aux journalistes de publier ces informations dès lors qu'ils les possèdent. Á ce titre, la jurisprudence française a pu parfois faire preuve d'un certain libéralisme en affirmant que lorsqu'il s'agit d'informer l'opinion sur les activités des hommes publics et sur leur fortune, « *l'exigence de*

reconnaître un droit absolu au journaliste, n'en assurait pas moins le respect du secret des sources « *indépendamment de la question de savoir si la transmission du renseignement au journaliste par l'informateur était licite ou non* »[2616]. La Cour de Strasbourg n'a d'ailleurs pas hésité à qualifier les condamnations de journalistes qui avaient refusé de dévoiler leurs sources de formes de « *censure tendant à l'inciter à ne pas se livrer à des activités de recherche, inhérentes à son métier, en vue de préparer et étayer un article de presse sur un sujet d'actualité* »[2617]. La Cour est même particulièrement vigilante lorsque les articles incriminés intervenaient dans le cadre d'une question ayant profondément divisé l'opinion publique[2618]. Ainsi, récemment, le juge européen a jugé que la France ne pouvait pas condamner pécuniairement deux journalistes pour avoir reproduit dans leur ouvrage relatif aux écoutes de l'Élysée des fac-similés et extraits de procès-verbaux qui, selon la Cour de cassation, « *trouvaient leur origine dans le dossier d'instruction auquel ne pouvaient avoir accès que des personnes tenues au secret de l'instruction ou au secret professionnel* ». Or, le juge européen retient que « *le thème de l'ouvrage concernait un débat qui était d'un intérêt public considérable* » et qu'il concernait « *une affaire d'État, qui intéressait l'opinion publique* ». Plus loin, il précise que « *la découverte de ces faits suscita une émotion et un écho particulièrement significatifs dans l'opinion publique. L'ouvrage litigieux, à l'instar des chroniques judiciaires, répond à une demande concrète et soutenue du public de plus en plus intéressé de nos jours à connaître les rouages de la justice au quotidien. Le public avait dès lors un intérêt légitime à être informé et à s'informer sur ce procès, et notamment, sur les faits relatés par l'ouvrage litigieux* »[2619].

---

prudence dans l'expression de la pensée ne revêt pas, dans ce domaine particulier, les formes habituelles du droit commun, et la tolérance apparaît comme une nécessité du débat démocratique », TGI Paris, 17e ch., 16 décembre 1994, inédit.

[2616] Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Le secret des sources journalistiques aveuglément protégé par la Cour de Strasbourg*, RTDC, n°4-1996, p. 1027.

[2617] CEDH, 25 avril 2006, DAMMANN C. SUISSE, § 56. Dans cette affaire qui concernait un journaliste condamné à une amende de 500 F suisses pour avoir obtenu auprès de l'assistante d'un Procureur une liste de personnes condamnées, notamment pour trafic de stupéfiants, la Cour poursuit en affirmant qu'en « *sanctionnant ainsi un comportement intervenu à un stade préalable à la publication, pareille condamnation risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité. Par là même elle est de nature à entraver la presse dans l'accomplissement de sa tâche d'information et de contrôle* ».

[2618] CEDH, 25 avril 2006, STOLL C. SUISSE, où le requérant, condamné à une peine d'amende symbolique, s'était procuré une copie d'un document classé confidentiel concernant l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses.

[2619] CEDH, 7 juin 2007, DUPUIS ET AUTRES C. FRANCE, § 39 et 41. Pour une analyse critique, cf. Emmanuel DERIEUX, *La CEDH condamne la France pour violation de la liberté d'expression*, JCP, n°28-2007, pp. 28-32. Contra Lyn FRANÇOIS pour qui « *il serait incohérent d'obliger le journaliste à avoir une base solide pour toute information diffusée et dans le même temps lui interdire par le biais du délit de recel de détenir ou produire ses preuves.* […] *De*

Toutefois, si la Cour admet que la protection des sources est bien l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse, elle n'en accepte pas moins que le secret des sources puisse être restreint ponctuellement pour des motifs impérieux[2620]. La question se pose avec d'autant plus d'acuité aujourd'hui comme en attestent les perquisitions au siège de différentes entreprises de presse en France[2621], ou encore « l'affaire Valérie Plame » aux États-Unis[2622], mettant en évidence la recherche d'un « *modus vivendi entre deux puissances sociales qui revendiquent désormais chacune le statut de « gardienne des promesses démocratiques* » »[2623]. C'est sans doute pourquoi si le secret des enquêtes judiciaires et des enquêtes de police est dans la plupart des grandes démocraties un

---

plus, le délit de recel constitue un véritable frein au droit du public à recevoir des informations sur les procédures pénales en cours », l'arrêt mettant selon l'auteur fin à la thèse de la conventionnalité du délit de recel, *Le délit français de recel de violation de secret de l'instruction ou professionnel et la Convention européenne des droits de l'homme*, Gaz. Pal, 29-31 juillet 2007, p. 7.

[2620] Ainsi, dans sa décision ROEMEN ET SCHMIT C. LUXEMBOURG du 25 février 2003, la Cour a précisé que « *l'approche suivie dans l'affaire Goodwin ne saurait être appliquée en l'espèce* [une perquisition judiciaire]. *D'une part, le requérant ne fût pas sommé de divulguer sa source sous peine d'amende, mais il fit l'objet d'une simple perquisition qui aboutit à la saisie d'un seul document. D'autre part, le but poursuivi en l'espèce par l'ingérence revêt un autre poids que celui que représente la protection des intérêts économiques d'une entreprise particulière, qui était recherché dans l'affaire Goodwin. La violation du secret professionnel à l'origine de l'ouverture d'une information judiciaire mettait directement en cause le fonctionnement régulier des institutions publiques ; aussi la prévention et la répression de cette infraction constituaient-elles un « besoin social impérieux » justifiant l'ingérence* ». En d'autres termes, la protection des sources, nécessaire à la pérennité de toute société démocratique, proscrit les perquisitions menées sur le lieu de travail ou au domicile du journaliste mais l'existence d'un intérêt public prépondérant autorise la restriction du droit à la protection des sources journalistiques.

[2621] Cinq journalistes ont été mis en examen en octobre 2005 à la suite de perquisitions au siège du Point et de l'Équipe dans le cadre de « l'affaire Cofidis ». Cf. Pascal MBONGO, *Secret des sources journalistiques et vérité judiciaire. Une aporie sur la prééminence du droit*, D., n°11-2005, pp. 732-733. En réaction, le garde des sceaux Pascal Clément a annoncé le 11 janvier 2006 une réforme de la loi du 29 juillet 1881 afin que le droit des journalistes à la protection des sources d'information soit inscrit dans la loi et ne puisse être restreint qu'exceptionnellement lorsque la nature de l'infraction et sa particulière gravité le justifieront, cf. Entretien avec Pascal MBONGO, Libération 23 janvier 2006. Pourtant la Cour de cassation a refusé d'annuler ces perquisitions ainsi que la saisie de relevés de communications passées par les journalistes dans les jours précédant la parution des articles incriminés au motif que celles-ci étaient proportionnées au but légitime recherché, Cass. crim., 30 octobre 2006. Pour une critique de cette position, notamment au regard des jurisprudences européennes, cf. Alexis GUEDJ, *Saisies, écoutes téléphoniques et protection du secret des sources des journalistes*, D., n°18-2007, pp. 1240-1244.

[2622] La journaliste Judith Miller a été emprisonnée le 6 juillet 2005 pour avoir refusé d'aller témoigner devant un grand jury et y dévoiler le nom de ses sources dans une enquête qui avait abouti à dévoiler l'identité d'un agent secret, ce qui constitue un crime fédéral aux États-Unis. En l'absence de loi fédérale protégeant le secret de sources, la Cour suprême américaine avait établi dans une décision BRANZBURG V. HAYES de 1972 que les journalistes ne peuvent faire l'objet d'un traitement privilégié face au Premier Amendement, le secret des sources n'étant pas invocable par un journaliste appelé à témoigner devant un grand jury. Dans la présente affaire, elle a confirmé sa position le 27 juin 2005.

[2623] Pascal MBONGO, *Secret des sources journalistiques et vérité judiciaire (…)*, op. cit., p. 732.

principe procédural fondamental, il est pourtant « *permis au journaliste de rendre compte des affaires judiciaires en cours d'instruction* »[2624] : en d'autres termes, ainsi que l'a souligné le juge européen dans sa décision Du Roy et Malaurie c. France du 3 octobre 2000, le secret absolu des enquêtes judiciaires ne saurait être compatible avec l'article 10 de la Convention[2625]. Ainsi, la nécessité du droit à l'information autorise quelques entorses au secret de l'instruction[2626], mais celles-ci doivent néanmoins se concilier avec le respect de la présomption d'innocence[2627], principe cardinal du droit pénal mais qui s'étend et s'applique bien au-delà de la sphère du

---

[2624] Cass. civ., 2ème Ch., 20 juin 2002, G.L. c. France 2. Cf. Emmanuel Derieux, *Liberté d'information et respect de la présomption d'innocence*, lpa, n°184-2002, pp. 17-20.

[2625] Le juge de Strasbourg a considéré ici que l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 qui « interdit de publier avant décision judiciaire, toute information relative à des constitutions de partie civile, faites en application de l'article 63 du Code d'instruction criminelle, sous peine d'amende » n'était pas compatible avec l'article 10 de la CEDH, « *l'ingérence litigieuse consistant en une interdiction de publication absolue et générale visant tout type d'information* ». Cette position a été confirmée par la Cour de cassation dans une décision du 16 janvier 2001 Gouyou-Beauchamps et autres avant que l'ensemble de la loi du 2 juillet 1931 ne soit par la suite abrogé par le législateur, art. 53 de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation aux évolutions de la criminalité, dite « Loi Perben 2 ».

[2626] Ainsi la Cour européenne a-t-elle autorisé les autorités de police à renseigner le public sur des enquêtes pénales en cours, directement ou par voie de presse, CEDH, 19 février 1995, Allenet de Ribemont c. France. La Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales prévoit pour sa part dans son principe 6 que « dans le cadre des procédures pénales d'intérêt public ou d'autres procédures pénales attirant particulièrement l'attention du public, les autorités judiciaires et les services de police devraient informer les médias de leurs actes essentiels ».

[2627] Ibid. De même, l'affaire Du Roy et Malaurie soulève de toute évidence la question essentielle du poids respectif accordé à la liberté d'expression des journalistes et à la présomption d'innocence de la personne mise en cause : ainsi que l'affirme la Cour, « *les journalistes qui rédigent des articles sur des procédures pénales en cours doivent veiller à ne pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice, et à respecter le droit de la personne mise en cause à être présumée innocente* », § 34. En l'espèce, toutefois, ainsi que le souligne le juge Costa dans son opinion dissidente, la Cour, en s'appuyant sur l'existence d'autres mécanismes protecteurs des personnes mises en cause pour juger la condamnation du journaliste et du directeur de publication non nécessaire dans une société démocratique, néglige le fait que ces mécanismes, tel l'article 9-1 du Code Civil, ne sont des procédés utilisables qu'*a posteriori* par les victimes. De même, le juge européen mentionne-t-il dans l'affaire Pedersen précitée que « *les journalistes n'ont pas été condamnés pour avoir alerté le public au sujet de ce qu'ils considéraient comme des lacunes de l'enquête criminelle menée par la police, pour avoir critiqué le comportement de la police et de policiers nommément cités,* [mais] *pour avoir formulé une allégation précise contre une personne nommément citée* […], *l'accusation constituant une déclaration factuelle dont la véracité était susceptible d'être prouvée* », § 72 et § 76.

procès pénal[2628]. De valeur constitutionnelle[2629], le principe de la présomption d'innocence est pourtant souvent mis à mal par la primauté donnée à la liberté d'information : ainsi que le souligne la Cour de cassation, « *le fait de divulguer le nom d'une personne majeure inculpée ou mise en examen n'est interdit par aucun texte* »[2630], et tant les juridictions internes[2631] que la Cour européenne[2632] opèrent une distinction entre l'opinion exprimée personnellement par un journaliste et le point de vue d'un tiers retranscrit fidèlement par le journaliste lorsqu'il s'agit d'examiner l'atteinte à la présomption d'innocence d'une personne visée par une procédure judiciaire. Néanmoins, dans une décision récente, le juge de Strasbourg a clairement limité le droit du public à recevoir des informations sur le déroulement d'une procédure pénale en cours au profit de la présomption d'innocence et du respect des droits d'autrui[2633]. Dans cette

---

[2628] CEDH, 10 février 1995, ALLENET DE RIBEMONT C. FRANCE. Le Conseil d'État est allé jusqu'à considérer que les déclarations publiques du recteur de l'académie de Lyon, en ce qu'elles étaient formulé en des termes « *catégoriques* » et « *désobligeants* », constituaient une atteinte manifeste à l'obligation de neutralité qui pèse sur tout fonctionnaire de l'État mais, également, portaient une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale qu'est la présomption d'innocence, CE, 14 mars 2005, BRUNO GOLLNISCH. Cf. Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Propos négationnistes, présomption d'innocence et obligation de neutralité : un équilibre subtil*, AJDA, n°29-2005, pp. 1633-1635.

[2629] Aux termes de l'article 9 de la DDHC, « tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ».

[2630] Cass. civ., 2ème Ch., 20 juin 2002, G.L. C. FRANCE 2. Toutefois, l'utilisation du terme « meurtrier » à propos d'une personne mise en examen constitue bien évidemment une atteinte à la présomption d'innocence. CA Paris, 14ème Ch., Ord. réf., 7 octobre 2003, C. SA SOCIÉTÉ LIBRAIRIE ARTHÈME FAYARD qui concernait la publication du livre « Ma fille Marie » par Nadine Trintignant. La comparaison avec la position de la Cour suprême canadienne est ici éclairante : ainsi cette dernière a-t-elle pu estimer que l'interdiction de publier l'identité du plaignant dans une affaire de nature sexuelle, lorsque le plaignant en fait la demande en vertu du § 442-3 du Code criminel canadien, n'est qu'une atteinte minimale à la liberté de la presse justifiée par la nécessité d'encourager les victimes d'agression sexuelle à porter plainte, par la poursuite et la condamnation des agresseurs et par la bonne administration de la justice, CANADIAN NEWSPAPER CO. C. PG CANADA, 1988, 2 RCS 113.

[2631] Cass. civ., 2ème Ch., 20 juin 2002, G.L. C. FRANCE 2 : « *il y a atteinte à la présomption d'innocence lorsqu'un reportage n'est constitué que de témoignages à charge et présente la culpabilité de la personne comme certaine* ». Lorsque l'on est en présence d'un commentaire de « *caractère purement analytique dépourvu de préjugé de la part de journaliste* », la responsabilité civile de ce dernier ne peut être engagée.

[2632] CEDH, JERSILD C. DANEMARK, précité.

[2633] CEDH, 24 novembre 2005, TOURANCHEAU ET JULY C. FRANCE. Était en cause l'article 38, alinéa 1 de la loi du 19 juillet 1881 qui « interdit de publier les actes d'accusation et tous actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'il aient été lus en audience publique ». Selon la Cour, contrairement à l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 qui avait valu une condamnation à la France dans l'affaire DU ROY ET MALAURIE, l'interdiction n'est ici ni générale ni absolue puisque seule la reproduction littérale des actes de procédure est interdite et ce de manière temporaire jusqu'à l'audience publique. Ensuite, et surtout peut-être, l'article de presse attaqué laissait clairement entendre que l'un des suspects était coupable et l'autre innocent, violant ainsi le droit au respect de sa réputation.

hypothèse, s'en remettre à un exercice responsable de leur mission d'information du public par les journalistes semble nécessaire[2634], mais il ne suffit pas à effacer la discordance entre les temps médiatiques et judiciaires, qui peut, dans certains cas, être « *susceptible de nuire à l'équité du procès, en influençant l'opinion publique et, par là même, les jurés appelés à se prononcer sur la culpabilité d'un accusé* »[2635]. La multiplication des « appels à témoin » et des « appels à juger »[2636] dans les médias confirme ce sentiment et nous oblige à prendre au sérieux la mise en garde du juge de Strasbourg dans l'arrêt WORM lorsque celui-ci observait que « *si l'on s'habitue au spectacle de pseudo-procès dans les médias, il peut en résulter à long terme des conséquences néfastes à la reconnaissance des tribunaux comme les organes qualifiés pour juger de la culpabilité ou de l'innocence quant à une accusation pénale* »[2637].

Section 2. La démocratie d'opinion, une démocratie d'imputation

Nous vivons en très peu de temps une transition difficile entre une République jacobine et une démocratie d'opinion, et « *dans cet écart, les institutions qui incarnent l'équilibre de la Vème République vacillent sous la pression d'un « peuple » qui aspire, au gré des fluctuations de l'opinion, à une autre représentation* »[2638]. Dès lors n'est-il pas étonnant de constater que dans nos sociétés contemporaines la plupart des questions sociales et politiques tendent à trouver une échappatoire juridique : la juridicisation apparaît donc comme un mode de régulation sociale. Le phénomène n'est pas nécessairement nouveau, même s'il semble à contre-courant de l'évolution

---

[2634] Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales, 10 juillet 2003, p. 1. De même, la Cour de cassation dans sa décision précitée du 20 juin 2002 insiste sur l'emploi du conditionnel par le journaliste pour écarter l'atteinte à la présomption d'innocence du requérant.

[2635] CEDH, 5 décembre 2002, CRAXI C. ITALIE, § 98. La Cour précise par la suite que « *l'on s'accorde en général à penser que les tribunaux ne sauraient fonctionner dans le vide : bien qu'ils aient seuls compétence pour se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence quant à une accusation en matière pénale, il n'en résulte point qu'auparavant ou en même temps, les questions dont ils connaissent ne puissent donner lieu à discussion, que ce soit dans des revues spécialisées, dans la grande presse ou le public en général* », §.99.

[2636] La Commission Justice pénale et Droits de l'Homme avait ainsi proposé en 1991 de légiférer sur ces « *nouvelles formes de l'intervention médiatique* ». Concernant « l'appel à témoins », celui-ci devait être interdit à moins que le juge ne l'estime nécessaire au regard des nécessités de l'enquête ; « l'appel à juger » devait pour sa part être strictement interdit. Cf. *La mise en état des affaires pénales*, La Documentation française, 1991, p. 187.

[2637] CEDH, WORM C. AUTRICHE, précité, §. 54.

[2638] Denis SALAS, *Justice et pouvoir politique : une nouvelle frontière*, Les Cahiers français, *Le droit dans la société*, n°288, 1998, p. 51.

des sociétés modernes : DURKHEIM avait ainsi bien montré comment le passage du droit répressif au « *droit coopératif* » était l'indice de transition d'un type de société archaïque à un type de société où la division du travail devient plus élaborée dans laquelle, par conséquent, la solidarité organique se substitue à la solidarité mécanique[2639]. Or, de subsidiaire, le droit pénal tend aujourd'hui à s'imposer comme morale de substitution, « *ultime expression de la morale commune, la dernière source des sens dans un monde dont les repères mobiles et les cadres flottants creusent l'inquiétude et suscitent le malaise autant qu'ils libèrent* »[2640]. Corollairement, la justice pénale fait office d'une instance de reconnaissance dans des sociétés plurielles marquées par l'avènement d'une « *citoyenneté des prétoires* »[2641] (**SOUS-SECTION 1**). La judiciarisation de notre démocratie exprime ainsi la transition d'une Cité politique entre deux mondes. Le procès, et plus particulièrement le procès pénal, met en scène la perte du statut de l'État devant l'aspiration des citoyens à de nouveaux cadres politiques : ainsi assiste-t-on au passage « *d'un État drapé dans le mythe de la souveraineté vers une démocratie pluraliste et différenciée* »[2642]. Il ne s'agit donc pas là d'un phénomène neutre politiquement et juridiquement, la revendication du « tout pénal » devant être réinsérée dans la filiation et l'épaisseur historique d'un discours qui a toujours célébré la cause de l'État, jusqu'à la sacralisation[2643]. La judiciarisation aboutit dès lors à délégitimer l'action publique (**SOUS-SECTION 2**).

Sous-Section 1. L'émergence d'une nouvelle figure citoyenne

[2639] *De la division du travail social*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2004. Le grand sociologue français précise que « *la conscience commune et la solidarité qu'elle produit ne sont pas exprimées toutes entières par le droit pénal ; la première crée d'autres liens que ceux dont il réprime la rupture. Il y a des états moins forts ou plus vagues de la conscience collective qui font sentir leur action par l'intermédiaire des mœurs, de l'opinion publique, sans qu'aucune sanction légale y soit attachée, et qui, pourtant, contribuent à assurer la cohésion de la société* », p. 120.

[2640] François OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 170.

[2641] Hugues DUMONT et François TULKENS, *Citoyenneté et responsabilité en droit public*, IN DUMONT Hélène, OST François et VAN DROOGHENBROECK Sébastien (Dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Coll. FUSL, 2005, p. 248.

[2642] Denis SALAS, *Le moment pénal de notre démocratie*, JUSTICES, n°2, 2000, *L'État devant le juge pénal*, p. 89.

[2643] Comme l'écrit Pierre LEGENDRE, « *où est l'État, siège d'un Très-Haut, pas d'affaires privées ni de propriété et surtout pas ou peu d'argent (la chose sale, indigne d'approcher le sacro-saint), pas de famille (donc pas de sexe pas de pêché), c'est-à-dire finalement, si nous nous référons aux allégories de l'ancienne théologie occidentale, puis au fantasme oedipien, pas de père porteur de la grande menace, seulement les frères libres et égaux qui s'aiment, déniant au père sa toute-puissance.* [Le droit public] *dispose ainsi de fondements symboliques indiscutables, prenant la place des représentations jadis décrites par les théologiens pour l'usage des légistes* », *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Le Seuil, 1974, pp. 226-227.

L'inflation de la demande pénale est un signe de l'individualisation croissante de la responsabilité, comme si la responsabilité proclamée par un tribunal répressif pouvait seule venir accorder aux victimes la réparation sociale qu'elles exigent[2644]. Désormais s'impose une figure du « citoyen-victime » qui ne cesse d'ajouter à sa liste de griefs envers la collectivité, récuse pour lui tout risque en exigeant une sécurité quasi-absolue, et cherche sans cesse à qui imputer le mal[2645]. Il y a ainsi « *une espèce d'assourdissement de la justice pénale face à la clameur publique* »[2646]. En d'autres termes, la force des citoyens provient « *de leur puissance d'accuser, de mettre en branle l'institution, d'en appeler à la justice, voire de saisir directement l'opinion publique. Dans un univers aussi médiatisé que le nôtre, le pouvoir devient imprécatoire, il décuple la puissance de ceux qui peuvent jeter l'opprobre par une accusation* »[2647] (**Paragraphe 1**). Il est certain que le droit pénal possède un capital symbolique énorme : « *sa grande visibilité, l'immédiateté de ses effets, la grossièreté de ses catégories manichéennes qui aplatissent toutes les complexités et les remplacent par un simple code binaire « innocent - coupable », lui garantissent une carrière florissante* »[2648]. Toutefois, cette recherche de l'imputation est indissociable de l'émergence de « *la figure du citoyen-victime* […] *délié de toute responsabilité et tout entier détenteur de droits* »[2649] (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le pouvoir d'accuser[2650]

[2644] « *Dans une société où les solidarités automatiques mises en place par l'État providence sont en recul général, la reconnaissance d'un droit (juridique) deviendra le mode d'allocation des droits (sociaux) : être victime sera la manière pour la société de déterminer les régimes d'indemnisation et de prise en charge, le cas échéant en les différenciant selon la nature de l'événement préjudiciable* », Jean de Maillard, *Les maux et les causes. A propos de la crise du droit pénal*, commentaire, n°67, 1994, p. 623.

[2645] Comme le souligne François Ost, « *les citoyens, renonçant à se poser comme des acteurs affirmant des revendications sur la scène politique, se confinent dans la position de la victime formulant des plaintes sur la scène judiciaire* », *Excès de droits, abus de procédures ?*, JT, 2000, p. 4, cité par Hugues Dumont et François Tulkens, *Citoyenneté et responsabilité en droit public*, op. cit., pp. 249-250.

[2646] Xavier Lemeyre, Le Monde, 6 mai 2005.

[2647] Antoine Garapon, *Préface* à Carlo Guarnieri et Patrizia Pederzoli, *La puissance de juger*, op. cit., p. 13.

[2648] Ioannis Papadopoulos, *La philosophie pénale entre utilité sociale et morale rétributive*, apd, T. 45, 2001, p. 173. L'auteur précise que l'inflation pénale est portée par une philosophie rétributiviste de la peine que l'on retrouve sous la plume d'auteurs comme Michael Moore. Selon cette doctrine, qui est parfois implicite dans la jurisprudence de la Cour suprême, « *la punition est juste lorsqu'elle est méritée, et elle est méritée si un crime a été commis. Le crime commis est le seul fondement du droit et du devoir de l'État de punir.* […] *La justice demande de traiter les criminels selon leur mérite, de leur donner ce qu'ils méritent, ni plus ni moins que ça* », Igor Primoratz, *Justifying Legal Punishment*, Atlantic Highlands, New Jersey, Humanities Press international, 1990, pp. 147-148.

[2649] Joël Roman, *La démocratie des individus*, Paris, Calmann-Lévy, 1998, pp. 169-170.

[2650] Cf. Denis Mondon et Ramiro Riera, *Le pouvoir d'accuser : la procédure judiciaire comme arme politique*, justices, n°2, 2000, *L'État devant le juge pénal*, pp. 39-48.

Le droit d'agir en justice est incontestablement une condition fonctionnelle de l'État de droit[2651]. Le juge apparaît en effet comme un organe chargé d'assurer la prééminence du droit et la soumission de l'État au droit. En d'autres termes, « *on ne saurait concevoir un État de droit sans l'existence d'une protection juridictionnelle des droits* »[2652]. La démocratie d'opinion ne s'éloigne pas de ce cadre conceptuel mais elle renforce la capacité d'ester en justice, faisant du pouvoir d'accuser que s'est octroyé le citoyen un droit fondamental[2653]. Le droit au recours, consacré par le Conseil constitutionnel[2654], se confond alors avec le droit d'accuser au motif que le recours juridictionnel devient le nouveau mode de régulation sociale. Ainsi, « *une démocratie nouvelle se fait jour : celle des sujets sensibles. Ils sont unanimement d'accord sur une seule chose : ils ne supportent plus la souffrance. Elle devient, par là même, un puissant commutateur social, et même un enjeu politique* »[2655]. Dans bon nombre d'affaires retentissantes, l'objectif recherché par les parties civiles n'est pas tant civil (les victimes furent largement indemnisées avant l'ouverture de l'audience de Furiani par exemple) ou pénal (voir un homme aller en prison) que politique. Le procès judiciaire devient une manière d'affirmer publiquement un refus, de voir un

[2651] Telle est par exemple la position de Carré de Malberg : « *L'État de droit est donc celui qui – en même temps qu'il formule les prescriptions relatives à l'exercice de sa puissance administrative – assure aux administrés, comme sanction de ces règles, un pouvoir juridique d'agir devant une autorité juridictionnelle à l'effet d'obtenir l'annulation, la réformation ou en tous cas la non-application des actes administratifs qui les auraient enfreintes* », *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. I, op. cit., p. 489.

[2652] Thierry Renoux, *Le droit au recours juridictionnel*, jcp, 1993, I, 3675, p. 212. L'auteur cite également au soutien de son argumentation Ihering qui avait démontré que « *le droit d'agir en justice n'est pas une simple faculté mais un devoir, dans la mesure où si ce droit n'est pas reconnu et exercé, la règle de droit devient un "rouage inerte qui ne fait plus aucun travail dans le mécanisme du droit"* », *La lutte pour le droit*, Paris, Maresq, 1890, pp. 54-55.

[2653] Monique Bandrac, *L'action en justice, droit fondamental,* Mélanges Perrot, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 1-17. Que l'on insiste sur le critère « essentialiste » ou sur le critère « normativiste », il est indéniable que l'on peut qualifier le droit d'agir en justice comme un droit fondamental. Voir en ce sens, Laure Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de thèse, Vol. 57, 2006, pp. 62-63.

[2654] « *Aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* », […] *qu'en principe, il ne doit être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer une recours effectif devant une juridiction* », Décision n°96-373 DC du 9 avril 1996, Autonomie de la Polynésie française. Pour une tentative de systématisation antérieure à la solution dégagée par le Conseil constitutionnel, cf. Philippe Terneyre, *Le droit constitutionnel au juge*, lpa, n°145-1991, pp. 4-11. L'auteur proposait ainsi le syllogisme suivant : « *premièrement, la garantie des droits et libertés est un principe à valeur constitutionnelle ; or, deuxièmement, sans droit au juge dans une société de droit, la garantie des droits et libertés n'est point assurée ; donc troisièmement, toute loi qui porterait atteinte au droit de toute personne à un juge serait non-conforme au principe constitutionnel de garantie des droits* », p. 6.

[2655] Frédéric Gros, in Garapon Antoine et Pech Thierry (Dir.), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 9.

comportement officiellement réprouvé et une dignité reconnue[2656]. Être citoyen, c'est non seulement avoir des droits, mais c'est disposer des moyens de les faire valoir, donc de plaider. On redécouvre alors la nature profondément politique du droit d'accuser que MONTESQUIEU avait déjà perçue. En d'autres termes, « *au droit de critiquer le corps politique garanti par les libertés publiques, au droit de désavouer ses dirigeants, voire de les sanctionner, s'ajoute désormais le droit de les accuser* »[2657]. L'audience publique devient alors le véritable lieu de la révélation de la vérité : « *envahie par les images, la démocratie d'opinion a tendance à ne croire que ce qu'elle voit et à suspecter le complot ou la manipulation dans ce qu'elle ne voit pas* »[2658].

Pour autant, le phénomène décrit est-il réellement une rupture avec le mode d'élaboration de la norme pénale qui existait jusqu'alors ? Traditionnellement, la doctrine pénaliste tend à présenter le droit pénal comme une réaction de l'État aux infractions existantes : la victime d'une infraction doit en effet laisser le soin à l'État, titulaire du droit de punir, de transformer l'infraction, au moyen de la peine, en un évènement utile au bien public[2659]. Il est d'ailleurs notable que la mise en œuvre de l'action publique est dévolue au Parquet, représentant de l'État, et que cette fonction d'accusation est par nature une fonction exécutive[2660]. En d'autres termes, chaque crime était « *un outrage au souverain et, à travers lui, au corps politique sacralisé* »[2661], la souffrance de la victime s'effaçant derrière la violation de la loi. DURKHEIM ne dit pas autre chose lorsqu'il constate qu'il y a « *des actes qui sont plus sévèrement réprimés qu'ils ne sont fortement réprouvés par l'opinion.* […] *Il arrive même que l'acte puni ne froisse directement aucun sentiment collectif.* […] *C'est donc que* […] *la délictuosité ne dérive pas ou ne dérive pas toute entière de la vivacité*

[2656] Significatif est cet attendu du Tribunal de première instance de Liège dans un jugement du 15 juin 1994 : « *leur douleur n'a pu être adoucie par cet exutoire judiciaire que parfois peut constituer la Cour d'assises pour les victimes, la condamnation pénale permettant à certains de faire enfin leur deuil et de retrouver un peu de paix* », cité par Paul MARTENS, *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Liège, Éd. Larcier, Coll. de la faculté de droit de l'Université de Liège, 2002, p. 133.

[2657] Antoine GARAPON, *Justice, l'impensable contre-pouvoir*, op. cit., p. 226.

[2658] Antoine GARAPON, *Quelques leçons de la faillite judiciaire d'Outreau*, ESPRIT, n°7-2004, p. 157.

[2659] Telle est par exemple la pensée de Cesare BECCARIA : « *Quelquefois on dispense de la peine l'auteur d'un petit délit, quand la victime lui pardonne : acte conforme à la bonté et à l'humanité, mais contraire au bien public ; car un particulier ne peut pas supprimer par son pardon la nécessité de l'exemple, de la même manière qu'il peut renoncer à la réparation du dommage qu'on lui a causé. Le droit de faire punir n'appartient pas à un seul, mais à tous les citoyens ou au souverain. Un citoyen ne peut que renoncer à sa portion de droit, mais non pas annuler celle des autres* », *Des délits et des peines*, Genève, Librairie Droz, 1965 (1764), p. 107.

[2660] Michel TROPER, *Les procureurs ne sont pas des juges*, Le Monde, 19 novembre 1999.

[2661] Antoine GARAPON, *La justice reconstructive*, IN GARAPON Antoine et PECH Thierry (Dir.), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 259.

des sentiments collectifs qui sont offensés mais reconnaît une autre cause. Il est certain, en effet, qu'une fois qu'un pouvoir gouvernemental est institué, il a par lui-même assez de force pour attacher spontanément à certaines règles de conduite une sanction pénale »[2662].

En réalité, l'existence de formes d'action collectives interroge sur la capacité de la société civile à accéder au prétoire[2663]. L'appel à la justice est en effet souvent le fruit de mouvements sociaux ou de groupes d'intérêts avec l'appui de professionnels du droit. Il est en effet indéniable que la reconnaissance d'un intérêt collectif « *conduit à un remarquable transfert de pouvoir : le pouvoir de définir l'étendue des compétences des juridictions instituées au sein d'un ordre juridique était entre les mes mains de cet ordre juridique lui-même, avec l'action d'intérêt collectif il est transféré entre les mains de particuliers qui s'unissent* »[2664]. En d'autres termes, l'argument selon lequel le parquet serait seul apte à défendre les droits collectifs est sérieusement mis en doute, même s'il s'explique aisément par « *l'aversion profonde de la société libérale et bourgeoise issue de la révolution française pour les corps intermédiaires* »[2665]. Si certains mécanismes juridiques permettent depuis longtemps déjà à des associations d'ester en justice[2666], l'action populaire n'existe toutefois pas en droit interne, et pas

---

[2662] *De la division sociale du travail*, op. cit., p. 50.

[2663] Paul Martens, *La société civile peut-elle plaider ?*, in Frydman Benoît (Dir.), *La société civile et ses droits*, op. cit., pp. 197-218.

[2664] Olivier De Schutter, *Formes d'action collective en justice et dialectique entre les intérêts individuels et l'intérêt collectif*, in Berns Thomas (Dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droits, Territoires, Cultures, 2004, p. 313. L'auteur distingue entre l'action en justice qui se revendique d'un intérêt collectif de celle qui, par un mécanisme de groupements des demandes permet la collectivisation d'une masse d'actions individuelles (style *class action*), mais également de l'action en justice introduite par un groupement comme tel exerçant l'action individuelle que des individus seraient susceptibles d'exercer en leur nom propre (style action en *représentation conjointe* telle qu'elle est reconnue aux associations de consommateurs par la loi du 18 janvier 1992).

[2665] Mauro Cappelletti, *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil*, RIDC, n°3-1975, p. 588.

[2666] Pour une illustration célèbre en droit administratif, on se permet de renvoyer à l'arrêt du Conseil d'État Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges du 28 décembre 1906. Cette position jurisprudentielle n'est pas non plus ignorée du droit européen puisque la Cour rappelle que « *dans les sociétés actuelles, lorsque le citoyen se voit confronté à des actes administratifs spécialement complexes, le recours à des entités collectives telles que les associations constitue l'un des moyens accessibles, parfois le seul, dont il dispose pour assurer une défenses effective de ses intérêts particuliers. Cette qualité à agir des associations dans la défense des intérêts de leurs membres leur est d'ailleurs reconnue par la plupart des législations européennes* […] *Une autre approche, par trop formaliste de la notion de victime, rendrait inefficace et illusoire la protection des droits garantis par la Convention* », CEDH, 27 avril 2004, Gorraiz Lizzarraga et alii c. Espagne, § 38.

davantage en droit européen[2667]. Néanmoins, les récents débats[2668] quant à l'éventualité d'introduire en droit français un système de *class action* à l'américaine interrogent, notamment au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel[2669]. L'objet du litige se trouve en effet inévitablement modifié par rapport aux formes traditionnelles d'action collectives ; alors que traditionnellement l'action introduite devant les tribunaux a pour but d'obtenir une indemnisation d'un préjudice, ce genre d'action collective revêt ici « *un caractère fondamentalement répressif : c'est une action quasi-publique qui se présente en auxiliaire du ministère public, à l'occasion de manquements qui atteignent plus directement certains intérêts collectifs et s'adapte à eux plus directement certains intérêts collectifs et s'adapte à eux plus étroitement que l'action du parquet* »[2670]. *In fine*, en reconnaissant à des associations ou à des groupes de pression un droit de recours, « *l'État réussit à associer la victime, même à son insu, à la fonction répressive qu'il assume* »[2671], tout en confirmant le rôle de contre-pouvoir que peuvent jouer les associations dans une société

[2667] « *La Convention ne permet pas l'*actio popularis*, mais exige, pour l'exercice du droit de recours individuel, que le requérant se prétende de manière plausible lui-même victime directe ou indirecte d'une violation de la Convention résultant d'un acte ou d'une omission imputable à un État contractant* », Comm. EDH, 4 décembre 1995, TAUIRA ET ALII C. FRANCE. Toutefois, dans sa jurisprudence récente, la Cour donne l'impression de considérer que l'exercice du droit de requête individuelle dans le cadre d'une « affaire pilote » équivaut, somme toute, à l'exercice d'un droit d'action collective, voire d'une *class action*. Cf. l'opinion du juge ZUPANCIC sous CEDH, Grande Ch., 19 juin 2006, HUTTEN-CZAPSKA C. POLOGNE, où il affirme que la Cour « *accorde de l'importance au fait que la requérante ne s'est pas contentée de défendre devant elle ses propres droits mais a aussi pris la peine – dans une certaine mesure au moins – d'agir au nom des propriétaires se trouvant dans la même situation qu'elle* », § 248.

[2668] Lors de ses vœux aux corps constitués en 2005, le Président de la République a notamment émis l'idée de « *permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés* ». Cette promesse du Président a été concrétisée de manière restreinte dans le projet de loi adopté en Conseil des ministres le 8 novembre 2006. Cf. Serge GUINCHARD, *Une class action à la française ?*, D., n°32-2005, pp. 2180-2186 ; Michel VERPEAUX, *L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ?*, D., n°4-2007, pp. 258-259.

[2669] Selon le Conseil, le législateur est susceptible de conférer à un syndicat « *des prérogatives susceptibles d'être exercées en faveur aussi bien de ses adhérents que des membres du groupe social dont il estime devoir assurer la défense* ». En d'autres termes, « *le législateur peut permettre à un syndicat représentatif d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié, mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel une action collective* [mais] *c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action* », n°89-257 DC du 25 juillet 1989, LOI MODIFIANT LE CODE DU TRAVAIL ET RELATIVE À LA PRÉVENTION DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE ET AU DROIT À LA CONVERSION, Cons. 22-24. Or, le Recteur GUINCHARD souligne à juste titre que dans le système de *class action* sont considérés comme membres du groupe toutes les victimes même taisantes, à la seule exception de celles qui auront manifesté leur refus d'être membres du groupe : « *le préjudice dit de masse légitime une dérogation au droit d'action individuel, au droit de ne pas agir* », ibid., p. 2182.

[2670] Jacques VAN COMPERNOLLE, *Quelques réflexions sur l'action d'intérêt collectif : à propos de deux arrêts récents de la Cour de cassation*, Rev. Prat. Soc., 1984, p. 2.

démocratique[2672]. Á travers cette place acquise par les associations se joue finalement la mise en place d'une nouvelle régulation juridique[2673] qui doit permettre à « *l'opinion publique, si prompte à s'émouvoir, à s'emporter, à se laisser détourner par ceux qui la manipulent, de se doter de porte-parole aptes à présenter le pluralisme de ses revendications et à le livrer au test de la contradiction* »[2674].

Paragraphe 2. Une société victimaire[2675]

La rationalisation de l'État chère à Georges BURDEAU est souvent associée au passage de la vengeance privée à une justice publique. Outre qu'il a pour objet de résoudre un litige, le jugement se doit également d'assurer également la paix publique[2676]. Dans ce cadre, « *la punition peut alors prendre valeur positive pour la victime, non pas comme un soulagement lâche de souffrance, mais restauration publique de l'estime de soi* »[2677]. Or, aujourd'hui, c'est le préjudice de la victime qui est « *l'évidence du crime* » et qui marque « *la revanche d'une logique vindicatoire du face-à-face, au détriment d'une logique expiatoire de la confrontation au sacré* »[2678]. C'est également ce que confirme Robert BADINTER : « *nous sommes passés de la démocratie d'opinion à la démocratie d'émotion. L'identification aux victimes* […] *fait toujours se lever dans le public une vague de sympathie et*

[2671] Pierrette PONCELA, *Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'État*, APD, T. 28, 1983, p. 131. Contra Michel VERPEAUX qui estime que seule compte la publicité de l'action de groupe, « *chacun des membres du groupe garde la possibilité à tout moment de s'extraire de la procédure pour engager une action individuelle* », *L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ?*, op. cit., p. 259.

[2672] On ne peut que se référer à ce célèbre passage de TOCQUEVILLE : « *Ce sont les associations qui, chez les peuples démocratiques, doivent tenir lieu des particuliers puissants que l'égalité des conditions a fait disparaître* […] *La première fois que j'ai entendu dire aux États-Unis que cent mille hommes s'étaient engagés publiquement à ne pas faire usage de liqueurs fortes, la chose m'a paru plus plaisante que sérieuse, et je n'ai pas bien vu d'abord pourquoi ces citoyens si tempérants ne se contentaient point de boire de l'eau dans l'intérieur de leur famille.* […] *Ils avaient agi précisément comme un grand seigneur qui se vêtirait très uniment afin d'inspirer aux simples citoyens le mépris du luxe. Il est à croire que si ces cent mille hommes eussent vécu en France, chacun d'eux se serait adressé individuellement au gouvernement, pour le prier de surveiller les cabarets sur toute la surface du royaume* », *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 141.

[2673] Ainsi, suite à « l'affaire Dutroux », la Belgique a vu émerger des « comités blancs » qui entendaient repositionner les justiciables dans le parcours judiciaire et favoriser une reconnaissance accrûe des victimes au sein du système institutionnel. Dès lors apparaît une nouvelle catégorie de justiciable : l'usager expert. Voir Olgierd KUTY, *Le « mouvement blanc » en Belgique: un nouvel acteur dans le champ judiciaire?*, Droit et société, n°42-43, 1999, pp. 287-310.

[2674] Paul MARTENS, *La société civile peut-elle plaider ?*, op. cit., p. 217.

[2675] Pour une analyse sociologique, cf. Guillaume ERNER, *La société des victimes*, Paris, La Découverte, 2006.

[2676] Paul RICOEUR, *L'acte de juger*, ESPRIT, n°7-1992, p. 20.

[2677] Frédéric GROS, *La victime, sujet de droit ou objet politique ?*, IN ALT Éric (Dir.), *Le sexe et ses juges*, Paris, Éd. Syllepse, 2006, p. 26.

[2678] Antoine GARAPON, *La justice reconstructive*, op. cit., p. 260.

d'indignation »[2679]. L'émergence de la victime comme nouvelle catégorie juridique est ainsi consacrée de manière éclatante par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes (dite « Loi Guigou »)[2680]. Il est vrai qu'en pérennisant le droit des victimes, la « Loi Guigou » ne fait finalement que concrétiser un mouvement général commencé en 1982 avec la Commission MILLIEZ[2681] et qui se poursuivit par la suite avec la mise en place d'un secrétariat d'État aux droits des victimes en 2002. Mais, le législateur revient également sur la place de la victime dans l'espace public[2682]. Désormais protégée par l'article 16 du Code civil[2683], l'image de la victime apparaît comme un enjeu crucial dans la mise en scène du rituel judiciaire et démocratique[2684]. Reste que dans le conflit qui peut

---

[2679] *Lettre à une jeune juge*, Le Monde, 22 février 2006.

[2680] Alors que le code de procédure pénale ne mentionnait que « la partie civile se disant victime de l'infraction », désormais, l'article 34 de ce même code a ajouté au serment des jurés de ne trahir, ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, l'obligation de ne pas trahir non plus ceux de la « victime ». Le législateur a également consacré les services d'aide aux victimes. Cf. Robert CARIO, *L'évolution de l'aide aux victimes en France*, LPA, n°80-2005, pp. 3-11.

[2681] Mise en place par Robert BADINTER le 5 mai 1982, la Commission d'étude et de propositions dans le domaine de l'aide aux victimes avait conduit la Chancellerie à créer en septembre 1982 un « bureau des victimes », actuel Bureau de l'aide aux victimes et de l'aide associative au sein du service d'accès au droit et à la justice et de la politique de la ville (SADJPV).

[2682] En effet, la loi a également pour objet l'abrogation de l'article 38 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 portant liberté de la presse qui interdisait la publications de photographies « ayant pour objet la reproduction de tout ou partie des circonstances d'un des crimes et délits prévus par les Chap. I, II, VII du Titre II du Livre II du Code pénal ». Suite à l'attentat commis à la station du RER Saint-Michel le 25 juillet 1995, la publication d'un certain nombre de photos de victimes défigurées, dans des positions dégradantes et ce sans leur consentement, avait conduit le ministère public à engager des poursuites contre les directeurs de publication de magasines sur le fondement de cet article. L'inconventionnalité de l'article 38 alinéa 3 ayant été prononcée par les juridictions judiciaires en ce que cette disposition législative n'offrait pas une prévisibilité suffisante et « *aboutirait à considérer comme prohibées toutes publications de photographies ou d'images représentant un quelconque fait divers ou évènement ayant occasionné des blessures à des victimes* » (TGI de Paris, 17ème Ch., 10 septembre 1996), le législateur a ajouté un nouvel article 35 quarter à la loi de 1881 interdisant « la diffusion quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière ».

[2683] Á l'occasion de l'affaire Érignac, la Cour de cassation avait précisé que le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteignait avec le décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit et qu'il ne pouvait se transmettre aux héritiers. Dès lors, pour sanctionner la publication d'une image d'une personne décédée, il faut se référer à l'article 16 du Code civil, Cass. civ., 1ère Ch., 14 décembre 1999. Cf. Diane DE BELLESCIZE, *Droit à l'image et attentats*, LPA, n°196-2001, pp. 5-17.

[2684] La Cour de cassation, par exemple, s'appuie sur l'opinion publique au moment des faits pour estimer qu'un journaliste peut remettre en cause le verdict concernant Christian RANUCCI : « *la question de la culpabilité de Christian Ranucci, objet de débats dans l'opinion publique, avait été présentée sans contrevérité ni intention de nuire à la victime ou à ses proches dans leur honneur, pudeur ou affection* […] *la liberté de communiquer des informations autorise la publication d'images de personnes impliquées dans un évènement, sous la*

opposer l'atteinte à la dignité de la personne humaine et le principe de la liberté de la presse, les droits de la personnalité peuvent toutefois s'effacer devant « *le libre choix des illustrations d'un débat général de phénomène de société* »[2685]. Le paradoxe est alors latent : d'une part, on reconnaît qu'« *être victime, c'est à la fois revendiquer une figure publique, en existant au travers des « mass medias », et chercher un responsable à son malheur* »[2686], alors que d'autre part on tend justement à préserver la dignité de ces mêmes victimes au regard du droit du public à recevoir des informations. En réalité, l'antinomie n'est qu'apparente : la démocratie d'opinion ne s'intéresse pas à la victime réelle, mais construit davantage « *un imaginaire victimaire* »[2687] qui vient modifier l'ensemble des règles du rituel judiciaire et ouvre la voie à une crise généralisée des instances modératrices du droit de punir.

L'utopie d'une démocratie d'imputation apparaît donc bien comme une utopie « *régressive* »[2688]. Ainsi, elle correspond au fait que notre démocratie de confrontation, fortement socialisée, tend à se transformer en une démocratie d'accusation, plus particularisée : la difficulté avérée de jauger les programmes et les projets conduit à ce que l'on juge désormais les personnes. On passe ainsi d'un régime de responsabilité à un régime personnel de l'accusation. Comme le souligne Pierre ROSANVALLON, « *l'heure n'est plus seulement à la punition des crimes. On se préoccupe désormais de répondre à deux demandes sociales fondamentales : la désignation des responsables des dysfonctionnements sociaux et l'évaluation morale du personnel politique* »[2689]. Ainsi, les groupes de victimes, en se gardant de « faire de la politique » au sens traditionnel du terme, sont peut-être en passe de mettre au point certaines des formes politiques de demain (toutes celles en particulier où l'accès au statut de victime sera conçu dans le débat public comme l'ultime, voire la seule véritable garantie de légitimité et d'authenticité). Cette façon « circonstancielle » de faire du collectif rompt nettement avec les modalités traditionnelles des mobilisations catégorielles.

---

seule réserve du respect de leur dignité », Cass. civ., 1ère Ch., 13 novembre 2003.

[2685] Cass. civ., 2ème Ch., 4 novembre 2004, STÉ HACHETTE FILIPACCHI C. MME GOURET. La Cour de cassation avait certes reconnu qu'une personne impliquée dans un fait d'actualité ne pouvait s'opposer à la publication de son image (Cass. civ., 1ère Ch., 20 février 2001), mais en l'espèce la publication de la photographie du corps d'un jeune homme de 16 ans, mortellement blessé dans un accident de la circulation, en illustration d'un article intitulé « Routes, la guerre oubliée » n'est pas attentatoire à la dignité de la personne humaine selon la Cour.

[2686] Lucien KARPIK, *L'affaire Marie L. révèle une société obsédée par ses victimes*, op. cit., p. 5.

[2687] Denis SALAS, *L'inquiétant avènement de la victime*, Sciences Humaines, Hors Série, n°47, 2006, p. 91.

[2688] Pierre ROSANVALLON, *Les utopies régressives de la démocratie*, IN *France, les révolutions invisibles*, op. cit., pp. 207-222.

[2689] Ibid., p. 216.

Le mouvement des victimes est en effet inséparable du développement de l'individualisme démocratique avec « *l'affaiblissement des grandes idéologies consolatrices, qui donnaient du sens au malheur, et des collectivités d'appartenance qui savaient prendre en charge la souffrance* »[2690]. Les victimes tendent dès lors à substituer à une logique de compassion une logique de l'indignation : « *cela signifie que la tâche qu'elles assignent ne consiste pas à solliciter un bienfaiteur, mais bien plutôt un persécuteur* »[2691]. Ainsi, les accidents collectifs[2692] ramènent soudainement les protagonistes aux termes du contrat fondamental qui lie l'État et les personnes qui se trouvent sous sa protection, et ce à cause du fait même que ces évènements dramatiques impliquent une pluralité de personnes et se déroulent dans un lieu ou un moyen de transport accueillant du public, selon une unité d'action et une dimension qui les placent sous l'attention d'un grand nombre d'observateurs. « *Le fait que le risque se réalise* […] *pousse les personnes à accuser l'État depuis leur statut nouveau et complètement dépréciatif de victimes.* […] *L'horizon de leur discours est bien celui du « vivre-ensemble » dont l'État est l'expression et le garant ; c'est donc vers lui qu'elles portent leurs critiques les plus appuyées, au nom de la protection qu'elles attendent* »[2693]. En d'autres termes, la constitution des groupes de victimes s'effectue largement dans cette optique de revendication et de contestation tournée vers l'État.

Sous-Section 2. Pouvoir judiciaire et délégitimation de l'action publique

Le juge est de plus en plus perçu comme un moyen privilégié d'intervention dans la vie publique, remettant au goût du jour l'analyse qu'avait proposée TOCQUEVILLE de la démocratie américaine lorsqu'il affirmait que « *les européens, en établissant les tribunaux politiques ont eu pour principal objet de punir les coupables ; les américains, de leur enlever le pouvoir* »[2694]. La naissance du pouvoir judiciaire s'analyse souvent comme la conséquence d'une modification des cadres traditionnels de l'action politique. Ainsi, tant les textes institutionnels que le changement dans

---

[2690] Lucien KARPIK, *L'affaire Marie L. révèle une société obsédée par ses victimes*, Le Monde, 23 août 2004.

[2691] Jean-Paul VILAIN, *Les victimes : entre disculpation de soi et accusation de l'État,* JUSTICES, n°2, 2000, *L'État devant le juge pénal*, p. 105.

[2692] On pense ici, notamment, à l'affaire des thermes de Barbotan, à l'affaire du Drac, ou encore à l'explosion de l'usine AZF à Toulouse.

[2693] Jean-Paul VILAIN, *Les victimes : entre disculpation de soi et accusation de l'État*, op. cit., pp. 115-116.

[2694] *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 180.

les mœurs judiciaires ont permis d'évoquer l'existence d'un pouvoir judiciaire, « *pouvoir qui, en France du moins, a pris la forme un peu irrégulière et volcanique d'une mise en cause des hommes politiques* »[2695]. S'étant érigés en « *gardien de la vertu publique* »[2696], les juges ont donc eu la faculté, grâce au droit pénal, de contrôler les hommes politiques. Un tel contrôle n'est bien évidemment pas neutre, et il témoigne d'une inversion des légitimités à l'œuvre sous la Vème République. (**Paragraphe 1**). L'individualisme démocratique, dont Louis Dumont disait qu'il était concomitant à l'expansion démocratique, serait la clef de voûte de cette profonde inversion : grâce à l'actuelle révolution judiciaire, la démocratie connaît son moment pénal, qu'on doit interpréter comme un triomphe de la société civile sur l'État ; ici se joue le passage décisif de la souveraineté à la justiciabilité ou encore la fin de la prééminence de l'État. Comme l'affirme Antoine Garapon, « *l'État a peu à peu perdu son rôle de gardien de la République au bénéfice du juge* »[2697]. Autrement dit, « *ce ne serait plus l'État, ni sa tête qui exprimerait l'intérêt général, mais la société civile par la médiation initiale des individus ou groupes qui agissent en justice, et par médiation ultime de la justice censée donc concurrencer les hommes politiques dans la définition et la détermination de l'intérêt général* »[2698]. Alors qu'il était subordonné à la souveraineté nationale, le droit se voit ainsi crédité d'une légitimité supérieure à celle de l'État (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. De la légitimité judiciaire ou la tentative d'inversion des légitimités sous la Vème République[2699]

En s'instituant comme instance de contrôle extérieure, le juge brise la logique représentative et tend à opposer la logique du principe de légalité à celle du principe de majorité. Pour ceux qui refusent de penser la légitimité uniquement en termes politiques, « *on ne peut plus penser le pouvoir de juger par analogie avec le principe électif, au nom de quoi un juge, pour être légitime, devrait être élu ;* [c'est parce que] *son pouvoir reste passif (les juges ne créent par les affaires, elles leur sont déférées), neutre et responsable vis-à-vis du public qui en est destinataire* »[2700] que le juge peut se faire

---

[2695] Olivier Beaud, *L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la Vème République (…)*, op. cit., pp. 110-114.

[2696] Antoine Garapon, *Le Gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 51. C'est surtout vrai au regard de l'infraction relative à l'abus de biens sociaux.

[2697] Antoine Garapon, *La culture juridique française au choc de la mondialisation*, in Jacob Robert (Dir.), Le j*uge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, lgdj, Coll. Droit et société, 1998, p. 392.

[2698] Olivier Beaud, *L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la Vème République (…)*, op. cit., p. 117.

[2699] Nous empruntons la formule à Olivier Beaud, *L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la Vème République (…)*, op. cit., p. 114.

[2700] Denis Salas, *Le juge aujourd'hui*, op. cit., p. 64.

le porte-parole de l'opinion publique mue par un souci d'égalité et de justice. Mais l'on ne peut également nier que « *la démocratie contentieuse et la démocratie d'opinion rétrécissent à l'extrême le champ du politique* »[2701], le juge et l'élu étant alors victimes d'une inversion des légitimités. Les partisans du pouvoir judiciaire n'élimineront pas facilement la difficulté contre-majoritaire : comment des personnes non élues peuvent-elles se mettre en travers de la volonté des élus du peuple? Ainsi que le rappelle Jean GICQUEL, « *il n'existe qu'un seul pouvoir, incarné par des représentants du peuple que sont les parlementaires et le président de la République, et par voie de corollaire une seule légitimité* »[2702]. L'émergence du pouvoir judiciaire ne peut alors se comprendre sans une étude du discours de légitimation qui accompagne ce mouvement (**Sous-Paragraphe 1**). Comme le souligne Giovanni SARTORI, il convient d'éviter que « *la judiciarisation* […] *arrive à paralyser le processus décisionnel et même à détruire la responsabilité politique, c'est-à-dire le principe fondamental dans une démocratie, qu'il y a toujours un responsable pour les décisions principales qui touchent la communauté, à savoir quelqu'un qui peut être remplacé au moyen de la compétition électorale* »[2703]. C'est pourquoi, dans une telle logique, la responsabilité du magistrat devient un élément clef de sa légitimité (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. L'autorité judiciaire en quête de légitimité

On peut considérer que, dans l'esprit du texte constitutionnel, ce sont trois légitimités distinctes qui apparaissent, de force inégale entre elles. Le régime repose en effet sur une hiérarchie des légitimités qui placerait la « *légitimité de suprématie de l'État comme lieu de l'intérêt général* » au-dessus de la « *légitimité purement représentative* » et de la « *légitimité juridictionnelle* »[2704] ; dès lors, il est indéniable que l'actuelle promotion de la justice modifie substantiellement ce circuit de légitimités. Comme le remarque Olivier BEAUD, « *ces questions de légitimités ne sont pas anodines car on sait qu'elles tournent autour des questions de souveraineté* »[2705]. C'est pourquoi le discours de légitimation prend une place primordiale dans l'émergence d'un pouvoir judiciaire. La principale de ses composantes est, sans conteste, l'invocation rituelle de l'État de droit comme fondement de la légitimité des juges : l'État de droit ne pourrait en effet se penser sans une forte présence juridictionnelle, sans le droit des juges. En effet, l'action juridictionnelle exercée par les

[2701] Fabrice HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel (…)*, op. cit., p. 145.

[2702] Jean GICQUEL, *La justice et l'État*, LPA, n°213-2000, p. 48.

[2703] Cité par Carlo GUARNIERI et Patrizia PEDERZOLI, *La Puissance de juger. Pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris, Michalon, 1996, p. 183.

[2704] Lucien JAUME, *La réhabilitation de la fonction gouvernementale dans la Constitution de 1958*, op. cit., p. 89.

[2705] Olivier BEAUD, *L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la Vème République*, op. cit., p. 114.

citoyens requérants rendrait permanente la démocratie, alors que, par les élections, le peuple n'exercerait son influence que par intermittence. En se substituant au contrôle parlementaire, le contrôle juridictionnel devient le seul contrôle admissible car impartial : le juge est devenu, pour reprendre l'expression de Denis SALAS, un « *tiers-pouvoir* »[2706].Ce type de discours légitime ainsi les juges en en faisant les gardiens des droits de l'homme. Ainsi que l'a mis en évidence Marcel GAUCHET, il existe alors une véritable politique des droits de l'homme qui dicte à l'État sa fonction : celui-ci est d'abord et avant tout le garant des droits de l'homme, ce qui relègue loin derrière ses fonctions régaliennes[2707]. Dès lors, associé au principe de l'égalité de tous devant la justice, et de préférence devant la justice pénale, il justifie la mise en cause pénale des acteurs publics, hâtivement considérés comme des citoyens ordinaires. Le juge est alors « *placé entre le peuple et ses représentants : il incarne une faculté offerte aux citoyens de faire valoir leurs droits de manière directe, au besoin contre l'action des pouvoirs élus. Sa légitimité est d'appliquer la loi que les représentants ont votée et les principes fondamentaux du droit dans lesquels une société se reconnaît* »[2708].

La criminalisation de la responsabilité apparaît ainsi comme le corollaire d'un « *contrôle de la vertu* »[2709] : ce ne sont pas tant les actes des gouvernants que leur éthique, leur honnêteté qui sont soumises au contrôle du juge. La lutte contre la corruption, dont Pierre ROSANVALLON a justement fait l'un des objets de la « *déception démocratique* »[2710], a ainsi conduit plusieurs hommes politiques à être mis en examen, jugés, voire condamnés par les tribunaux répressifs pour des délits commis le plus souvent pour un financement illégal de partis politiques ou de campagnes politiques. La condamnation d'Alain JUPPÉ en janvier 2004 marque ici la confirmation de ce mouvement : les attendus au jugement du Tribunal correctionnel de Nanterre, bien qu'ils soient le soutien nécessaire au dispositif, font preuve d'une inhabituelle véhémence ; ainsi les juges

---

[2706] « *C'est que la justice est le symptôme d'une mutation politique profonde : elle ne consacre pas la victoire des juges, de la procédure ou du droit mais l'avènement d'une nouvelle idée de la démocratie. En même temps qu'elle accède – enfin – au statut de véritable pouvoir démocratique, elle devient le pouvoir de personne. C'est en effet le sort de tout pouvoir dans la démocratie comme nous le rappelle Claude Lefort* », Antoine GARAPON, *Justice, l'impensable contre-pouvoir*, IN *France : les révolutions invisibles*, op. cit., p. 236.

[2707] Marcel GAUCHET, *Quand les droits de l'homme deviennent une politique*, LE DÉBAT, n°110, 2000, p. 258-288.

[2708] Denis SALAS, *Le juge aujourd'hui*, op. cit., p. 68.

[2709] Selon l'expression du sociologue italien Alessandro PIZZORNO, *Il potere dei judici*, Bari, Laterza, 1999, cité par Olivier BEAUD, *La justice comme problème constitutionnel*, op. cit., p. 549.

[2710] « *La définition essentielle de la corruption, c'est le franchissement de la distance entre le privé et le public. La définition de la corruption au sens général des institutions, c'est entacher le bien public d'une sorte de correctif individuel, que ce correctif soit celui de bénéfices politiques, moraux ou matériels* », *Esquisse d'une histoire de la déception démocratique*, IN DUTU Alexandre et DODILLE Norbert, *Culture et Politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 105.

mentionnent-ils « *que la nature des fais commis est insupportable au corps social comme contraire à la volonté générale exprimée par la loi ; qu'agissant ainsi, Alain Juppé a, alors qu'il était investi d'un mandat électif public, trompé la confiance du peuple souverain* »[2711]. Aujourd'hui, tout se passe comme si on voulait faire de la scène judiciaire la scène du politique. Dès lors, « *on entre dans une logique robespierriste, qui est celle de l'épuration : en finir, par le biais des juges, avec les corrompus, avec les méchants.* […] *La démocratie française choisit pour s'exprimer la voie du ressentiment, c'est-à-dire le risque perpétuel d'une société dont l'égalité est l'idéal* »[2712]. Alors que le droit public consacre justement la spécificité des pouvoirs publics et des titulaires de ces fonctions qui, dès lors qu'ils occupent ces fonctions cessent justement d'être des citoyens ordinaires pour être mieux en mesure de servir l'État, la position actuelle des juges, en refusant le *judicial restraint*, frise selon certains auteurs « l'impérialisme judiciaire »[2713]. De toute évidence, la fonction des magistrats repose néanmoins sur une confusion trop fréquente de l'État de droit et de l'État du juge[2714]. Le discours de légitimation tend ainsi à occulter les potentialités antidémocratiques à l'œuvre dans ce processus.

[2711] Le tribunal avait condamné l'ancien Premier Ministre pour prise illégale d'intérêt à 18 mois d'emprisonnement avec sursis. Selon le tribunal, cette condamnation entraînait automatiquement l'interdiction de s'inscrire sur les listes électorales pendant une durée de cinq ans en vertu de l'article 7 du Code électoral, le juge de première instance estimant que la loi « postérieure » et « spéciale » (la loi du 19 janvier 1995) l'emportait sur la loi « antérieure » et « générale » (les dispositions du Code Pénal de 1992). Cette solution a été démentie par la Cour d'appel de Versailles dans une décision du 1er décembre 2004, au motif notamment que l'article 132-21 alinéa 1 portant « l'interdiction de tout ou partie des droits civiques […] ne peut, nonobstant toute disposition contraire, résulter de plein droit d'une condamnation ». Cf. Jean-Yves VINCENT, *Peine complémentaire ou peine automatique… Malaise autour de l'article L. 7 du code électoral*, note sous CA de Versailles, 1er décembre 2004, Alain Juppé et autres, AJDA, n°8-2005, pp. 435-437. C'est donc, paradoxalement, le primat du droit pénal sur le droit électoral qui a permis à l'ancien premier ministre d'échapper à une condamnation plus sévère.

[2712] Alain FINKIELKRAUT, *L'imparfait du présent*, Paris, Gallimard, 2002, p. 38. On peut noter l'apparente contradiction de la référence à ROBESPIERRE pour qui le mot de jurisprudence devait au contraire être « *effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution et une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi* », cité par Bertrand PAUVERT, *L'opinion publique et la justice. Réflexions juridiques pour un réaménagement institutionnel*, IN *Justice et Opinion publique*, op. cit., p. 45.

[2713] La tension qui peut parfois exister entre le monde politique et le monde judiciaire conduit parfois les hommes politiques à des propos « douteux » : ainsi, selon Silvio BERLUSCONI, « *pour faire ce travail* [le travail de juge], *il faut être mentalement dérangé, avoir des troubles psychiques. S'ils le font, c'est parce qu'ils sont anthropologiquement différents du reste de la race humaine. Ces juges sont doublement fous, premièrement parce qu'ils le sont politiquement, ensuite parce qu'ils le sont de toute façon* », Le Monde, 6 septembre 2003.

[2714] « *Á la promotion du nouvel impératif rationnel-éthique semble correspondre ainsi la promotion de l'institution juridictionnelle chargée de vérifier la conformité des actes aux valeurs et principes fondamentaux constitutifs de la société : égalité, liberté, solidarité* », Dominique ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Coll. Clefs Politique, 1992, p. 155.

Sous-Paragraphe 2. Légitimité et responsabilité judiciaire

Si la justice tire sa légitimité externe de la garantie constitutionnelle de sa fonction, « *elle tire sa légitimité interne de l'éthique, de la compétence, de l'impartialité, et de la responsabilité de ses magistrats* »[2715]. Ce qui explique que, « *tant à l'intérieur du corps judiciaire que dans l'opinion, la demande déontologique est aujourd'hui importante en France comme dans tous les grands systèmes* »[2716]. Si l'obligation faite aux juges de répondre de leurs décisions devant le Prince n'est pas nouvelle[2717], les mécanismes de contrôle fonctionnent toutefois mal et il est de toute évidence que l'indépendance croissante du juge se fait en totale déconnexion du principe de responsabilité[2718]. Bien évidemment, il ne s'agit pas de revenir sur la liberté d'interprétation de la loi par le juge et ce, même s'il peut arriver exceptionnellement, eu égard à sa gravité, que l'erreur commise par le juge revête un caractère fautif : l'action disciplinaire n'est en effet recevable dans ce cas que pour « *abus de pouvoir ou fraude à la loi tels que l'acte accompli devient étranger à toute activité juridictionnelle* »[2719]. C'est dans ce contexte qu'intervient le récent projet de loi organique visant à qualifier de faute disciplinaire la « violation délibérée des principes directeurs de la procédure

---

[2715] Loïc CADIET, *Justice démocratique versus démocratie judiciaire ?*, IN GABORIAU Simone et PAULIAT Hélène (Dir.), *Justice et démocratie*, op. cit., p. 510.

[2716] Guy CANIVET, *La conception française de la déontologie des magistrats*, ESPRIT, n°11-2003, p. 5. Au contraire, l'institution judiciaire semble parfois réticente à admettre certaines lacunes dans la mise en cause de la responsabilité des magistrats : ainsi, « *loin d'être soumise aux urgences et aux décrets de l'opinion publique, la justice peut se donner du temps et s'entourer des précautions, exiger la mise en forme rationnelle des arguments, les évaluer et les réévaluer sereinement. Du reste, c'est sans doute l'institution la plus contrôlée de notre démocratie, et ce contrôle vient d'abord d'elle-même, de son organisation interne, par des règles de procédure de plus en plus contraignantes et nombreuses* », Édito de l'IHEJ du 22 février 2001.

[2717] « *Á sa majesté appartient de savoir comme sa justice est administrée, et si ces juges font leur devoir : c'est trop grande arrogance quand les juges maintiennent qu'ils ne peuvent errer ou faillir, ce qui est commun à tous les hommes, et comme dit un ancien philosophe, la République est mal servie, où les magistrats sont exempts de rendre compte de leurs jugements et ordonnances* », Chancelier Michel DE L'HOSPITAL, 17 août 1563, cité par Guy CANIVET lors de son discours à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 6 janvier 2006, Le Monde, 7 janvier 2006.

[2718] Harold ÉPINEUSE, chercheur à l'Institut des Hautes Études sur la Justice, souligne qu'« *en France, il manque cette prise de conscience selon laquelle il faut un contrat de confiance avec l'opinion et que l'autorégulation appartienne aux magistrats eux-mêmes. Les juges n'on pas encore assez l'impression d'être observés. Ils n'ont pas compris qu'ils étaient devant le tribunal de l'opinion* », Le Monde, 13 juin 2003.

[2719] Avis du CSM, 2 octobre 2003. C'est d'ailleurs à l'État qu'on impute un dysfonctionnement du service public de la justice, celui-ci étant causé par une faute lourde ou par un déni de justice (Art. L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire). Cette faute lourde n'est pas aujourd'hui très éloignée de la faute simple, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation l'ayant détachée de l'erreur grossière imputable au juge ou, de manière plus générale, au service public de la justice, C. Cass., Ass. Plén., 23 février 2001. Cf. Thomas CLAY, *Petite chronique judiciaire : la faute du magistrat*, D., n°30-2001, pp. 2420-2421 ; Didier SABOUREAULT, *La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité*, IN DEGUERGUE Maryse (Dir.), *Justice et responsabilité de l'État*, Paris, PUF, Coll. droit et justice, 2003, pp. 171-208.

civile ou pénale » ainsi qu'à ouvrir aux justiciables un droit de réclamation portant sur le comportement du magistrat chargé de leur dossier. Ce projet de loi introduisait, selon l'avis du Conseil d'État en date du 19 octobre 2006, « *un risque de confusion entre l'office des juges d'appel et de cassation et celui du juge disciplinaire* ». Le texte présenté par le gouvernement se voulait une réponse aux dysfonctionnements constatés dans l'affaire d'Outreau mais était donc au mieux superfétatoire, au pire de nature à porter atteinte aux principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire. Le Conseil constitutionnel ne dit pas autre chose dans sa décision du 1er mars 2007. Si celui-ci admet que les principes de séparation des autorités administratives et judiciaire, ainsi que celui d'indépendance du pouvoir judiciaire, n'interdisent pas au législateur organique « *d'étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle en prévoyant qu'une violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties puisse engager une telle responsabilité* », ils font toutefois obstacle « *à l'engagement de poursuites disciplinaires lorsque cette violation n'a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive* »[2720], garantissant ainsi que la procédure disciplinaire à l'encontre d'un magistrat ne servira pas de substitut aux voies de recours normales. En d'autres termes, en vertu des principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'autorité judiciaire, le Conseil constitutionnel considère qu'une faute commise par un magistrat dans le cadre de son activité juridictionnelle ne peut être poursuivie sur le plan disciplinaire qu'à la condition que cette faute fusse établie au préalable par une juridiction supérieure dans le cadre des voies de recours.

Demeure néanmoins une incertitude concernant la frontière entre la faute disciplinaire et le manquement du juge à sa déontologie[2721] : ainsi, l'article 43 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 indique que « tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse et à la dignité constitue une faute disciplinaire ». La faute du magistrat s'apprécie alors au regard du serment[2722] prononcé lors de la prise de fonction, étant donné que celui-ci « *place le magistrat dans le pacte démocratique. Son expression est juridique mais sa nature est d'ordre*

[2720] Décision n°2007-551 DC du 1er mars 2007, LOI ORGANIQUE RELATIVE AU RECRUTEMENT, À LA FORMATION ET À LA RESPONSABILITÉ DES MAGISTRATS, Cons. 7.

[2721] « *L'éthique concerne l'apprentissage d'une conduite alors que la discipline sanctionne les écarts de conduite. La visée du « bien faire » caractérise l'éthique ; la discipline sanctionne le « mal faire ». Toute la difficulté se concentre sur la position ambiguë de la déontologie qui peut avoir deux sens très différents selon qu'elle est associée à la discipline ou orientée par l'éthique* », Denis SALAS, *Le renouveau du débat sur l'éthique du juge*, IN SALAS Denis et ÉPINEUSE Harold (Dir.), *L'éthique du juge : une approche européenne et internationale*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 5.

politique. Par son caractère public, il donne à l'engagement personnel ainsi formulé une dimension collective qui appelle la reconnaissance du juge dans la Cité »[2723]. En d'autres termes, le serment renvoie d'abord à un devoir envers soi-même, mais il doit également avoir « *valeur de signe, avoir une portée instituante, celle d'un pacte de confiance avec l'opinion* »[2724]. L'imprécision des termes aurait pu être l'occasion pour l'instance disciplinaire qu'est le CSM de donner un contenu à ces termes mais l'interdiction totale de publicité dont étaient frappées jusqu'en 1999 ses décisions n'a pas contribué au développement d'une réflexion interne sur la déontologie des magistrats[2725]. Cependant, depuis lors, la publicité des audiences et des décisions du CSM[2726] « *permettent à l'opinion citoyenne de suivre les débats relatifs à un manquement disciplinaire imputé à un magistrat, de s'assurer que les faits, s'ils sont prouvés, ont été sanctionnés par une peine proportionnée aux manquements* »[2727]. Mais, le CSM ne peut décider seul de poursuivre un juge sur le plan disciplinaire. Depuis 2001, outre le garde des sceaux, il peut être saisi par un procureur général ou un premier président de Cour d'appel. Dans tous les cas, il s'agissait le plus souvent d'une décision politique « *dont la seule limite était le poids de l'opinion lorsque la faute était connue et semblait intolérable.* […] *L'actualité montre qu'encore aujourd'hui, le poids de l'opinion et de campagnes de presse n'est pas sans incidence sur l'engagement de poursuites contre des magistrats. Dans un passé récent, cédant à l'émotion populaire, on a même annoncé l'ouverture de poursuites disciplinaires contre des juges en raison des décisions individuelles ou collégiale qu'ils avaient rendues* »[2728]. Il convient

---

[2722] « Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat », Art. 6 de l'Ordonnance du 22 décembre 1958.

[2723] Guy CANIVET, *La conception française de la déontologie des magistrats*, op. cit., p. 7.

[2724] Jean-François KRIEG, *La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique*, D., n°24-2005, p. 1593. Denis SALAS précise que « *le serment scelle le rapport au politique et la sphère de la conscience. Tout en restant un rituel d'incorporation à un corps, il devient une forme d'assignation à responsabilité devant autrui. Prêté en public, il rappelle que le juge tire sa légitimité du fait qu'il se soumet lui-même au jugement des autres* », *Le renouveau du débat sur l'éthique du juge*, op. cit., p. 16.

[2725] On peut mentionner à titre d'exemple le rapport de la Commission d'éthique de la magistrature dite « Commission Cabannes » paru à la Documentation française en 2003. Le Conseil consultatif des juges européens, placé sous l'égide du Conseil de l'Europe, souligne lui aussi la nécessité de considérer la déontologie indépendamment du système disciplinaire et de faire en sorte que les principes de déontologie émanent des juges eux-mêmes : « *ils devraient être conçus comme un instrument d'autocontrôle du corps généré par lui-même, qui permet au pouvoir judiciaire d'acquérir une légitimité par l'exercice de fonctions dans le cadre de standards éthiques unanimement admis* », Avis n°3/2002, § 49, cité par Harold ÉPINEUSE, *La déontologie internationale des juges. De la vieille Amérique à la nouvelle Europe*, www.repid.fr, n°3-2003.

[2726] Loi organique du 25 juin 2001.

[2727] Guy CANIVET, *La conception française de la déontologie des magistrats*, op. cit., p. 21.

néanmoins de souligner que le Conseil d'État[2729] peut parfois encadrer les poursuites disciplinaires dictées par l'émotion populaire : ainsi a-t-il annulé le 20 juin 2003 les sanctions disciplinaires prises à l'encontre d'un magistrat du parquet pour son rôle présumé dans l'enlisement de l'enquête sur les disparues de l'Yonne[2730], au motif que la sanction était entachée d'une erreur manifeste d'appréciation de la part du ministre de la Justice. Le juge administratif met ainsi en garde l'autorité disciplinaire contre l'erreur consistant à décider de la sanction en fonction de circonstances et d'éléments ultérieurs aux fait imputés reprochés à l'agent : l'autorité disciplinaire ne doit tenir compte uniquement que « *des éléments et des circonstances de l'époque à laquelle ces faits ont pris place et qui en constituent le contexte* »[2731].

Néanmoins, l'émancipation de la justice peut, à bien des égards, s'apparenter à la victoire d'une bureaucratie sur une autre. Carlo GUARNIERI avait d'ailleurs distingué clairement entre une magistrature « *bureaucratique* », dominée par la carrière, telle que l'État napoléonien l'a façonnée en France, et une magistrature « *professionnelle* », propre aux pays de *Common law*, marquée par

---

[2728] Ibid., p. 17. Particulièrement significative est la décision prise le 11 juin 2006 par le garde des Sceaux de saisir le CSM sur la responsabilité du juge BURGAUD, et ce contre l'avis de l'inspection générale des services judiciaires qui avait conclu à l'absence de faute disciplinaire du magistrat. Le ministre de la justice s'est ainsi justifié en expliquant qu'il ne voulait pas qu'un « *décalage entre le rapport de l'inspection et l'opinion publique puisse faire croire qu'il ne s'est rien passé à Outreau* », Le Monde, 13 juin 2006.

[2729] En effet, suite à une singulière interprétation de l'arrêt du Tribunal des conflits du 27 novembre 1952, PRÉFET DE LA GUYANE (Rec., p. 642) qui répartit les compétences en matière de justice entre actes relatifs à l'exercice de la fonction juridictionnelle, qui relèvent de la compétence judiciaire, et actes relatifs à l'organisation du service public de la justice, tombant dans celle des juridictions administratives, le contentieux des sanctions infligées aux magistrats relève de la compétence du juge administratif. Et depuis une décision de section du 14 mars 1975 SIEUR ROUSSEAU, le Conseil d'État exerce un contrôle sur la qualification juridique des faits ayant motivé la sanction disciplinaire d'un magistrat, que celui-ci relève du siège ou du parquet. Le Conseil d'État a ainsi accepté, depuis une décision de section LEBON du 9 juin 1978, de contrôler sur le terrain de l'erreur manifeste d'appréciation l'adéquation d'une sanction à la faute imputée aux sanctions prononcées à l'encontre des magistrats. Cf. David DOKHAN, *Le Conseil d'État, garant de la déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire*, RFDA, n°4-2002, pp. 768-782.

[2730] Le ministre de la justice avait, après avis du Conseil supérieur de la magistrature, sanctionné M. Stilinovic d'une mise à la retraite d'office, lui reprochant alors qu'il était substitut du procureur de la République près le Tribunal de grande instance d'Auxerre, une inertie coupable à propos de la disparition de sept jeunes femmes à la fin des années 1970. Cf. AJDA, n°25-2003, pp. 1334-1338.

[2731] CE, sect., 20 juin 2003, M. STILINOVIC. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement LAMY avait lui aussi insisté sur le fait qu'« *avec l'anachronisme, lorsque les faits sont anciens, il y a une autre tentation à laquelle l'autorité disciplinaire doit échapper, lorsque le trouble de l'opinion est profond : faire porter aux personnes poursuivies le poids d'une responsabilité qui dépasse leur action propre* », JCP, n°207, n°49-2003, p. 2164. Il est remarquable de noter que, alors même que le ministre met bien en œuvre ici une prérogative constitutionnelle, le juge administratif se déclare néanmoins compétent en ce que la décision « *portait directement atteinte à la situation juridique subjective du requérant* », Élise CARPENTIER, *L'« acte de gouvernement » n'est pas insaisissable*, op. cit., p. 667.

une réelle autonomie[2732]. Dès lors, on peut considérer avec Antoine GARAPON que « *la classe politique et les hauts fonctionnaires forment malheureusement aux yeux du public une corporation comme une autre, qui se tient les coudes pour échapper à toute sanction. Et malheureusement, les faits lui donnent très largement raison.* […] *La responsabilité doit être garantie par un tiers. Ce que l'on attend du tiers, que n'apportent ni l'administration ni, d'ailleurs, les représentants, c'est un regard extérieur. La revendication des politiques à n'être jugés que par eux-mêmes apparaît aujourd'hui comme une illustration supplémentaire du corporatisme, mal bien français, et cache au fond une demande d'immunité ;* […] *or le tiers vient casser toute connivence corporatiste* »[2733]. En définitive, mieux vaut l'arbitrage d'un tiers plutôt qu'un jugement des pairs. Mais c'est négliger le fait que la défense du tiers, érigée en idéal démocratique, promeut inévitablement un autre corporatisme qui n'est autre que le corporatisme judiciaire[2734]. La critique est certes davantage culturelle qu'institutionnelle mais, dès lors, comment ne pas voir dans le mouvement actuel l'institutionnalisation d'une élite judiciaire en lieu et place de l'élite administrative ? La démocratie judiciaire ne conforte-t-elle pas une vision oligarchique de la démocratie, les juges remplaçant ici les partis et autres agents électoraux[2735] ? La pénalisation de la vie publique n'aboutit-elle pas *in fine* à une dépolitisation des citoyens ?

Paragraphe 2. La démocratie d'imputation comme remise en cause de l'État

Si l'on a pu concevoir classiquement l'État comme une instance souveraine placée au-dessus d'une multitude de citoyens assujettis, l'action vindicative des victimes, quand celles-ci cherchent à faire de la personne publique un instrument à leur service, révèlerait plutôt un lien de nature inverse : la subordination d'un État tout-puissant à des individus souverainement libres, dotés de droits individuels très étendus, autant au plan de leur liberté qu'en ce qui

---

[2732] *La puissance de juger*, op. cit., pp. 66-72 en particulier.

[2733] Antoine GARAPON, *Pour une responsabilité civique*, ESPRIT, n°3/4-1999, p. 257.

[2734] L'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature utilise au moins à huit reprises le terme de « corps judiciaire », renvoyant à l'idée de l'existence d'une communauté de magistrats « *soumis certes à un même statut, mais attachés surtout à une même fonction sociale* », Guillaume DRAGO, *Le corps judiciaire. Essai de définition à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 187. Pour une analyse sociologique de la question, Cf. Jean-Luc BODIGUEL, *Les magistrats, un corps sans âme ?*, Paris, PUF, Coll. politique d'aujourd'hui, 1991.

[2735] Les idées exprimées par Joseph Aloïs SCHUMPETER – « *l'existence des partis et des agents électoraux correspond tout simplement au fait que la masse électorale est incapable d'agir autrement que les moutons de Panurge* » - sont à la base d'une vision réductrice selon laquelle « *la démocratie signifie seulement que le peuple est à même d'écarter ou d'accepter les hommes appelés à le gouverner* », *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Paris, Payot, 1951, (1ère Éd., 1942).

concerne leur sécurité[2736]. Or, comme le souligne Jean-Paul VILAIN, cette distinction est une construction historique[2737]. On voit même revenir dans nos sociétés des réactions qui prennent les allures d'une expiation sacrificielle, d'un retour du mécanisme de bouc émissaire que les anthropologues avaient mis en évidence au sein des sociétés primitives[2738] (**Sous-Paragraphe 1**). Parallèlement se dessine une tendance à criminaliser les problèmes sociaux que la société n'arrive pas à régler autrement[2739]. La criminalisation apparaît alors comme le symbole d'une crise du vouloir vivre ensemble, les droits individuels tendant à l'emporter sur le Contrat social (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. L'État comme bouc émissaire

C'est à René GIRARD que l'on doit la théorisation la plus aboutie du mécanisme du bouc émissaire[2740]. Or, d'évidence, dans nos sociétés modernes marquées par une forte inflation pénale, l'État devient le bouc émissaire ultime : il est tellement coupable qu'il ne reste plus de culpabilité pour personne. Comme le souligne Jean-Michel BLANQUER, force est de constater que « *la démocratie n'est pas une négation de la logique du bouc émissaire que l'on trouve dans les sociétés archaïques. Elle en est la sublimation* »[2741]. L'analogie avec le souverain moderne apparaît alors au

---

[2736] Cf. Jean-Louis GENARD, *La juridicisation de la société et ses effets sur le droit*, Regards sur l'actualité, n°271, 2001, pp. 37-52.

[2737] « *En tant que personnes faiblement inscrites dans des collectifs préexistants, susceptibles de les soutenir dans l'épreuve, les victimes apparaissent bien souvent comme des produits de cet État social : forme historique que l'on doit rapporter à une modernité qui promeut l'individu autonome, libre, projet de lui-même, où se développe l'idée que les liens sociaux pourraient n'être que subjectifs et non pas institutionnels et contraignants, c'est-à-dire construits uniquement par la liberté des individus au sein d'une société toujours plus élective et sujette d'elle-même* », Jean-Paul VILAIN, *Les victimes (…)*, op. cit., p. 117.

[2738] Ce que confirme Hugues MOUTOUH à propos de la mise en jeu de la responsabilité pénale des élus locaux : « *on n'est pas loin ici d'une logique juridique « primitive » que les anthropologues du droit connaissent bien, où l'on offre, en lieu et place de la destruction opérée par le crime, la destruction d'un symbole* », *Libres propos sur la responsabilité pénale des élus : la logique sacrificielle du bouc émissaire*, D., n°6-2000, p. 6.

[2739] Cf. Charles KRAUTHAMMER, *La déviance redéfinie à la hausse. Réponse à Daniel Patrick Moynihan*, LE DÉBAT, n°81, 1994, pp. 167-175.

[2740] René GIRARD, *Le bouc émissaire*, Paris, Grasset, 1982. Pour une interprétation critique de l'analyse girardienne, Voir Pierre MANENT, *La leçon de Ténèbres de René Girard*, COMMENTAIRE, n°19, 1982, pp. 457-463. L'expression de bouc émissaire fut vraisemblablement utilisée pour la première fois dans un sens figuré, en français, sous la plume de SAINT-SIMON en 1750 ; le bouc émissaire désigna alors, selon le dictionnaire, une « *personne sur laquelle on fait retomber le sort des autres* ». Et lorsque CLEMENCEAU utilisa l'expression dans l'affaire Dreyfus, ce fut dans son sens définitif : « *tel est le rôle historique de l'affaire Dreyfus. Sur ce bouc émissaire du judaïsme, tous les crimes anciens se trouvent représentativement accumulés* », *Vers la réparation*, Paris, Stock, 1899, p. 296.

[2741] *Un phénix juridique : la responsabilité*, IN SÉGUR Philippe (Dir.), *Gouvernants : quelle responsabilité ?*, op. cit., p. 285.

travers de la comparaison avec la théorie hobbesienne. Parce que les hommes sont rationnels, selon HOBBES, ils cherchent à sortir de l'état de guerre de tous contre tous en se mettant d'accord pour faire allégeance et remettre les pleins pouvoirs à l'un d'entre eux, le Souverain, qui, tout en n'étant pas partie prenante du Contrat, garantit la paix par sa seule existence, comme un « *Dieu mortel sous le Dieu immortel* ». Ainsi que l'affirme Paul DUMOUCHEL, le Souverain hobbesien ne peut toutefois être que l'ennemi public, celui, qui, dans l'état de nature, a eu maille à partir avec l'ensemble des autres individus. Conséquence étonnante a priori : le souverain, qui a droit de vie et de mort sur ce sujets, est celui-là même que tout le monde souhaiterait tuer[2742]. En fait, par simple mimétisme montre GIRARD, les conflits convergent mécaniquement sur une seule victime pour engendrer le roi sacré de FRAZER[2743] ou le monarque absolu de HOBBES qui sont tous des avatars successifs de la victime émissaire. Le Roi, pour GIRARD, est d'abord un bouc émissaire mais cette fonction n'est pas symbolique ou magique ; bien avant de conquérir le pouvoir politique, le roi, comme substitut de la victime émissaire, est *ipso facto* un régulateur de la vie

---

[2742] Paul DUMOUCHEL, *La religion comme problème politique*, Revue du MAUSS, n°22, 2003, pp. 235-246.

[2743] Institution répandue dans toute l'Afrique, la royauté divine fait reposer tout le poids des succès et des malheurs de la société sur la personne même du roi qui doit être sacrifié selon des modalités différentes : il peut l'être soit après une certaine période de règne, soit lorsqu'il va mourir, soit lorsque ses forces déclinent ou encore lorsqu'une catastrophe frappe le pays. De plus le souverain peut aussi être sacrifié sous forme substitutive, chaque société où l'on rencontre cette institution modulant ses divers sacrifices autour de l'idée générale que le roi ne doit pas mourir de mort naturelle. La thèse de FRAZER s'exprime notamment au travers de ce passage du *Rameau d'or* où il décrit le mécanisme selon lequel le prêtre de Nemi, personnage central de la religion romaine archaïque et appelé aussi Roi des bois, devait tuer son prédécesseur : « *Dans le bosquet sacré se dressait un certain arbre auprès duquel, à toute heure du jour, voire aux heures avancées de la nuit, un être au lugubre visage restait embusqué. Á la main il tenait un glaive dégainé ; de ses yeux inquisiteurs, il paraissait chercher sans répit un ennemi ardent à l'attaquer. Ce personnage tragique était à la fois prêtre et meurtrier, et celui qu'il guettait sans relâche devait tôt ou tard le mettre à mort afin d'exercer lui-même la prêtrise à sa place. Telle était la loi du sanctuaire. Quiconque briguait le sacerdoce de Nemi ne pouvait occuper les fonctions qu'après avoir tué son prédécesseur de sa main ; le meurtre perpétré, il restait en possession de la charge jusqu'à l'heure où un autre, plus rusé ou plus vigoureux que lui, le mettait à mort à son tour* », Vol. 1, Paris, Robert Laffont, 1983, p. 19. Cette obligation s'expliquait par l'impossibilité de laisser cette fonction occupée par un homme aux forces déclinantes. Mais en mourant, le roi se chargeait des maux des hommes. FRAZER met ainsi en évidence un paradoxe : l'extrême importance accordée à la fonction royale, et pourtant la fragilité de la personne royale. Le roi est en effet l'incarnation de la divinité ; il apparaît comme le garant de l'ordre naturel, celui qui peut seul restaurer le monde après une catastrophe, celui dont les manquements suffisent à provoquer le malheur. Mais l'homme-roi, le détenteur du titre n'est jamais à l'abri de la mort puisque à la moindre défaillance sexuelle, physique, intellectuelle, il doit être exécutée. La représentation du roi-victime et bouc émissaire constitue un élément d'une logique plus vaste qui est axée sur les rapports de souveraineté et de représentation. Le roi est alors double : d'une part il appartient à toute la société ; d'autre part il se trouve en tant qu'incarnation vivante du rapport des hommes à leurs représentations qui le dépassent, projeté au-dessus de la société. Le Roi est donc tout à la fois dans et au-dessus de la société.

sociale[2744]. Or, aujourd'hui, une telle logique n'est pas ignorée des sociétés modernes[2745]. Ainsi, par exemple, certains auteurs insistent sur l'origine religieuse de l'institution présidentielle[2746] en s'appuyant sur les travaux d'Ernst Kantorowicz : en effet, selon le grand historien allemand, au cœur de l'État moderne se trouve une théologie politique, la doctrine des deux corps du Roi, qui procède elle-même de la doctrine ecclésiologique des deux corps du Christ, le corps politique étant décalqué du corps mystique[2747]. Dès lors, progressivement, le corps mystique va perdre sa signification transcendante pour acquérir une signification corporative ou collective que va s'approprier l'État. En d'autres termes, le roi est une personne géminée, il a deux corps, un corps naturel comme n'importe quel autre homme où il est sujet à la passion et à la mort, et un corps politique, une corporation qu'il forme avec ses sujets, dont il est la tête et dont ils sont les membres, et que ce corps politique lui ne meurt pas. Or, la pénalisation actuelle signe justement la revanche du corps, mettant en scène le pouvoir d'accuser : « *le spectacle du supplice imposé par le souverain sur le corps du sujet s'est transformé en spectacle de la mise en accusation du corps souverain par les sujets* »[2748]. La pénalisation n'a donc pas pour objet le meurtre réel, comme dans les sociétés primitives, mais le meurtre du symbole : en ce sens elle est une transcription moderne du mécanisme du roi sacrifié et du tyrannicide[2749].

Sous-Paragraphe 2. La criminalisation ou la crise du « vouloir vivre ensemble »

Ainsi que l'a démontré Norbert Elias, l'État fut un formidable instrument de civilisation, dont l'objet fut de fonder la Raison, de transmettre le principe de non-contradiction et donc de

---

[2744] Le roi est ainsi « *une victime en instance de sacrifice, un condamné à mort qui attend son exécution* […] *sa fonction réelle est de convertir la violence stérile et contagieuse en valeurs culturelles et positives* », *La violence et le sacré*, op. cit., pp. 154-155.

[2745] Par exemple, dans le cadre du contentieux relatif à la responsabilité pénale des élus, il n'est pas difficile de comprendre que la légitimité de la peine ne se trouve pas exclusivement dans la commission du crime, plus exactement du délit. Ainsi, la condamnation pénale du maire suite à la chute de poteaux de football sur un terrain municipal, ne répond pas au simple besoin de réparation de la victime. Pour une analyse des mécanismes juridiques sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à notre mémoire de DEA, *L'ordre juridique à l'épreuve de la criminalisation du droit public*, Lyon III, dactyl., 2002.

[2746] Olivier Camy, *La controverse de l'article 68. Aspects théologiques*, RDP, n°3-2001, pp. 811-829.

[2747] Ernst Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Age*, (1957), Paris, Gallimard, 1989.

[2748] Antoine Garapon, Denis Salas, *La République pénalisée*, Paris, Hachette, Coll. Questions de Société, 1996, p. 120.

[2749] Telle était notamment la position de Saint-Just lors du procès de Louis XVI. Pour des développements sur cette question, cf. Mario Turchetti, *Tyrannie et tyrannicide de l'Antiquité à nos jours*, Paris, PUF, Coll. Fondements de la politique, 2002.

civiliser le fantasme. Ou pour parler comme Pierre LEGENDRE, l'État, dans la rationalité occidentale, est l'équivalent du totem dans la société sans État[2750]. L'accusation se fixe sur lui, elle n'est ni vraie ni fausse, mais créé un consensus quasi-unanimiste qui permet à la communauté des citoyens de se reformer. Comme le souligne un auteur, « *ces individus isolés, lorsqu'ils sont frappés par un malheur accidentel, à quel collectif peuvent-ils encore se rattacher si ce n'est à celui qu'ils constituent avec leurs semblables sous le rapport de l'accident ? Ceux-là même dont la citoyenneté ne peut plus être activée que par l'irruption d'une catastrophe dans le cours de leur vie et la souffrance qui s'ensuit, à quel protecteur pourraient-ils reprocher de les avoir abandonnés lorsqu'ils estiment avoir été trompés, si ce n'est à l'État ?* »[2751]. L'opinion publique se caractérise dès lors par « *une grande réactivité au scandale et par une sensibilité exacerbée à la souffrance individuelle (plutôt qu'à la transgression morale)* »[2752]. Or, force est de reconnaître que, « *dans cette évolution vers une extension de la liste des coupables et la mise en cause directe des agents de l'État, le droit lui-même apparaît comme une ressource majeure* »[2753]. Ainsi, en confortant les croyances qui entourent les mécanismes juridiques, le discours sur l'État de droit, au cœur de la problématique de la démocratie d'opinion, contribue à entretenir le mouvement de juridicisation dont il est lui-même le produit. Déjà annoncé par Lord BRYCE[2754], l'imposant mouvement de criminalisation de la responsabilité auquel on assiste aujourd'hui n'est qu'une conséquence mécanique de l'impossible mise en œuvre d'une responsabilité politique[2755]. Les juges comblent la béance laissée par l'effondrement de la responsabilité politique. Mais ils se retrouvent pris dans un engrenage vicieux en recherchant à tout prix la culpabilité d'hommes politiques, qui eux-mêmes cherchent désespérément à l'esquiver. En réalité, « *on veut éviter que les gouvernants soient traités différemment des gouvernés.* [Or] *cette manière de voir n'était pas familière en France où prédominait un souci plus marqué de respecter la particularité de la chose publique* »[2756]. La criminalisation témoigne, donc, d'une profonde aversion à l'égard même de la représentation de l'État. La justice apparaît

[2750] *Sur la question dogmatique en Occident. Aspects théoriques*, Paris, Fayard, 1999.

[2751] Jean-Paul VILAIN, *Les victimes : entre disculpation de soi et accusation de l'État*, op. cit. p. 117.

[2752] Antoine GARAPON, *Quelques leçons de la faillite judiciaire d'Outreau*, op. cit., p. 155.

[2753] Jean-Paul VILAIN, *Les victimes : entre disculpation de soi et accusation de l'État*, op. cit., p. 109.

[2754] Le publiciste américain prend l'exemple d'une négligence grossière de l'exécutif : « *le peuple est indigné. Il faut, pour l'exemple, trouver une victime et la punir* […]. *Mais il se peut qu'on ne la trouve pas parce qu'il est difficile d'assigner le crime et le châtiment entre les diverses personnes assemblées ou intéressées.* […] *On a alors souvent le spectacle d'un public exaspéré, qui rôde comme un lion furieux à la recherche d'une victime à dévorer, et qui n'en trouve aucune* », *La République américaine, T. III*, op. cit., p. 527.

[2755] Olivier BEAUD et Jean-Michel BLANQUER, *Le principe irresponsabilité*, LE DÉBAT, n°108, 2000, pp. 32-44.

[2756] Denis BARANGER, *Une tragédie de la responsabilité (…)*, op. cit., p. 31.

dès lors comme la dernière instance d'identification du mal ; cependant, lorsque le juge était un acteur secondaire de la Cité, le public et le privé était clairement séparés. Ce qui fait dire à Lucien KARPIK, qu'en « *l'absence de responsabilité politique, la justice est ainsi utilisée comme un mécanisme de contrôle démocratique. Cela ne peut que traduire une grande impuissance collective* »[2757]. Telle est l'alchimie au cœur de la démocratie d'opinion. Et le politique doit composer avec cette demande morale nouvelle, avec ses formes désordonnées, surprenantes. L'indignation morale donne au vivre-ensemble son énergie, sa matière première, que le politique devra transformer. Qu'est-ce que le politique si ce n'est la rationalisation des pulsions, c'est-à-dire le passage à l'institution ?

La judiciarisation de la société traduit en effet non seulement une vacance du pouvoir politique, mais aussi, plus profondément, un trouble des médiations par lesquelles le citoyen déchiffre le monde. La démocratie d'opinion a pour effet de sidérer tous les mécanismes institutionnels : les résultats devant suivre immédiatement l'initiative, elle rend toute action sans durée, délocalise le cadre, délégalise les moyens, dématérialise la condamnation ; bref, elle désinstitutionnalise la démocratie[2758]. « *En dépit de ses promesses, la démocratie d'opinion n'offre pas au citoyen les lieux, les moments et les codes à travers lesquels il pourra accéder au monde. Et la justice d'apparaître comme la scène la plus facilement assimilable pour comprendre le monde, la médiation la plus immédiate* »[2759]. La représentation politique traverse une crise ; elle doit faire face à une défiance croissante qui englobe l'ensemble des agents publics chargés de mettre en œuvre l'autorité publique. Au fur et à mesure que l'État politique et exécutif s'affaiblit, l'État judiciaire et l'État pénal se renforcent. On peut significativement s'interroger sur la signification de ce retournement du droit pénal contre la puissance publique : « *il ne peut alors renvoyer qu'à la tentative d'édification d'un nouvel ordre de valeurs remettant fondamentalement en cause la conception des rapports de l'État et de la société civile* »[2760]. En d'autres termes, le citoyen d'aujourd'hui ne peut éternellement éviter la médiation politique. Mais, « *c'est un citoyen paradoxal dont il s'agit. D'un côté, il articule une authentique exigence démocratique. Mais d'un autre, au même moment, il semble tout faire pour échapper à tout ce qui fait la définition du citoyen. Citoyen sans Cité, il ne se reconnaît plus dans les institutions qui sont*

[2757] Le Monde, *L'affaire Marie L. révèle une société obsédée par ses victimes*, 23 août 2004, p. 5.

[2758] En ce sens, cf. Guy CARCASSONNE, *Société de droit contre État de droit*, Mélanges Braibant, op. cit., p. 41.

[2759] Antoine GARAPON, *Droit et morale dans une démocratie d'opinion*, op. cit., p. 201.

[2760] Jean-Charles FROMENT, *Remarques sur les enjeux et la portée d'une « criminalisation » du droit administratif. Du développement de la responsabilité pénale en matière administrative à la naissance d'un « contentieux pénal de l'excès de pouvoir »*, RDP, n°2-2001, p. 606.

faites pour lui, et où il était censé pouvoir s'investir… La reconstitution de la citoyenneté ne pourra se cantonner ni dans une accusation globale des institutions, ni dans le refus de la médiation des partis, ni dans la promotion des petits juges »[2761].

Conclusion chapitre 1

> *« Le système judiciaire étant donné, le mérite de l'administration de la justice est en raison composée de ce que valent les juges, et de ce que vaut l'opinion publique qui les influence ou les contrôle »*[2762].

L'État de droit, « *ce n'est pas le gouvernement des hommes, c'est le Règne des Normes* »[2763]. Le juge, en ce qu'il a pour mission justement de garantir la bonne application de la règle de droit, s'est vu ainsi progressivement investi du rôle de « gardien des valeurs », chargé de les défendre « *contre la volonté capricieuse des majorités et contre la domination d'une raison instrumentale exclusivement soucieuse d'efficacité* »[2764]. Mais, ce qui importe alors, c'est la distinction du droit et de la société : existe-t-il des normes sociales qui échappent au droit, ou au contrôle du droit ? DURKHEIM lui-même avait bien mis en évidence que le droit restitutif des sociétés modernes n'exprimait pas l'ensemble des liens engendrés par la division du travail[2765]. Or, « *on constate que le droit conçu comme un monde normatif autonome envahit tout.* […] *Des esprits avancés veulent penser le droit « autrement », mais ils ne conçoivent pas de s'en passer, peut-être parce que c'est la seule chose en laquelle ils croient encore* »[2766]. En d'autres termes, la démocratie d'opinion accréditerait l'utopie douce d'une société qui s'autorégulerait par le pur jeu des relations entre les personnes et où la fonction symbolique du droit ne serait plus tant de dire le juste que de mettre en scène la priorité

[2761] Jean DE MUNCK, Olivier DE SCHUTTER, *Le siège de la règle*, La revue nouvelle, n°1-1997, p. 69.

[2762] John Stuart MILL, *Le gouvernement représentatif*, op. cit., p. 42.

[2763] Walter LEISNER, *L'État de droit, une contradiction ?*, Mélanges Eisenmann, op. cit., p. 66.

[2764] Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 2ème Éd. 1995, p. 148.

[2765] *De la division sociale du travail*, op. cit., p. 120. Pour DURKHEIM, « *la division sociale du travail donne naissance à des règles juridiques qui déterminent la nature et les rapports des fonctions divisées, mais dont la violation n'entraîne que des mesures réparatrices sans caractère expiatoire. Chacun de ces corps de règles juridiques est d'ailleurs accompagné d'un corps de règles purement morales. Là où le droit pénal est très volumineux, la morale commune est très étendue ; c'est-à-dire qu'il y a une multitude de pratiques collectives placées sous la sauvegarde de l'opinion publique. Là où le droit restitutif est très développé, il y a pour chaque profession une morale professionnelle. Á l'intérieur d'un même groupe de travailleurs, il existe une opinion, diffuse dans toute l'étendue de cet agrégat restreint et qui, sans être munie de sanctions légales, se fait pourtant obéir* », p. 207.

[2766] François Xavier TESTU, *La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?*, D., 37ème Cahier, Chron., 1998, p. 354.

des droits d'une communauté se pensant comme une communauté de victimes[2767]. Saisie par le droit[2768], la démocratie d'opinion met en scène une société où prédomine l'argumentation juridique sur la controverse politique. Mais une telle situation a un coût : en cherchant à s'appuyer ainsi sur le droit pénal, les acteurs politiques contribuent en effet à ancrer la croyance dans la force du droit et donnent à voir une vie politique entièrement régie par le droit. Comme l'affirme souvent Daniel GAXIE, « *le traitement juridique de la réalité contribue à la construction d'une réalité perçue comme juridique* » et cette construction est un élément qui s'impose à tous[2769].

Il est donc aisé de comprendre que le juridisme constitue, pour une partie de la doctrine, l'une des tendances antipolitiques à l'œuvre dans nos démocraties[2770]. Carl SCHMITT avait ainsi déjà mis en garde contre l'idée que « *la réalité concrète de l'existence politique* [puisse être] *commandée par des hiérarchies abstraites ou par un jeu de normes ; au contraire, ce ne sont jamais que des hommes ou des groupes concrets qui dominent d'autres hommes ou groupes concrets, et, par conséquent, si l'on considère ce fait sous l'angle politique, une fois de plus le règne de la morale, du droit, de l'économie et de la norme n'a jamais qu'un sens politique concret* »[2771]. Sans adopter la position anti-libérale défendue par SCHMITT, certains auteurs considèrent que le vrai problème réside probablement dans notre incapacité à concevoir une société, en tous cas certains « lieux sociaux », comme un monde où le droit n'a pas à pénétrer. En effet, « *croire que le droit est partout revient à ne faire confiance à aucune collectivité humaine* »[2772]. La criminalisation du droit public, en ce qu'elle se veut l'une des composantes de cette nouvelle démocratie en train de naître, n'en comporte pas moins des germes d'autodestruction : le règne sans partage de la norme pénale a bien pour effet de tuer la dynamique sociale et politique[2773], et donc de saper les fondements mêmes de l'État de droit qu'elle est censée imposer. À défaut de répondre au « pourquoi » du mal, la criminalisation du droit propose une issue collective. Comme le précise Paul RICOEUR, « *pour une telle pensée, le mal est une catégorie de l'action et non de la théorie. Le mal, c'est contre quoi on lutte, quand on a renoncé à*

[2767] Joël ROMAN, *Une démocratie de plaignants*, PROJET, n°252, 1997, pp. 19-28.

[2768] Philippe RAYNAUD, *La démocratie saisie par le droit*, LE DÉBAT, n°64, 1991, pp. 97-115.

[2769] Cf. CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989.

[2770] Dick HOWARD, *Pour une critique du jugement politique. Comment repolitiser le jeu démocratique*, Paris, Cerf, Coll. Passages, 1998, p. 24.

[2771] Carl SCHMITT, *La notion de politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, p. 117.

[2772] François Xavier TESTU, *La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?*, op. cit., p. 354.

[2773] Pour une illustration cf. Hervé RIHAL, *Quand le droit pénal l'emporte sur le droit public : l'exemple de la mendicité agressive,* RDP, n°2-2003, pp. 371-374.

l'expliquer. […] *Il y a le mal. Mais je ne sais dire pourquoi* »[2774]. Or, ainsi que l'explique Antoine GARAPON, « *il ne suffit pas de se lamenter sur la pénalisation de la vie collective, de jeter l'anathème sur les victimes en dénonçant un mécanisme sacrificiel, ou de pleurer la disparition d'une responsabilité politique perdue* »[2775]. Il n'est désormais plus possible de nier cette mutation majeure qui prend à revers les institutions représentatives classiques. Face à l'aporie des théories du régime représentatif, incapables, selon la doctrine, de comprendre la place grandissante réservée au juge dans l'ordonnancement politico-juridique, certains n'hésitent pas à prôner la transformation de la démocratie d'opinion en une démocratie continue dont l'acteur principal serait le juge constitutionnel : en effet, la véritable institution des démocraties ne consiste-t-elle pas en un continuel débordement de ses Constitutions[2776] ?

Chapitre 2. La démocratie d'opinion, une démocratie constitutionnelle

« Les fondements du gouvernement de l'État sont prédéterminés indépendamment de toute convention écrite par l'opinion publique. Dans la mesure où cela est vrai, et où les textes constitutionnels sont l'expression de la morale reçue, des coutumes et de l'opinion publique, ils constituent eux-mêmes une force politique dont l'influence est grande. En ce sens, c'est une évidence ; car, sinon, il ne rimerait pas à grand-chose de rédiger des textes de constitution »[2777].

Comme aime à le rappeler la doctrine publiciste, le régime représentatif est un « *gouvernement à base de discussion et de publicité* »[2778]. La discussion publique n'est toutefois plus limitée aux cénacles des deux chambres en ce qu'elle s'ouvre également sur un espace public plus informel « *où s'exerce la critique de l'opinion publique* »[2779]. Le juge constitutionnel a donc profondément à voir avec le concept d'espace public, et ce pour deux raisons. D'une part, sa présence

[2774] Paul RICOEUR, *Le scandale du mal*, ESPRIT, n°7/8-1988, p. 60.

[2775] Antoine GARAPON, *Pour une responsabilité civique*, op. cit., p. 238.

[2776] « *La démocratie, à la différence des régimes qui tiraient leur autorité d'entités préalables ou supérieures, est sans cesse en train de se fonder* », Paul RICOEUR, *Lectures I*, op. cit., p. 277. Dans le même sens, Olivier CAYLA explique que « *ni le peuple ni le juge constitutionnel ne sont l'auteur souverain d'une Constitution qui, de toute façon, n'est pas achevée mais toujours en train de se réaliser* », *Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit*, IN ROBERT Jacques (Dir.), *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, 2000, p. 137.

[2777] Pr. HOLCOMBE, cité par Carl FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, op. cit., p. 77.

[2778] Victor-Emmanuel ORLANDO, *Du fondement juridique de la représentation politique*, op. cit., p. 449.

reconfigure l'espace public institutionnel en élargissant la procédure de délibération des chambres au juge constitutionnel. Le Doyen VEDEL soulignait ainsi que la supériorité de la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire dont le juge constitutionnel est le garant permettait l'établissement d'un dialogue, tout d'abord entre la minorité politique et la majorité parlementaire, puis avec l'opinion publique[2780]. D'autre part, par son travail interprétatif, il doit permettre au sein de l'espace public informel de « *favoriser une conversation entre des citoyens ordinaires, conversation qui les encouragera à participer de manière éclairée au processus électoral* »[2781]. Ces propos de Stephen BREYER témoignent ainsi que « *le juge est tour à tour partie, témoin ou arbitre de cette conversation démocratique* »[2782]. Ce qui est donc mis en exergue, c'est une nouvelle légitimité du juge constitutionnel dont la véritable sanction « *est donnée ou apportée par l'opinion publique. C'est elle qui en définitive consacre ou rejette l'institution au regard de sa jurisprudence et de son action au sein de l'État* »[2783]. On peut alors envisager la légitimité du juge constitutionnel à l'aune de deux critères qui ne s'excluent d'ailleurs pas totalement l'un l'autre. La légitimité de la juridiction peut dans un premier temps être appréhendée d'une manière institutionnelle (**SECTION 1**). Toutefois, la doctrine a pu souligner que « *pour définir la juridiction, l'important n'est pas de qualifier l'organe, mais la fonction exercée par un organe* »[2784]. Dans cette optique, la légitimité fonctionnelle du juge constitutionnel dépendra de son activité interprétative (**SECTION 2**).

Section 1. La légitimité institutionnelle du juge constitutionnel

Le constitutionnalisme libéral repose sur l'idée que l'exercice du pouvoir est nécessairement limité : en vertu de la séparation des sphères privée et publique, la promotion des droits de l'individu suppose une limitation de la souveraineté parlementaire. La théorie de l'auto-limitation chère à la doctrine publiciste allemande, en ce qu'elle repose uniquement sur la vertu de l'organe qui se soumet au droit, apparaît rapidement comme insuffisante. Afin de justifier

---

[2779] Olivier JOUANJAN, *Justice et espace public (…)*, op. cit., p. 210. L'auteur précise de manière fort à propos que celle-ci n'est pas « *une hypostase déterminée ou déterminable, mais un processus, relativement structuré (par les institutions de communication) et qui doit être lui-même relativement garanti par le droit (liberté d'expression, de manifestation etc.) pour être suffisamment efficace* ».

[2780] *La notion de dialogue dans les démocraties modernes*, op. cit., p. 15.

[2781] Stephen BREYER, *Pour une démocratie active*, op. cit., p. 76.

[2782] Antoine GARAPON, *Présentation*, IN Ibid., p. 17.

[2783] Louis FAVOREU, *La légitimité du juge constitutionnel*, RIDC, n°2-1994, p. 581.

[2784] Vincent BOUVIER, *La notion de juridiction constitutionnelle*, DROITS, n°9, 1989, p. 120.

l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité, KELSEN souligne ainsi que « *l'organe législatif se considère dans la réalité comme un créateur libre du droit et non comme un organe d'application du droit, lié par la Constitution, alors qu'il l'est théoriquement, bien que dans une mesure relativement restreinte. Ce n'est donc pas sur le Parlement lui-même que l'on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution* »[2785]. Dans cette optique, la justice constitutionnelle apparaît non seulement comme un moyen nécessaire, mais davantage comme le meilleur moyen pour garantir l'autonomie des individus. La justification du contrôle constitutionnel renoue alors avec un discours libéral, celui du tiers-pouvoir. Or, la gémellité avec le rôle dévolu à l'opinion publique semble *a priori* évidente. En effet, certains penseurs libéraux avaient su pointer du doigt la fonction censoriale confiée à l'opinion, comprise ainsi comme une puissance capable d'arbitrer les conflits entre les deux pouvoirs constitués[2786]. L'opinion publique[2787], comme le juge constitutionnel, sont alors compris comme extérieurs à la sphère des pouvoirs constitués. Toutefois, certains auteurs estiment que « *le Conseil se présente donc comme l'institution qui, statuant au nom des droits des membres du corps social – la Constitution au sens de garantie des droits des gouvernés -, concurrence directement l'institution parlementaire dans sa prétention à représenter et exprimer seule la souveraineté populaire* »[2788]. La démocratie constitutionnelle permet alors au peuple d'exercer sa souveraineté en dehors de l'élection, par un contrôle permanent et continu de ses représentants. Le juge constitutionnel « *souligne que la représentation politique ne fait pas des représentants les titulaires de la*

[2785] *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP, 1928, p. 223. L'auteur ajoute plus loin : « *si, contrairement à ses vues, on continue d'affirmer l'incompatibilité de la justice constitutionnelle avec la souveraineté du législateur, c'est simplement pour dissimuler le désir de la puissance politique qui s'exprime dans l'organe législatif de ne pas se laisser – en contradiction patente avec le droit positif – limiter par les normes de la Constitution* », p. 224. Dans le même sens, Olivier CAYLA affirme qu'« *en l'absence de justice constitutionnelle et de censure corrélative, le Parlement est en effet libre de comprendre « comme il l'entend » le texte constitutionnel, et de traduire cette compréhension discrétionnaire dans les lois ordinaires qu'il édicte* », *Les deux figures du juge*, LE DÉBAT, n°74, 1993, p. 172.

[2786] DAUNOU explique ainsi que « *l'unique force d'un peuple pour maintenir les lois constitutionnelles et les garanties qu'elles consacrent, consiste dans ce que nous avons appelé opinion publique. Il s'agit toujours de savoir si cette opinion exercera son empire contre les premiers essais d'actes et surtout de lois arbitraires* », *Essai sur les garanties individuelles* », op. cit., pp. 84-85.

[2787] Marcel GAUCHET résume parfaitement l'enjeu : « *il faut, en effet, que l'opinion publique soit juge. Mais elle sera d'autant plus opinion que le peuple restera en dehors de la décision proprement dite. Il faut que tout se passe entre les pouvoirs* […]. *Le jeu interne des pouvoirs se limitant l'un l'autre produit un renvoi externe devant ce troisième terme, « dont le propre est de n'avoir aucun tribunal visible, dont cependant la puissance existe et se reproduit partout » »*, *La Révolution des pouvoirs (…)*, op. cit., p. 71. La citation est empruntée au révolutionnaire BERGASSE qui considérait également l'opinion comme « *le produit de toutes les intelligences et de toutes les volontés ; on peut la regarder en quelque sorte comme la conscience manifestée d'une Nation entière* », AP, T. IX, p. 119.

[2788] Dominique ROUSSEAU, *De la démocratie continue*, op. cit., p. 10.

souveraineté. En somme le juge constitutionnel réfléchit aux parlementaires l'image d'un représentant qui doit respecter la Constitution »[2789]. Le juge agit au nom du peuple constituant afin de garantir sa volonté qui s'exprime dans la Constitution. En d'autres termes, il est un représentant. La quête d'un pouvoir législatif contrôlé bute alors sur l'institutionnalisation du contrôleur. Le juge constitutionnel oscille entre tiers-pouvoir et représentant du peuple constituant (**Sous-Section 1**). Néanmoins, malgré ces hésitations, demeure une certitude : la garantie de la Constitution doit nécessairement être confiée à une véritable juridiction[2790]. Il n'est pas ici question de discuter de la nature du Conseil constitutionnel tant aujourd'hui sa fonction interprétative a permis au Conseil de se révéler comme le juge que ne souhaitaient pourtant pas les Constituants de 1958. Néanmoins, d'un strict point de vue institutionnel, il importe que soient respectées certaines conditions pour que le contrôle de constitutionnalité puisse satisfaire aux exigences de la démocratie d'opinion. Il importe notamment qu'une certaine publicité entoure l'institution car, ainsi que le rappelait Benjamin Constant, « *l'unique garantie des citoyens contre l'arbitraire, c'est la publicité* »[2791]. En d'autres termes, le juge constitutionnel ne peut s'enfermer dans une tour d'ivoire à l'abri de l'opinion publique. La nécessaire confiance de l'opinion dans le procès constitutionnel l'oblige à exercer, comme n'importe quel représentant, son activité sous l'œil du public. Or, de ce point de vue, force est de reconnaître que la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel demeure inachevée (**Sous-Section 2**).

Sous-Section 1. La juridiction constitutionnelle, tiers-pouvoir ou représentant ?

Le libéralisme demeure bien une doctrine de l'État limité, tant au regard de ses pouvoirs que de ses fonctions. Néanmoins, ainsi que le souligne le juge constitutionnel américain, « *nous établissons le gouvernement par le consentement des gouvernants, et la déclaration des droits refuse le pouvoir à ceux qui usent de n'importe quelle occasion légale pour contraindre ce consentement. L'autorité ici doit être commandée par l'opinion publique, et non l'opinion publique par l'autorité* »[2792]. L'exercice

---

[2789] Philippe Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 194.

[2790] Cf. Marcel Waline, *Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français*, RDP, 1928, pp. 441-462.

[2791] *Cours de politique constitutionnelle*, op. cit., T. 1, p. 464.

[2792] West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 US 624, 14 juin 1943.

de la souveraineté s'exerce donc par le biais des gouvernants qui doivent respecter la Constitution. Selon nous, cette analyse est largement transposable à la situation française[2793]. Le Conseil, qui n'a jamais cessé d'affirmer que « *l'article 61 de la Constitution ne* [lui] *confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlemen*t »[2794], peut être pensé *a priori* comme un garant objectif et neutre de l'opinion publique (**PARAGRAPHE 1**). Reste que le gouvernement d'opinion comporte une visée démocratique qui ne s'épuise pas dans le contrôle des gouvernants. James BRYCE soulignait par exemple que « *l'excellence de l'opinion publique* […] *constitue la véritable épreuve par laquelle on juge si une nation est mûre pour un « self-government », de même c'est le pouvoir qu'exerce cette opinion, agissant comme arbitre suprême, indépendant de la machinerie électorale, qui sera la meilleure garantie du fonctionnement normal et régulier d'un gouvernement populaire, et la sauvegarde la plus sûre contre la violence révolutionnaire* »[2795]. Est-ce à dire que le juge constitutionnel permet l'instauration d'un véritable gouvernement de l'opinion publique ? Á la suite de Marcel GAUCHET[2796], Dominique ROUSSEAU a notamment proposé de

---

[2793] En ce sens, nous nous accordons parfaitement avec Philippe RAYNAUD lorsque celui-ci écrit que « *quelle que soit la diversité des formes que revêt aujourd'hui le « constitutionnalisme », les convergences l'emportent sans doute, sinon pour ce qui est des techniques, du moins pour ce qui concerne la question des relations entre droit et politique* », *Constitutionnalisme*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 270.

[2794] Décision n°75-54 DC du 15 janvier 1975 précitée, Cons. 1. Cette position est très proche d'un certain nombre de jurisprudences de Cours dites « suprêmes ». Ainsi, la Cour suprême canadienne considère-t-elle par exemple que « *les tribunaux ne sont pas suffisamment au courant de l'opinion publique pour pouvoir s'acquitter de la tâche essentiellement « politique » qui consiste à soupeser les différents intérêts sociaux ou économiques et à faire un choix entre ces intérêts* […]. *Le système judiciaire n'a pas la capacité des organes parlementaires d'agir promptement lorsque des facteurs d'ordre économique ou social indiquent qu'il est souhaitable de modifier la loi, ni, ce qui est tout aussi important, celle de réagir promptement lorsqu'il s'avère qu'une telle modification n'a pas eu l'effet escompté ou que l'objectif visé n'est plus souhaitable* », REINE C. MORGENTALER, 1988, 1 RCS 30. Dans le même sens, la Cour suprême américaine explique que « *le principe cardinal de l'interprétation des lois est de sauver et non pas de détruire* […]. *Entre deux interprétations d'une loi, l'une qui la rendrait inconstitutionnelle et l'autre qui la rendrait valide, notre devoir est clairement d'adopter celle qui sauvera la loi* », NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD V. JONES & LAUGHLIN STEEL CORP., 301 US 1, 1937. La présomption d'inconstitutionnalité est un canon de l'interprétation auquel la Cour déroge rarement : il faut qu'une loi soit adoptée en vue de porter préjudice à des classes « suspectes », facilement identifiables, et injustement écartées de la protection du droit commun. Tel est l'objet de la célèbre « *note 4 de bas de page* » de la décision US V. CAROLENE PRODUCTS CO., 304 US 144, 1938.

[2795] *Les démocraties modernes, T. I*, op. cit., p. 190.

[2796] Selon le philosophe et historien français, le juge constitutionnel « *a charge d'instaurer un jeu à trois termes : le peuple en corps, les pouvoirs délégués et le contrôle de la délégation. C'est parce qu'il y a ce troisième et dernier terme que le peuple souverain peut se représenter sa supériorité principielle sur ce qui émane de lui. Il ouvre au corps politique la possibilité de vérifier son propre vouloir, sous les traits d'un recours contre les instances qui prêtent forme à celui-ci. Perspective qui donne sens à l'exercice effectif du pouvoir d'opinion, qui fait de l'opinion un pouvoir* », *La Révolution des pouvoirs (…)*, op. cit., pp. 275-276.

considérer le juge constitutionnel comme une institution réflexive qui rend immédiatement présent le souverain, jusqu'alors invisible. En effet, « *le mécanisme de la représentation* […] *est un mécanisme de constitution de la réalité en ce que celui qui représente donne une forme, une consistance à ce qui est absent. Ici, ce qui est absent, c'est la personne du peuple souverain et le Conseil donne corps à cette personne, produit sa réalité de souverain en mettant au jour, en rendant visible ce qui est construit par sa représentation, c'est-à-dire, précisément, la souveraineté du peuple. Cette dernière n'est réelle et n'acquiert une possible effectivité que si elle est représentée en tant que telle. Or, c'est justement la présence du peuple souverain dans la sphère du pouvoir que représente la juridiction constitutionnelle face aux institutions parlementaire et exécutive qui renvoient seulement aux citoyens l'image de représentés et non de souverains* »[2797]. En d'autres termes, le juge constitutionnel parle au nom du souverain qui ne peut exister en dehors de son interprétation du texte constitutionnel. Le juge est dès lors un représentant. Mais reste alors à s'interroger sur le sujet de la représentation. Car, selon qu'il représente le peuple « réel » ou « le peuple constituant », la situation du juge constitutionnel dans l'architecture constitutionnelle des pouvoirs diffère sensiblement (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le juge constitutionnel, garant de la formation de l'opinion publique

La démocratie, au sens où l'entendait Kelsen, repose, comme on l'a vu, sur l'autonomie des individus, c'est-à-dire une situation où chacun se donne à soi-même ses propres normes. L'unanimité n'étant ni possible, ni même souhaitable, le système qui assure l'autonomie du plus grand nombre est celui de la majorité simple. Reste que, conformément à une anthropologie pessimiste, tout homme qui a du pouvoir tend naturellement à en abuser. La définition libérale de la démocratie exige alors une protection de la minorité politique, et donc de la séparation des pouvoirs conçue comme une garantie de la liberté. En cela, « *l'institution de la justice constitutionnelle n'est nullement en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs, mais en est au contraire une affirmation* ». Il s'agit donc, au moyen du contrôle de constitutionnalité, d'assurer un contrôle réciproque entre les pouvoirs, moyen qui s'avère efficace selon le juriste viennois si l'on veut « *empêcher la concentration d'un pouvoir excessif entre les mains d'un seul organe – concentration qui serait dangereuse pour la démocratie -, mais encore pour garantir la régularité du*

[2797] *La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ?*, in Drago Guillaume, François Bastien et Molfessis Nicolas (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Économica, 1999, p. 372.

fonctionnement des différents organes »[2798]. La justification kelsenienne du contrôle de constitutionnalité est donc éminemment politique et libérale[2799]. Elle vise à pérenniser les règles relatives à la formation d'une majorité politique tout en évitant la tyrannie de celle-ci. Le contrôle de constitutionnalité a donc nécessairement pour conséquence la garantie de l'existence d'un pluralisme politique sans lequel il n'est pas d'opinion publique. Toutefois, le contrôle de constitutionnalité ne porte pas tant sur le contenu de celle-ci que sur la procédure suivie par le législateur. Selon les partisans de cette thèse, le juge constitutionnel ne se prononce pas en opportunité, mais uniquement d'un point de vue objectif, technique. Il ne s'agit nullement de contrôler la conformité matérielle de la loi, notamment au regard des valeurs ou des droits fondamentaux[2800]. En d'autres termes, le juge constitutionnel est un régulateur des pouvoirs publics[2801], législateur négatif[2802], ou, pour reprendre les termes du Doyen FAVOREU, un aiguilleur.

[2798] *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP, 1928, p. 225. Cf. Sandrine BAUME, *Kelsen. Plaider la démocratie*, op. cit., pp. 80-81 en particulier.

[2799] Ainsi, TOCQUEVILLE défend une position somme toute assez proche lorsqu'il affirme à propos du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis que « *du jour où le juge refuse d'appliquer une loi dans un procès, elle perd, à l'instant une partie de sa force morale. Ceux qu'elle a lésés sont alors avertis qu'il existe un moyen de se soustraire à l'obligation de lui obéir : les procès se multiplient, et elle tombe dans l'impuissance. Il arrive alors l'une de ces deux choses : le peuple change sa Constitution ou la législature rapporte la loi* », *De la démocratie en Amérique, T. I*, op. cit., p. 171. Alain LAQUIÈZE note à cet égard qu'il « *est tentant de voir ici esquissée, avant Charles Eisenmann et Louis Favoreu, la théorie de l'aiguilleur, selon laquelle le juge, lorsqu'il censure une loi, déclare seulement l'incompétence du législateur à intervenir dans le domaine considéré et invite le pouvoir constituant à s'en saisir* », *Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX*[ème] *siècle*, Giornale di Storia costituzionale, n°4, 2002, p. 162.

[2800] « *Il arrive parfois* [que] *la Constitution elle-même se réfère à ces principes en invoquant les idéals d'équité, de justice, de liberté, d'égalité, de moralité, etc…, sans préciser le moins du monde ce qu'il faut entendre par là. Si ces formules ne recouvrent rien de plus que l'idéologie politique courante dont tout ordre juridique s'efforce de se parer, la délégation de l'équité, de la liberté, de l'égalité, de la justice, de la moralité, etc…, signifie uniquement, à défaut d'une précision de ces valeurs, que le législateur comme les organes d'exécution de la loi sont autorisés à remplir discrétionnairement le domaine qui leur est abandonné par la Constitution et la loi.* […] *Mais en tous cas, la délégation des valeurs en question ne signifie pas et ne peut pas signifier que la contrariété du droit positif à leur conception personnelle de la liberté, de l'égalité, etc…, puisse jamais dispenser les organes de création du droit de l'appliquer. Les formules en question n'ont donc pas, d'une façon générale, une grande signification. Elles n'ajoutent rien à l'état du réel du droit* », *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, op. cit., pp. 240-241. Cf. également Vincent CATTOIR-JONVILLE, *Tocqueville et le contrôle de constitutionnalité des lois*, IN CARIUS Manuel, COUTEL Charles et LE MARC'HADOUR Tanguy (Dir.), *La pensée juridique d'Alexis de Tocqueville*, Presses de l'Université d'Artois, 2005, pp. 51-62.

[2801] Louis FAVOREU, *Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, RDP, n°1-1967, pp. 5-120.

[2802] Hans KELSEN explique ainsi que « *la libre création qui caractérise la législation fait ici presque complètement défaut. Alors que le législateur n'est lié par la Constitution que relativement à sa procédure, d'une façon exceptionnelle seulement quant au contenu des lois qu'il doit édicter et seulement par des principes ou directions générales, l'activité du législateur négatif, au contraire, de la juridiction constitutionnelle, est absolument*

En effet, selon cet auteur, « *ce qui fonde la légitimité du juge constitutionnel c'est que, normalement, le contrôle qu'il exerce et la censure qu'il peut prononcer à l'encontre d'un texte législatif, ne s'analysent pas comme un verrou ou un barrage, mais comme un aiguillage : c'est-à-dire que l'obstacle opposé par le juge constitutionnel à une loi ordinaire n'est pas définitif et peut être levé par le vote d'une loi constitutionnelle ; en conséquence, le contrôle de constitutionnalité joue le rôle d'un aiguillage en orientant les réformes vers la voie normative adéquate, en l'occurrence, la voie constitutionnelle* »[2803]. Le juge constitutionnel ne se prononce donc pas sur le fond de la loi, et ce même s'il sanctionne une contrariété entre le contenu de la loi et celui de la Constitution, mais simplement il indique au législateur la procédure à suivre pour adopter la mesure souhaitée. Le juge constitutionnel exerce dans ces conditions un contrôle que l'on peut qualifier de neutre ou d'objectif. L'institution n'est donc pas contraire au principe démocratique – puisque le juge n'oppose pas sa volonté au législateur - mais elle se borne à lui rappeler le respect de la Constitution. La recherche d'un compromis au sein du Parlement ne peut alors se faire que sur la base du respect de la Constitution[2804]. KELSEN va en outre approfondir sa justification en suggérant la possibilité pour le pouvoir constituant dérivé d'intervenir afin de « contrer » une décision du juge constitutionnel qui annulerait une loi comme contraire à la Constitution ; en effet, une loi ordinaire déclarée inconstitutionnelle peut néanmoins être approuvée sous la forme d'une loi constitutionnelle. Or, comme dans la plupart des cas, une majorité qualifiée est nécessaire pour réviser la norme constitutionnelle, alors « *certaines questions fondamentales ne peuvent être résolues que d'accord avec la minorité* ». Il ajoute ainsi plus loin que « *si l'on voit l'essence de la démocratie, non dans la toute-puissance de la majorité, mais dans le compromis constant entre les groupes représentés au Parlement par la majorité et la minorité, et par suite dans la paix sociale, la justice constitutionnelle apparaît comme un moyen particulièrement propre à réaliser cette idée* »[2805]. En d'autres termes, le

---

déterminée par la Constitution. Et c'est précisément par là que sa fonction ressemble à celle de tout tribunal en général ; elle est principalement application, dans une faible mesure seulement création du droit ; elle est par suite véritablement juridictionnelle », *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, op. cit., p. 226. En d'autres termes, le juge constitutionnel ne fait pas loi, mais exerce une sorte de veto, même si l'annulation d'une loi, en posant une norme générale, a les mêmes effets que son édiction avec « *un signe négatif* ». On peut alors, selon le juriste autrichien, interpréter l'annulation d'une loi comme « *une répartition du pouvoir législatif entre deux organes* », p. 225.

[2803] Louis FAVOREU, *La légitimité du juge constitutionnel*, op. cit., p. 578.

[2804] Telle semble être la position de la Cour suprême américaine lorsque celle-ci affirme que « *l'interprétation que la Cour donne de la Constitution appelle les adversaires qui s'affrontent dans une controverse nationale à mettre fin à leur division en acceptant un mandant commun enraciné dans la Constitution* », PLANNED PARENTHOOD, OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANIA V. CASEY, 505 US 833, 1992.

[2805] *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, op. cit., p. 253.

tribunal constitutionnel s'avère le gardien de la Constitution, entendue ici comme la norme qui permet au débat public de s'exprimer. La juridiction constitutionnelle est donc en quelque sorte le gardien d'une démocratie délibérative en ce qu'elle assure la promotion de la délibération au sein du processus politique. La définition de la démocratie est donc procédurale, car le juge veille uniquement à ce que la volonté générale s'exprime dans les formes prévues par la Constitution. Il n'est pas un pouvoir au sens institutionnel du terme, mais un tiers neutre chargé de réguler les conflits en rappelant les pouvoirs constitués à leur devoir de respecter la norme constitutionnelle[2806] ; mais cette démocratie est également dialogique puisque c'est bien la formation collective de la loi qui est en cause[2807]. Aucune tyrannie, que cela soit celle de la majorité ou de la minorité, n'est possible dans ce modèle, la loi étant nécessairement l'expression d'un compromis[2808]. D'un point de vue institutionnel, le contrôle de constitutionnalité permet donc la formation d'une opinion publique législative tout en garantissant l'existence d'un pluralisme des courants d'idées et d'opinions.

Georges VEDEL peut alors écrire que « *la déclaration de non-conformité à la Constitution prononcée par le Conseil porte substantiellement non sur le fond mais sur la procédure. Á aucun moment le juge constitutionnel ne s'arroge le pouvoir d'interdire aux représentants de la nation ou aux citoyens de définir souverainement les droits et libertés en procédant aux changements qui leur paraîtraient nécessaires – selon une appréciation totalement discrétionnaire. Il se borne à indiquer que, eu égard au contenu de cette définition ou de ce changement – la procédure utilisable est non la procédure législative mais celle de la révision de la Constitution.* […] *Le juge constitutionnel, si l'on peut se permettre cette image, n'est donc pas un censeur mais un aiguilleur, il n'interdit pas la marche du train : il se borne, en vertu des règles*

[2806] Aharon BARAK, président de la Cour suprême d'Israël, abonde également dans ce sens même s'il ne dissocie pas entièrement la procédure des valeurs protégées par l'ordre juridique : en effet, il considère que la démocratie est un « *concept multidimensionnel. Elle exige la reconnaissance à la fois du pouvoir de la majorité et des limites à ce pouvoir. Elle est fondée sur la suprématie législative et sur la suprématie de valeurs, de principes, et des droits de l'homme.* […] *Une Constitution formelle impose des limitations constitutionnelles au pouvoir législatif pour que les droits de l'homme soient sauvegardés non seulement par la restriction de la majorité, mais aussi par le contrôle constitutionnel sur la majorité* », *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie*, RFDC, n°66, 2006, p. 239.

[2807] Comme l'explique Pasquale PASQUINO, « *tribunal, démocratie et parlementarisme relèvent, dans cette perspective, du même principe : celui de la procédure dialectique. La forme judiciaire est, d'une manière générale, celle qui permet, par le débat public, de faire apparaître tout ce qui est pour ou contre une solution déterminée du conflit* », *Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? (…)*, op. cit., p. 151.

[2808] Ronald DWORKIN retient également une telle vision des choses lorsqu'il affirme que « *le gouvernement de la majorité n'est équitable que lorsque certaines conditions son remplies ; quand, par exemple, chacun dispose d'un véritable et égal droit à participer au débat public qui débouchera sur la décision majoritaire* […] », *Un pontificat laïc*, IN BADINTER Robert et BREYER Stephen, *Les entretiens de Provence (…)*, op. cit., p. 92.

qu'il est chargé d'appliquer, à le diriger sur la bonne voie »[2809]. Le cas échéant, il appartient donc au souverain de lever l'obstacle éventuel posé par l'annulation d'une loi par le juge constitutionnel en recourant à la procédure de révision de la Constitution : comme l'écrit Charles EISENMANN, « *la question en son fond reste de procédure : prononcer l'inconstitutionnalité d'une norme légale, c'est dire que dérogeant par son objet ou son contenu à la Constitution, cette norme aurait dû être posée en la forme constitutionnelle* »[2810]. Le peuple a donc le dernier mot et la juridiction constitutionnelle ne peut être considérée comme anti-démocratique. Au contraire même, elle la renforce puisque le juge constitutionnel garantit véritablement la souveraineté populaire qui s'exprime au travers de la Constitution.

Cette défense libérale du juge constitutionnel se heurte toutefois à de sérieuses critiques. Tout d'abord, une telle théorie échouerait à décrire la pratique interprétative du juge constitutionnel puisque celui-ci, loin de se cantonner à un contrôle technique, n'hésite pas à corriger lui-même la loi défectueuse au moyen de réserves d'interprétation, substituant ainsi « *de nouvelles dispositions réalisant une mise en conformité avec la Constitution* »[2811]. Ensuite, la justification de l'intervention du pouvoir constituant par KELSEN aboutit à une contradiction performative. En effet, si la majorité simple suffit selon lui à qualifier de démocratique une procédure d'élaboration d'une règle de droit, il ne devrait pas être possible d'arguer de l'existence d'une procédure de majorité renforcée au niveau constitutionnel comme mode de justification[2812]. En outre, un autre argument consiste à invoquer une procédure de révision « *longue et quelquefois impossible à mettre en œuvre* »[2813]. Á vrai dire, cet argument factuel n'emporte l'adhésion, ni sur le

---

[2809] *Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme*, POUVOIRS, n°45, 1988, p. 151.

[2810] *La justice constitutionnelle et la haute Cour constitutionnelle*, p. 17, cité par Louis FAVOREU, *La légitimité du juge constitutionnel*, op. cit., p. 579. Le Doyen VEDEL reprendra à son compte cette thèse en expliquant que « *l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levé par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant, peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts* », *Schengen et Maastricht*, RFDA, n°2-1992, p. 173.

[2811] Décision n°58-197 DC du 23 août 1985, LOI SUR L'ÉVOLUTION DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE, Cons. 20. Cf. dans ce sens, Frédéric-Guillaume DROMARD, *Recherches sur le concept de démocratie (…)*, op. cit., p. 433.

[2812] Cette contradiction fut notamment mise en évidence par Michel TROPER. Or, ce dernier a pourtant pu lui aussi considérer que « *le juge constitutionnel apparaît ainsi comme un élément d'un système comportant d'autres autorités avec lesquelles il a des rapports de force ou de coopération, d'où il résulte une interprétation de la Constitution. L'interprétation est bien une recréation, mais celle-ci est le produit du système de relations entre les pouvoirs publics* », *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, op. cit., p. 149.

[2813] Michel TROPER, *Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes en France*, IN HERRERA Carlos-Miguel (Dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2001, p. 39.

plan de la science du droit, ni du point de vue de la théorie politique : comme l'explique Louis FAVOREU, « *le fait que dans certains cas et souvent momentanément, la révision ne soit pas possible, faute de consentements acquis dans les formes et à la majorité requises n'infirme nullement la justesse du raisonnement : cela le confirme au contraire, dans la mesure où la plus grande difficulté à obtenir un tel consentement est voulue et souhaitée dès lors qu'il s'agit de décisions graves et importantes* »[2814]. La plus sérieuse objection concerne alors l'hypothèse selon laquelle le Conseil constitutionnel ne ferait qu'appliquer mécaniquement la Constitution. Pierre BRUNET souligne ainsi que dans cette hypothèse, le juge constitutionnel « *n'exprime pas une volonté mais tranche un problème technique à l'aide d'une connaissance spécifique et ne participe donc en rien à la décision législative. En sorte que qualifier un juge constitutionnel d'aiguilleur, de régulateur ou de législateur négatif c'est, à chaque fois, se fonder sur une théorie de l'interprétation comme acte de connaissance, laquelle est, en droit, tout à fait contestable* »[2815]. Si l'on considère que l'objet de l'interprétation ne porte pas sur une norme mais sur un ensemble d'énoncés linguistiques, l'interprétation consiste alors à déterminer les normes qu'ils sont censés exprimer puisque toute norme n'est que la signification objective d'un acte de volonté[2816]. Dès lors, on doit admettre que le Conseil constitutionnel n'est pas un organe objectif mais que son activité interprétative exprime nécessairement une volonté. On comprend ici que la justification politique se concilie mal avec une théorie du droit qui ferait toute sa place à l'interprétation comme acte de volonté, comme KELSEN l'a lui-même décrite après son séjour américain[2817]. En d'autres termes, le juge constitutionnel est nécessairement un représentant.

Paragraphe 2. Le juge constitutionnel, un représentant ?

[2814] *La légitimité du juge constitutionnel*, op. cit., p. 580.

[2815] *Vouloir pour la Nation (…)*, op. cit., p. 340.

[2816] Cette définition de « l'agir juridictionnel » semble commune à des auteurs ne partageant pas nécessairement les présupposés de la théorie réaliste de l'interprétation. Dominique ROUSSEAU écrit par exemple que « *la Constitution est, matériellement, un écrit fait de mots et, par conséquent, un texte indéterminé et indéterminant puisque les mots, c'est devenu une banalité de le dire, possèdent toujours plusieurs sens. Le Conseil doit donc interpréter la Constitution, non par comportement hérétique ou dominateur, mais par fonction, tout juge devant nécessairement donner un sens au texte dont il fait usage dans l'exercice de son contrôle. Mieux, sans ce travail d'interprétation, la Constitution resterait dépourvue de normativité ; la parole du souverain ne s'affirme, en effet, comme obligation, commandement ou contrainte pour les délégués élus que par l'« agir juridictionnel » qui, en lui attribuant un sens, la fait devenir parole agissante, parole produisant un effet d'ordre* », *Pour une Cour constitutionnelle ?*, RDP, n°1/2-2002, p. 368.

[2817] Comme le souligne Michel TROPER, la théorie de l'interprétation chez le maître de Vienne révèle encore quelques incertitudes, *Hans Kelsen et la jurisprudence*, APD, T. 30, 1985, pp. 83-94.

La conception électorale de la démocratie aboutit à ne considérer comme représentants que les organes désignés par le suffrage universel. Dans cette optique, il est donc nécessairement absurde que le juge constitutionnel puisse invoquer sa volonté à l'encontre de l'Assemblée des représentants élus, de même qu'il est naturellement impossible de le considérer lui-même comme un représentant. Or, ainsi que l'avait démontré CARRÉ DE MALBERG, « *pour qu'un organe puisse être regardé comme participant à la puissance législative,* [...] *il faut que cet organe prenne part à l'émission même de la volonté législative de l'État, c'est-à-dire qu'il faut que son consentement soit nécessaire pour l'adoption même de la loi* »[2818]. En d'autres termes, ce n'est pas le mandat électoral qui confère la qualité de représentant mais sa participation à l'élaboration de la norme législative[2819]. Comme le constate Michel TROPER, telle est bien la situation du juge constitutionnel. De même que le Roi en 1791 pouvait être qualifié de représentant par l'utilisation de son veto, le juge constitutionnel, en ce qu'il peut « annuler » certaines dispositions du texte qui lui est soumis ou rejeter entièrement le texte, participe bien au processus législatif et doit de ce fait être considéré comme co-législateur[2820]. Cette thèse du juge constitutionnel comme représentant se veut ici purement descriptive car « *elle se contente de tirer les conséquences d'une logique des justifications mises en œuvre afin de rendre compte à la fois de la fonction du législateur et de celle du juge constitutionnel* »[2821]. Elle semble en outre confirmée par le juge constitutionnel lui-même qui considère que lorsque le Président de la République « *décide*

[2818] *Contribution (...)*, T. II, op. cit., pp. 378-379.

[2819] Il faut ici admettre que la célèbre décision n°76-71 DC du 30 décembre 1976 DÉCISION DU CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES RELATIVE À L'ÉLECTION DE L'ASSEMBLÉE DES COMMUNAUTÉS AU SUFFRAGE UNIVERSEL DIRECT, où le Conseil constitutionnel affirmait que « *seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté* [nationale] *les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République* », peut laisser subsister une interrogation. Á vrai dire, ce qui intéresse la Haute juridiction, c'est davantage le cadre institutionnel dans lequel se mue la souveraineté nationale que le moyen pour celle-ci de s'exprimer. Dominique ROUSSEAU souligne ainsi que « *le vote n'est pas automatiquement expression de la souveraineté nationale. Pour le devenir il lui faut, selon le Conseil, remplir une condition : s'inscrire dans le cadre des institutions de la République, c'est à dire pouvoir être imputé aux institutions reconnues par la Nation pour s'exprimer* », *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 312.

[2820] *Démocratie constitutionnelle et justice constitutionnelle*, IN ROUSSEAU Dominique (Dir.), *La démocratie continue*, op. cit., pp. 132-134 en particulier. L'auteur conclut logiquement que la démocratie représentative se définit « *comme cette forme de gouvernement dans laquelle le souverain, dont la volonté est exprimée par les représentants, est réputé être le peuple* », p. 133. On trouve également une version de cette thèse sous la plume de Pierre ROSANVALLON puisque celui-ci considère que « *les représentants du peuple sont certes d'abord ceux qu'il a élus. Mais pas uniquement. Peuvent également être considérés comme des représentants ceux qui parlent, qui agissent et qui décident « au nom du peuple ». C'est notamment le cas des juges, qu'ils soient judiciaires ou constitutionnels, mais c'est aussi, par extension, le caractère que revêtent de multiples autorités de régulation* », *La démocratie inachevée (...)*, op. cit., p. 407.

[2821] Pierre BRUNET, *Vouloir pour la Nation (...)*, op. cit., p. 341.

de promulguer la loi votée amputée de la ou des dispositions déclarées non conformes à la Constitution, la procédure législative est close par la promulgation, de telle sorte qu'il est nécessaire de recourir à une nouvelle procédure législative pour compléter, le cas échéant, la loi promulguée par des dispositions se substituant à celles déclarées non conformes à la Constitution »[2822]. En d'autres termes, l'intervention du juge constitutionnel dans le cadre d'une saisine a priori, c'est-à-dire avant la promulgation, fait nécessairement de lui un acteur de la procédure législative, et donc un représentant, au sens abstrait du terme. Mais, le juge constitutionnel n'est pas qu'un co-législateur. Son activité interprétative ne se limite pas à l'énoncé législatif. En effet, lorsqu'il examine la compatibilité de la loi avec la Constitution, il doit également interpréter le texte de référence sauf à considérer que celui-ci est un donné qui s'impose au juge constitutionnel[2823]. L'interprétation porte donc simultanément sur deux textes, et force est de constater que « *le juge constitutionnel, lorsqu'il interprète la Constitution, détermine lui-même la norme constitutionnelle :* [donc] *il exerce un pouvoir constituant* »[2824].

D'un strict point de vue descriptif, cette thèse semble incontestable. Elle n'en pose pas moins de sérieux problèmes. S'il est admis qu'un même organe puisse exercer plusieurs fonctions étatiques, « *comment justifier que la volonté d'un souverain puisse être limitée, contrôlée, censurée par un autre « représentant » de ce même souverain ?* »[2825]. Michel Troper conclut logiquement à l'incompatibilité entre la justice constitutionnelle et la démocratie si l'on définit celle-ci comme un système où est garantie l'autonomie des citoyens et où la loi exprime la volonté générale, c'est-à-dire la volonté du souverain. L'hypothèse défendue par Michel Troper s'appuie en effet sur le postulat selon lequel « *les députés ne représentent pas les électeurs, mais le peuple ou la Nation, de sorte que ce peuple est également représenté quelle que soit la majorité qui s'est prononcée au sein d'une Assemblée élue et qu'il est également représenté par le pouvoir législatif, qui exprime la volonté générale et par le pouvoir constituant. Il n'y a pas de degrés dans la souveraineté et il n'y a de ce point de vue aucune différence entre la loi ordinaire et la loi constitutionnelle. Toutes deux sont l'expression de la*

[2822] Décision n°85-197 DC du 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, Cons. 22.

[2823] « *L'interprétation porte non seulement sur le contenu du texte applicable, mais aussi sur son statut modal et sur sa valeur. S'il y a par conséquent un juge constitutionnel disposant du pouvoir de donner l'interprétation authentique de la Constitution, c'est lui qui décidera que le texte dans son ensemble ou dans telle ou telle de ses parties présente le caractère d'une norme juridique et que cette norme a une valeur supérieure à celle des lois* », Michel Troper, *Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français*, op. cit., p. 36.

[2824] *Théorie du droit et de l'État*, op. cit., p. 192.

[2825] Philippe Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 185.

volonté du souverain »[2826]. En d'autres termes, la difficulté réside dans la dualité du souverain : « *ou bien le législateur et le pouvoir constituant sont deux représentants du souverain, mais on ne comprend plus pourquoi, si tous deux parlent en son nom, l'un serait supérieur à l'autre. Ou bien le législateur et le pouvoir constituant représentent deux degrés de souveraineté, mais dans ce cas, il faudrait comprendre comment la souveraineté peut être conçue à la fois comme une puissance absolue et comme comportant des degrés* »[2827]. L'aporie semble donc insoluble. Soit on considère que le juge constitutionnel représente le peuple « réel », et auquel cas la justice constitutionnelle s'insère parfaitement dans le jeu représentatif, tout en demeurant non démocratique. Soit on affirme que l'autorité du souverain ne s'épuise pas dans la désignation élective de simples délégants et auquel cas le juge constitutionnel devient « *l'institution qui réfléchit la structure dialogique de la représentation politique : il est, pour parler en termes kantiens, la condition de possibilité de la perception – et de la réception de cette perception – de la représentation du peuple comme souverain et des représentants comme délégués subordonnés. L'apport de la juridiction constitutionnelle, loin de heurter le principe démocratique de la souveraineté du peuple, en permet donc la représentation symbolique et pratique* »[2828]. Selon cette seconde acception, il est alors possible de considérer que la volonté du souverain ne s'exprime plus que dans la Constitution, ainsi que semble le suggérer le Conseil lui-même puisque ce dernier, en énonçant dans un célèbre *obiter dictum* que « *la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* »[2829], a permis, comme le démontre Philippe Blachèr, « *l'introduction d'un régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale.* […] *En faisant de la Constitution la source de la volonté générale et en exigeant que les représentants politiques prennent en compte les droits constitutionnels et les objectifs que leur assignent les textes constitutionnels, le régime constitutionnaliste cherche à remédier à l'un des inconvénients du gouvernement représentatif : la dépossession de la souveraineté du peuple par les représentants majoritaires* »[2830]. Pour le dire autrement, selon ce courant doctrinal, le Conseil constitutionnel

---

[2826] *La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois*, Mélanges Pactet, op. cit., p. 926.

[2827] Ibid., pp. 927-928.

[2828] Dominique Rousseau, *La jurisprudence constitutionnelle (…)*, op. cit., p. 372. Dans le même sens, Philippe Blachèr affirme que « *le juge constitutionnel réfléchit aux parlementaires l'image d'un représentant qui doit respecter la Constitution. Agissant comme un mécanisme réflexif, le contrôle de constitutionnalité permet ainsi à la volonté du « peuple constituant » de s'imposer en extériorité aux pouvoirs constitués ce qui est la première condition de son efficacité* », *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 194.

[2829] Décision n°85-197 DC du 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, Cons. 26.

[2830] *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., pp. 225-226.

vérifierait la conformité de la loi à la Constitution en vérifiant le contenu de cette loi par rapport à la volonté générale[2831].

La juridiction constitutionnelle est alors appréhendée ici comme permettant une conciliation des thèses libérales et démocratiques. Partant des présupposés habermassiens[2832] et libéraux[2833], la thèse de la démocratie continue dispose en effet que la juridiction constitutionnelle empêche l'appropriation de la souveraineté par les parlementaires puisque ceux-ci « *sont toujours habilités à exprimer la volonté du peuple, mais la fusion des deux volontés n'étant plus possible, le souverain a la capacité, par l'intervention précisément du juge constitutionnel, de leur faire savoir qu'ils n'ont pas respecté le texte qui exprime sa volonté suprême : la Constitution* »[2834]. La logique de la démocratie continue peut alors être appréhendée sous une double acception. Dans un premier temps, le concept de « démocratie continue » postule une séparation du peuple constituant, parfois qualifié de « transtemporel », et du peuple « réel ». Contrairement à une vision légicentriste[2835], la souveraineté ne s'énonce pas dans la loi, qui est l'acte du peuple « réel », mais dans la Constitution. Il peut donc exister un écart entre la volonté délégante du peuple constituant et

---

[2831] Néanmoins, conformément à une définition habermassienne de la souveraineté populaire, la volonté générale est uniquement considérée ici comme une procédure. Comme l'explique également Pierre ROSANVALLON, « *la volonté générale ne résulte pas simplement d'une opinion, la volonté générale n'est pas de l'ordre du vœu, la volonté générale est de l'ordre de la construction délibérée* », *Esquisse d'une histoire de la déception démocratique*, op. cit., p. 116.

[2832] Notamment l'hypothèse selon laquelle « *il n'existe pas entre l'État de droit et la démocratie, un rapport historique contingent, mais bel et bien conceptuel, ou interne* », *Droit et démocratie (…)*, op. cit., p. 480.

[2833] Notamment l'idée d'une souveraineté législative limitée telle qu'on la retrouve exprimée dans l'œuvre de Benjamin CONSTANT puisque celui-ci exprimait l'idée que nul n'a reçu de la nature le droit de disposer de son semblable. Il n'y a donc que des dépositaires du pouvoir et non des propriétaires : « *l'universalité des citoyens est le souverain, dans ce sens, que nul individu, nulle fraction, nulle association partielle ne peut s'arroger la souveraineté, si elle ne lui a pas été déléguée. Mais il ne s'ensuit pas que l'universalité des citoyens, ou ceux qui par elle sont investis de la souveraineté, puissent disposer souverainement de l'existence des individus* », *Principes de politiques*, 1815, précité.

[2834] Dominique ROUSSEAU, *Les grandes avancées de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Mélanges Jacques Robert, op. cit., p. 310. On retrouve une vision assez proche au travers du concept de « démocratie dualiste » chez Bruce ACKERMAN. Cet auteur américain oppose ainsi aux monistes qui ne voient la volonté du peuple que dans les actes des représentants « légaux », à savoir le Congrès et le Président, une conception dualiste de la démocratie où la volonté du peuple « *est présumée représentée par les principes de droit suprême qui ont obtenu dans le passé le consentement du peuple,par l'exercice du pouvoir législatif constitutionnel* », *La démocratie dualiste*, IN JAUME Lucien et TROPER Michel, *1789 et l'invention de la Constitution*, op. cit., p. 197.

[2835] Conception qui s'exprime parfaitement dans ces propos de Joseph-BARTHÉLÉMY : « *la démocratie réclame une atmosphère sans laquelle elle ne peut vivre ; cette atmosphère est composée de deux éléments essentiels : le règne de la loi et de la liberté* », *Valeur de la liberté*, Mélanges Negulesco, Bucarest, Imprimerie Nationale, 1935, p. 120.

l'action déléguée du législateur. La temporalisation du pouvoir constituant tend ainsi à faire prévaloir « *l'interprétation continuée du même texte, la modification insensible par lectures et relectures successives, contre les brusques changements de Constitution* »[2836]. Le juge constitutionnel recherche en effet la volonté générale telle qu'elle s'énonce dans la Constitution. Ricardo GUASTINI peut alors suggérer de distinguer entre « « *souveraineté populaire originaire* » *et* « *souveraineté populaire dérivée* » *: le souverain originaire, c'est le peuple (ou ses élus) en tant qu'autorité législative. Tout en instituant la rigidité constitutionnelle et la garantie juridictionnelle de la Constitution, c'est bien le peuple en tant qu'autorité constituante qui a posé des limites au peuple (à ses élus) en tant qu'autorité législative* »[2837]. Cette distinction, séduisante, revigore l'idée de la Nation comme continuité des vivants et des morts puisque « *celui qui vote n'est jamais lui-même que le représentant momentané de la puissance du peuple perpétuel qui perdure identique à lui-même au travers de la succession des générations et qui constitue le véritable titulaire de la souveraineté* »[2838]. Toutefois, la place du juge constitutionnel demeure incertaine. Selon Dominique ROUSSEAU, lorsque le Conseil constitutionnel censure une loi, il montre aux représentants « *le texte où le peuple figure en souverain et qui leur interdit de prendre ces dispositions. En d'autres termes, le Conseil ne représente pas le peuple souverain, il représente ce en quoi et par quoi le peuple se pense et se reconnaît souverain* »[2839]. En tentant d'échapper à la logique politique induite par la thèse du juge constitutionnel représentant, l'auteur aboutit néanmoins à une situation où le juge, simple autorité réflexive, « *doit se contenter de reproduire une volonté déjà exprimée dans la Constitution : il ne* « *représente* » *plus, il exécute* »[2840].

[2836] Marcel GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs (…)*, op. cit., p. 47.

[2837] *Michel Troper sur la fonction juridictionnelle*, DROITS, n°37, 2003, p. 120.

[2838] Marcel GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs (…)*, op. cit., p. 45. Dans le même sens, Denis BARANGER peut écrire que l'on « *ne doit pas méconnaître la dimension temporelle de la représentation politique. Á la souveraineté du peuple correspond une logique de représentation par laquelle le souverain toujours absent, introuvable, en tant que force active, est rendu présent à travers le gouvernement.* […] *Du point de vue de la souveraineté, tout – à savoir : le souverain, le sujet (qui ont vocation à n'être qu'un) et le représentant – ne peut pas exister en même temps dans le présent. Ce problème peut pourtant être résolu si souveraineté et représentation sont inscrites dans la temporalité, par une mise en place qui distribue dans les catégories du passé et du présent les moments logiques dans lesquels ces notions se déploient.* […] *En tout état de cause, la temporalité* […] *ne met pas en place un temps absolu, vivant à l'intérieur de soi, mais une succession réglée de mouvements déterminants : le peuple souverain se donne une fois pour toutes une Constitution, mettant ainsi en place le système de représentation. Une fois ce système mis en place, il n'est plus le même peuple, mais un peuple institutionnalisé, une catégorie juridique* », *Temps et Constitution*, DROITS, n°30, 2000, p. 53.

[2839] *La jurisprudence constitutionnelle (…)*, op. cit., p. 374.

[2840] Pierre BRUNET, *Que reste-t-il de la volonté générale ? (…)*, op. cit., p. 15. Michel TROPER explique de manière similaire que cette thèse « *présuppose en effet que l'affirmation par le Conseil constitutionnel que la loi a été ou*

La conséquence logique de cette dualité aboutit dans un deuxième temps à la nécessité d'un contrôle permanent du peuple sur les auteurs de la loi puisque celle-ci n'est plus que la simple expression d'une majorité politique. En effet, comme l'explique Dominique ROUSSEAU, la logique de la démocratie continue est de permettre à la minorité politique « *de continuer à intervenir, entre deux moments électoraux, dans le processus de formation de volonté générale en contraignant la majorité à prendre au sérieux leurs points de vue, à en délibérer et, le cas échéant, à les intégrer dans la décision finale* »[2841]. En d'autres termes, il s'agit de reconnaître la légitimité d'un espace public autonome, détaché de la délibération parlementaire, où les actions des gouvernants se soumettent au contrôle continu des gouvernés, et plus particulièrement à la vindicte de l'opinion publique[2842]. La logique interne de la démocratie continue est donc à première vue celle de la « contre-démocratie » dont parle Pierre ROSANVALLON, et qui passe par la réactivation de la figure du Tribunal de l'opinion. La justification du contrôle de constitutionnalité s'inscrit alors dans un renforcement de la démocratie représentative. Certains n'hésitent toutefois pas à considérer que l'instauration d'une juridiction constitutionnelle confirme le caractère oligarchique du régime représentatif[2843]. Stéphane PINON écrit en ce sens que l'on « *peut voir derrière le rôle actif attribué au Conseil le retour d'un vrai pouvoir « tutélaire » - à l'égal de celui que devait remplir la Chambre élue dans la tradition représentative française -, les juges présentant au peuple une charte jurisprudentielle des droits, réputée la meilleure, car élaborée sous les auspices de la sagesse, de l'expérience et de la compétence* »[2844].

---

non adoptée dans le respect de la Constitution est un acte de connaissance. Or, il y a d'excellentes raisons de penser qu'elle est au contraire un acte de volonté. C'est ainsi par une décision que le juge constitutionnel est conduit à affirmer que la loi exprime la volonté générale, c'est-à-dire à dire ce qu'est cette volonté générale », *Les effets du contrôle de constitutionnalité des lois sur le droit matériel*, Mélanges Amselek, op. cit., p. 764.

[2841] *De la démocratie continue*, op. cit., p. 23.

[2842] Selon Dominique ROUSSEAU, en effet, c'est dans l'espace public « *que se construit l'opinion publique par la confrontation et la discussion des propositions normatives issues de la sphère privée. Car l'espace public est un espace social, c'est-à-dire un espace de luttes pour la formation, sur un sujet donné, de l'opinion publique* », *La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel*, op. cit., p. 78.

[2843] Après tout, SISMONDI n'écrivait-il pas que « *l'opinion publique, née de la discussion spontanée, pèse les suffrages au lieu de les compter ; elle est bien plutôt l'expression de l'aristocratie de l'intelligence que de la démocratie* », *Études sur les Constitutions des peuples libres*, Bruxelles, Dumont, 1836, p. 98, cité par Patrice ROLLAND, *Les droits garantis*, op. cit., p. 313.

[2844] *La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française*, op. cit., p. 463. Marie-Joëlle REDOR considère elle aussi que « *le dialogue institutionnel de Dominique Rousseau est un dialogue de « Happy Few », un dialogue entre politiciens et juristes qui ressemble davantage à un gouvernement d'élites autoproclamées qu'à un gouvernement démocratique* », *La démocratie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et dans ses représentations*, IN DRAGO Guillaume, FRANÇOIS Bastien et MOLFESSIS Nicolas (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 359.

Conscient de ces critiques, Dominique ROUSSEAU va alors affirmer que la démocratie continue « *peut être définie comme un au-delà de la représentation* [parce qu'] *elle transforme et élargit l'espace de la participation populaire en inventant des formes particulières permettant à l'opinion d'exercer un travail politique : le contrôle continu et efficace, en dehors des seuls moments électoraux, des gouvernants* »[2845]. La position de l'auteur demeure à ce stade contradictoire, même si elle reflète finalement assez bien les hésitations du libéralisme politique à l'égard de l'opinion publique. En effet, que le juge garantisse l'autonomie de l'espace public, et notamment la possibilité pour le pluralisme politique et idéologique d'exister, ne le contraint pas à se plier aux contingences politiques du moment. Bien sûr, le pluralisme est une des conditions d'exercice de la souveraineté populaire[2846], mais il n'existe aucun lien organique entre le Conseil constitutionnel et l'opinion publique. Le distinguo entre le peuple « empirique » et le peuple transtemporel auquel se rattache la démocratie continue oblige tout au contraire à considérer l'opinion publique comme une instance nécessairement éphémère, même si elle n'en demeure pas moins puissante. Dominique ROUSSEAU explique pourtant que « « *l'agir juridictionnel » est ce quelque chose qui produit du sens constitutionnel en mettant en relation un énoncé constitutionnel et ses différents lecteurs – hommes politiques, associations, doctrine, médiateurs d'opinion. Relation qui implique une ouverture permanente sur la société et les évolutions de sens qui s'y produisent sous l'effet des déplacements de rapports de forces sociaux, une vigilance permanente sur le mode de production de la vérité d'une époque, et enfin une écoute permanente de la critique de la positivité juridique au regard des « promesses » constitutionnelles* »[2847]. De la sorte, les évolutions de l'opinion publique seraient constamment enregistrées de telle manière que le juge constitutionnel pourrait permettre à cette dernière de se réfléchir dans le texte constitutionnel[2848]. Or, la permanence dans le temps de principes constitutionnels inscrits dans la Constitution infirme l'hypothèse première d'une « actualisation » de la Constitution sous la pression de l'opinion publique. Que celle-ci soit considérée comme un acte vivant ne change pas le fait que l'opinion publique ne s'exprime pas

---

[2845] Dominique ROUSSEAU, *De la démocratie continue*, op. cit., p. 16.

[2846] Le Conseil constitutionnel avait ainsi qualifié la liberté de communication des pensées et des opinions de « *liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale* », décision n°84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, ENTREPRISES DE PRESSE, Cons. 37.

[2847] Dominique ROUSSEAU, *Question de Constitution*, Mélanges Conac, op. cit., pp. 21-22.

[2848] Selon Dominique ROUSSEAU, « *la seule exigence normative que ces principes énoncent est de réaliser en temps présent les promesses qu'ils annoncent* », *La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel*, op. cit., p. 87.

dans la Constitution et ne peut en ce sens être définie comme le souverain. La différence ne réside pas dans la substantialisation éventuelle des notions de peuple, de Nation ou d'opinion publique, mais dans l'affrontement de logiques temporelles différentes. Le hiatus naît ici d'une conception très restreinte du mécanisme représentatif et sur une hypothèse évolutionniste qui n'est pas confirmée par l'analyse des discours libéraux qui, dès le début du dix-huitième siècle, demeurent ambigus tant sur la nature de l'opinion que sur la manière dont elle se forme. D'un point de vue strictement juridique, on doit alors considérer que « *si l'on ne met pas en question l'idée que la démocratie représentative est une forme de démocratie, alors le contrôle de constitutionnalité et la démocratie continue ne sont nullement une figure nouvelle de la démocratie, mais seulement l'une des modalités de l'indépassable démocratie représentative* »[2849]. Ce qui ne veut pas dire que l'analyse politique du concept de démocratie continue soit dénuée de pertinence[2850]. En mettant l'accent sur la nature dialogique et discursive de la démocratie constitutionnelle, les tenants d'une démocratie continue témoignent d'une volonté de dépasser la définition électoraliste de la démocratie tout en réactivant la figure du Tribunal de l'opinion publique[2851].

Sous-Section 2. Une juridictionnalisation inachevée

Rudolf SMEND écrivait de manière magistrale que la publicité « *est tout d'abord l'une des composantes de la liberté des peuples devenant majeurs, ainsi que de la liberté de chacun des membres de*

[2849] Michel TROPER, *Démocratie continue et justice constitutionnelle*, op. cit., p. 136. Dans le même sens, Pierre BRUNET écrit que quiconque considère la Constitution comme suprême « *n'en a toutefois pas encore terminé car la question se double inévitablement d'une autre : pourquoi faut-il nécessairement confier à des juges le soin de contrôler la loi ? Ceux qui souhaitent répondre à cette question sans donner aucun gage à 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 ne sont pas au bout de leurs peines* », *Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle*, IN GREWE Constance, JOUANJAN Olivier, MAULIN Éric, WACHSMANN Patrick (Dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2005, p. 135.

[2850] Comme l'explique Michel TROPER, les critiques à l'encontre de ces théories importent finalement peu puisque ces théories « *ne sont évidemment ni vraies ni fausses. On peut seulement les examiner pour comprendre qu'elles apparaissent comme un effet de l'institution et de l'exercice de la justice constitutionnelle* », *Les effets du contrôle de constitutionnalité (…)*, op. cit., p. 765.

[2851] Certains auteurs estiment néanmoins que la légitimité du Conseil qui en découle « est *uniquement posée devant lui, parce que mise en représentation – produite – par lui : elle est donc une autolégitimation (fiat flux) quasi fondatrice* […] », Éric DESMONS, *Le normativisme est une scolastique (Brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire comme un progrès)*, DROITS, n°32, 2000, p. 27.

ce peuple. Celui auquel la liberté d'expression, ou la liberté de participer à la vie publique ne sont pas garanties par l'Öffentlichkeit des actes de la représentation populaire et des décisions de justice, celui-là n'est pas un homme libre »[2852]. Á suivre l'auteur, la publicité des actes des gouvernants sert donc à informer, à permettre un débat public et, de manière corrélative, à garantir l'autonomie politique. Si l'on estime que le juge constitutionnel est un représentant, il est alors indispensable qu'il satisfasse à ces réquisits[2853]. Or, concernant le Conseil constitutionnel tout du moins, on ne peut considérer celui-ci comme « transparent ». Tout d'abord, il n'est aucun moyen pour l'opinion publique d'influer tant sur le processus de nomination que dans le choix des affaires qui lui sont soumises. Le Conseil constitutionnel apparaît alors comme une juridiction imperméable à l'opinion (**Paragraphe 1**). Ensuite, si l'on estime que la fonction du juge constitutionnel doit être tournée « *vers la recherche de l'unification du système juridique autour des principes de droit et d'organisation politique inscrits dans la Constitution* »[2854], celle-ci ne peut se faire que sous le regard du public. Le principe démocratique suppose donc une activité juridictionnelle suffisamment ouverte et transparente[2855]. Or, tant la procédure de nomination que la procédure contentieuse demeurent pour une large partie secrètes, contribuant à une opacité anti-démocratique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Une juridiction imperméable à l'opinion publique

---

[2852] *Á propos du problème du public (…)*, op. cit., p. 167.

[2853] Dans son opinion concurrente sous la décision Richmond Newspapers, le juge Brennan a rappelé par exemple que « *les procès publics sont des remparts de notre gouvernement libre et démocratique : l'accès public au processus judiciaire est l'un des nombreux « poids et contrepoids » de notre système, parce que « le regard contemporain » du forum de l'opinion publique est une contrainte efficace sur les abus possibles du pouvoir judiciaire* », 448 US 555, 2 juillet 1980.

[2854] Guillaume Drago, *Justice constitutionnelle*, droits, n°34, 2001, p. 128.

[2855] Les propos du juriste allemand Feuerbach sont particulièrement éclairants : « *si le caractère secret est, en général, l'enveloppe qui masque le mal et l'infamie, il est alors en soi tout à fait contraire à la nature de la justice. Cette justice – la chose la plus magnifique que l'État garantisse aux hommes, pure comme la vérité et sacrée comme la vertu -, elle qui attribue avec impartialité, sur la même balance, ce qui revient à chacun selon ses mérites, et qui n'emploie la force qu'un nom de la loi, en tant qu'elle exprime un droit éternel, qu'aurait-elle donc en commun avec le fait d'être caché, puisqu'elle n'a rien en commun avec le mal ? Ce qui se manifeste avec elle, c'est une souveraineté qui commande le respect, la sincérité et la pureté : plus brille intensément la lumière qui l'entoure, plus on peut clairement reconnaître les perfections qui lui permettent d'être glorifiée en tant que justice et, plus celles-ci sont reconnues clairement et généralement, plus elles élèvent et élargissent son propre pouvoir du côté extérieur et plus elles le consolident du côté intérieur, par la force de la confiance et du respect qui la destinent à dominer tout ce qui est humain* », *Considérations sur l'Öffentlichkeit et le caractère oral de l'administration de la justice*, 1821, p. 89, cité par Rudolf Smend, *Á propos du problème du public (…)*, op. cit., p. 168.

La question de la composition et des modes de désignation des membres du Conseil constitutionnel suscite depuis longtemps un certain nombre d'interrogations[2856] qui reflètent sans nul doute « *le souci de rendre adaptable ou crédible la juridiction constitutionnelle chargée d'imposer son interprétation de la Constitution aux gouvernants : la légitimité de la justice constitutionnelle est fonction de son acceptation par ceux qu'elle va contrôler et aussi par l'opinion* »[2857]. Le processus de nomination par des autorités politiques est ici en cause en ce qu'il aboutirait à une politisation excessive de l'institution. En outre, en raison d'un Sénat structurellement situé à droite dans l'échiquier politique, il est difficile d'avoir un Conseil composé d'une majorité de gauche. En d'autres termes, une telle présentation de la juridiction accrédite la célèbre formule du député socialiste André LAIGNEL qui en 1981 s'exclamait à l'Assemblée Nationale : « *vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaire !* ». Cette politisation serait de plus renforcée par l'absence de qualification technique requise pour devenir membre du Conseil et par la multiplication des nominations de complaisance[2858]. KELSEN lui-même ne considérait-il pas qu'il était « *de la plus grande importance d'accorder dans la composition de la juridiction constitutionnelle une place adéquate aux juristes de profession. On pourrait y arriver par exemple en accordant aux Facultés de Droit ou à une commission commune de toutes les Facultés de Droit du pays un droit de présentation pour une partie au moins des sièges, ou encore en accordant au tribunal lui-même le droit de faire une présentation pour chaque siège venant à vaquer ou de les pourvoir par élection, c'est-à-dire par cooptation* »[2859]. Pourtant, ces arguments n'emportent la conviction que dans une certaine mesure. Tout d'abord, concernant le processus de désignation, aucun n'aboutit à dépolitiser complètement la juridiction constitutionnelle. Que l'on considère favorablement la nomination des membres par l'exécutif en accord avec une Assemblée (États-Unis, Brésil), une élection par une (Portugal) ou deux Chambres (Allemagne, ou encore des désignations mixtes associant les pouvoirs exécutif, législatif ou judiciaire (Espagne, Italie), aucune procédure ne peut éviter d'être le résultat d'un processus politique. Comme le souligne astucieusement Jean-Marie DENQUIN, « *si l'on considère la dépolitisation du juge comme un idéal, celui-ci est donc*

[2856] Pour une illustration relative à la récente nomination de Jean-Louis DEBRÉ, cf. Philippe BLACHÈR, *Imbroglio au Conseil constitutionnel*, Le Monde, 9 février 2007.

[2857] Louis FAVOREU, *La légitimité du juge constitutionnel*, op. cit., p. 573.

[2858] Dans un article célèbre, René DE LACHARRIÈRE estimait par exemple que les membres du Conseil « *disposent d'une pouvoir suprême de censure confié à neuf personnes totalement irresponsables, arbitrairement désignées, et de surcroît, en fait le plus souvent choisies selon les aimables critères de la faveur personnelle* », *Opinion dissidente*, POUVOIRS, n°13, 1980, p. 135.

[2859] *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, op. cit., p. 227.

inaccessible »[2860]. Ensuite, un certain nombre d'études politistes ont relevé que la couleur politique des membres nommés importe peu : « *on peut soutenir, en effet, que la position de juge (et ceci d'autant plus qu'elle tend à ne plus être contestée) conduit à détacher l'homme politique nommé au Conseil de solidarités ou d'intérêts préexistants pour lui faire endosser tout ce qu'implique la définition sociale préalablement objectivée de son nouveau rôle. Ainsi, la nomination au Conseil constitutionnel assigne non seulement une fonction, mais aussi, dans le même temps, une posture, celle de (vrai) juge* »[2861]. Dans le même sens, Jean-Marie DENQUIN observe que « *dès lors, accuser celui-ci* [un membre du Conseil] *de partialité politique est proprement incohérent : ce soupçon repose en effet sur l'idée qu'un autre juge, inspiré de sentiments politiques contraires, aurait pris une décision inverse. Or c'est là une hypothèse gratuite parce que contrefactuelle, et par définition indémontrable* »[2862]. Si le soupçon de partialité politique échoue d'un point de vue logique, il n'en demeure pas moins un véritable serpent de mer dont il apparaît impossible de se défaire. Ce constat d'échec ne doit néanmoins pas nous faire oublier le rôle que doit jouer l'opinion publique dans le processus de nomination. Á cet égard, notre procédure souffre d'une lacune largement réversible, celle de son caractère secret. Il importe en la matière que puisse s'exercer une « *discussion publique quant au choix des candidats* »[2863]. Sans doute convient-il dès lors de prévoir, ainsi que l'avait d'ailleurs suggéré KELSEN[2864], une procédure mixte qui associerait étroitement l'exécutif et le législatif et dont les choix seraient soumis au Tribunal de l'opinion. Une telle réforme aurait ainsi nécessairement pour conséquence de revitaliser l'institution parlementaire tout en assurant, selon les modalités choisies, la recherche du compromis et la préservation du pluralisme des courants d'idées et d'opinion[2865]. Néanmoins, reste alors à se demander si le droit de regard de

---

[2860] *Justice constitutionnelle et justice politique*, IN GREWE Constance, JOUANJAN Olivier, MAULIN Éric et WACHSMANN Patrick (Dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, op. cit., p. 81.

[2861] Bastien FRANÇOIS, *Le juge, le droit, la politique : éléments d'une analyse politiste*, RFDC, n°1, 1990, p. 54. Cette théorie s'appuie sur ce que Pierre BOURDIEU appelait les « *actes d'institution* ».

[2862] *Justice constitutionnelle et justice politique*, op. cit., p. 83.

[2863] Olivier JOUANJAN, *Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ?*, DROITS, n°43, 2006, p. 80.

[2864] En effet, selon le maître viennois, puisque la démocratie est un État de partis, il revient de leur faire toute leur place dans le processus de nomination des membres de la juridiction constitutionnelle. Ainsi, « *il est presque préférable d'accepter, plutôt qu'une influence occulte et par suite incontrôlable des partis politiques, leur participation légitime à la formation d'un tribunal, par exemple en faisant pourvoir une partie des sièges par voie d'élections par le Parlement, compte tenu de la force relative des partis* », *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, op. cit., p. 227.

[2865] Dominique ROUSSEAU préconise ainsi l'importation du modèle hongrois où les quinze juges constitutionnels sont élus à la majorité des deux tiers par la chambre basse. Selon l'auteur, « *aucune formation politique ne représentant à elle seule une majorité des deux tiers, le parti majoritaire doit nécessairement*

l'opinion publique s'épuise avec la nomination des membres de la juridiction. Il est souvent affirmé que l'indépendance de la juridiction est garantie par le non-renouvellement de ses membres. Pourtant, il s'agit *a priori* d'une hypothèse contraire à l'idée libérale d'un contrôle permanent de l'opinion sur ses représentants[2866]. En réalité, il conviendrait de distinguer la durée du mandat de la possibilité pour un membre de postuler à un nouveau mandat. La règle doit demeurer le mandat limité dans le temps, l'exception américaine du mandat à vie demeurant une anomalie extrêmement critiquable[2867]. Ainsi, un mandat non renouvelable, mais dans le cadre d'une procédure publique, permet à l'institution juridictionnelle de bien fonctionner puisque « *ceux qui participent au contrôle (c'est-à-dire les gouvernants et ceux qui, dans l'opposition, ont vocation à les remplacer) ont le sentiment qu'ils participent à la désignation des membres de l'organe de contrôle : les contrôlés doivent avoir le sentiment qu'ils sont associés à la désignation des contrôleurs* »[2868].

Contrôlé, le juge constitutionnel ne doit pas pour autant en oublier sa fonction de contrôleur des parlementaires. En ce sens, il se fait l'allié objectif de l'opinion publique contre les abus éventuels du pouvoir législatif. Reste que cette association demeure purement théorique en l'absence d'une saisine individuelle directe des citoyens ou de l'existence d'une procédure de renvoi préjudiciel de la question de constitutionnalité du juge ordinaire au juge constitutionnel[2869]. En effet, malgré les lacunes de la saisine constitutionnelle a priori[2870], les

---

négocier avec l'opposition les choix des futurs juges ; l'élection est donc le résultat de négociations et d'accords politiques entre les partis parlementaires de la majorité et de l'opposition. L'intérêt de ce système réside plus exactement dans le fait que l'accord politique exigé par la contrainte de la majorité des deux tiers interdit la monopolisation des cours par une même famille de pensée et garantit la représentation des principaux courants d'opinion juridiques et politiques », *Chiche pour une réforme du Conseil constitutionnel !*, Mélanges Lachaume, op. cit., p. 916.

[2866] Pierre PACTET, *Á propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel*, Mélanges Jacques Robert, op. cit., p. 288.

[2867] Bruce ACKERMAN préconise ainsi d'adopter aux États-Unis le modèle allemand de douze juges élus pour une durée non renouvelable de douze ans et à une majorité des deux tiers du Parlement ; en effet, selon l'auteur, « *avec le temps, le renouvellement au bout de douze ans permet que l'évolution doctrinale suive les conceptions constitutionnelles centristes, laissant aux hommes politiques le soin d'engager le pays sur des voies plus aventureuses à gauche ou à droite, selon ce qu'auront décidé les électeurs* », *La bataille pour la Cour suprême*, LE DÉBAT, n°143, 2007, p. 138.

[2868] Louis FAVOREU, *La légitimité du juge constitutionnel*, op. cit., p. 577.

[2869] Cf. Louis FAVOREU, *La question préjudicielle de constitutionnalité. Retour sur un débat concurrent*, Mélanges Ardant, op. cit., pp. 265-273. L'auteur s'y montre favorable, pour autant que la question préjudicielle ne puisse être posée que par le Conseil d'État ou la Cour de cassation.

[2870] La principale difficulté réside dans le fait que le juge constitutionnel doit imaginer les vices d'inconstitutionnalité de la loi puisque « la *conformité de la loi à la Constitution ne saurait être appréciée au*

objections à l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité demeurent : introduire un tel recours reviendrait à faire peser de manière permanente sur la loi un soupçon d'inconstitutionnalité et aboutirait à l'assujettissement du Parlement au juge constitutionnel[2871]. De fait, malgré un soutien supposé de l'opinion publique, le dernier projet de réforme constitutionnelle de 1990 n'a pas abouti[2872] et constitue aujourd'hui un leitmotiv récurrent pour une partie de la doctrine. Notre objet n'est pas ici d'exposer les arguments en faveur de l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité[2873], mais simplement de constater que les moyens dévolus à l'opinion publique pour faire connaître ses doléances auprès du juge constitutionnel sont alors nécessairement limités. Ainsi, tout d'abord, la « réformette » de 1974 a sans nul doute permis aux parlementaires de l'opposition de devenir des « *co-auteurs* » de l'interprétation[2874], de même qu'elle a fait apparaître le contrôle de constitutionnalité comme « *un élément indispensable de pondération des débordements éventuels du fait majoritaire aussi bien en période de coïncidence majoritaire qu'en période de dissociation majoritaire (cohabitation)* »[2875].

---

regard de déclarations relatives à l'application qui en serait faite », décision n°84-176 DC, 25 juillet 1984, LOI MODIFIANT LA LOI DU 29 JUILLET 1982 SUR LA COMMUNICATION AUDIOVISUELLE ET RELATIVE À CERTAINES DISPOSITIONS APPLICABLES AUX SERVICES DE COMMUNICATION AUDIOVISUELLE SOUMIS À AUTORISATION, Cons. 14. En d'autres termes, ainsi que le souligne Michel FROMONT, « *le contrôle de la loi ne peut pas être déclenché au moment de l'application de la loi, c'est-à-dire au moment où la loi est susceptible de manifester sa malfaisance ; le contrôle repose sur de simples suppositions. Le contrôle se ramène à un exercice de pronostics* », *La justice constitutionnelle en France ou l'exception française*, Mélanges Conac, op. cit., p. 173.

[2871] En ce sens, cf. Louis FAVOREU, *Sur l'introduction hypothétique du recours individuel direct devant le Conseil constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°10, 2001, p. 102.

[2872] Pour une analyse politiste, cf. Christiane RESTIER-MELLERAY, *Opinion publique et démocratie. Les débats parlementaires et la réforme de la saisine du Conseil constitutionnel*, RDP, n°4-1991, pp. 1039-1078. L'auteur démontre ici que l'invocation par les parlementaires de l'opinion publique révèle une conception floue de cette dernière et témoigne d'une réflexion qui porte davantage sur les sondages et sur la place du Parlement dans la démocratie d'opinion que sur les arguments juridiques en faveur (ou pas) de la saisine citoyenne du Conseil.

[2873] Cf. Philippe BLACHÈR, *Les temps de la saisine du Conseil constitutionnel*, IN VIALA Alexandre (Dir.), *La Constitution et le temps*, op. cit., pp. 237-249. En ce sens, nous nous accordons parfaitement avec la conclusion de l'auteur quand celui-ci écrit : « *pour que la justice constitutionnelle devienne une justice achevée, il faut qu'au moment présent, toute personne puisse demander au juge de constater qu'une loi s'est appliquée dans le passé en violant des droits constitutionnels afin d'éviter, dans le futur, une perpétuation de l'inconstitutionnalité de cette norme législative* », p. 249.

[2874] Comme l'écrit Michel TROPER, « *dans aucun système, l'organe de contrôle de constitutionnalité n'est seul interprète de la Constitution. L'interprétation qu'il en donne doit donc tenir compte de celle des autres organes. Il en est ainsi d'abord lorsque le juge ne peut être saisi que par voie d'action. Dans ce cas, l'autorité ou les autorités de saisine doivent être considérées comme co-auteurs de l'interprétation* », *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, op. cit., p. 148.

[2875] Patrick GAÏA, *Rapport de synthèse*, IN MAUS Didier et ROUX André (Dir.), *Trente ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 2006, p. 139. KELSEN avait d'ailleurs

Conformément à l'idéal délibératif au sein du Parlement, l'opposition parlementaire incarnerait alors l'opinion publique dont James BRYCE disait qu'elle est « *un contre-poids à la puissance du nombre* »[2876]. Pourtant, au regard d'un certain nombre d'études politistes, l'argument s'avère fragile. S'il est incontestable que cette réforme a grandement contribué à voir la politique saisie par le droit[2877], toutes les saisines du Conseil constitutionnel n'obéissent pas nécessairement à une volonté de protéger la Constitution[2878]. Comme l'explique Jacques MEUNIER, l'usage de la saisine répond à une logique stratégique : contrairement à l'argument utilitariste qui postule que la saisine du Conseil constitue toujours un gain pour l'opposition parlementaire et qu'elle devrait à ce titre être systématique, « *il n'est pas invraisemblable qu'une censure même probable, soit parfois trop coûteuse pour être recherchée. Soit qu'elle génère des contraintes juridiques insupportables, soit qu'elle suppose un argumentaire impliquant un positionnement politique inopportun* »[2879]. En d'autres termes, la saisine, comme la non-saisine, obéissent à des considérations tactiques et politiques dont l'opinion publique constitue un sujet incontournable. On pourra ainsi imaginer que certaines lois souhaitées ou soutenues par l'opinion publique – et si tant est qu'il soit possible de mesurer ce soutien - ne fassent pas l'objet d'une saisine et réciproquement[2880]. La lutte politique se déplace donc sur le terrain constitutionnel et « *quelles que soient les stratégies contentieuses visant à neutraliser la dimension politique de ses décisions* […], *le Conseil constitutionnel est au cœur de cette dynamique de politisation/juridicisation* »[2881].

---

magistralement anticipé cet état de fait : « *la simple menace du recours au tribunal constitutionnel peut être entre les mains de la minorité un instrument propre à empêcher la majorité de violer inconstitutionnellement ses intérêts juridiquement protégés et à s'opposer par là, en dernière analyse, à la dictature de la majorité, qui n'est pas moins dangereuse pour la paix sociale que celle de la minorité* », *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, op. cit., p. 253.

[2876] *Les démocraties modernes*, T. I, op. cit., p. 189.

[2877] Comme l'explique par exemple Louis FAVOREU, « *la décision politique ne peut qu'être valorisée par l'existence d'un gardien ou d'un régulateur qui atteste qu'elle a été prise dans le respect de la Constitution car, désormais, aux yeux de l'opinion, la légitimité d'une telle décision 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* », *De la démocratie à l'État de droit*, LE DÉBAT, n°64, 1991, p. 162.

[2878] Bastien FRANÇOIS, *Le droit saisi par la politique*, IN LAGROYE Jacques (Dir.), *La politisation*, Paris, Éd. Belin, 2003, p. 375.

[2879] *Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique*, POUVOIRS, n°105, 2003, p. 35.

[2880] Cf. Guy CARCASSONNE, *La stratégie de ceux qui saisissent*, IN *Vingt ans de saisine parlementaire*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1995, pp. 49-56.

[2881] Bastien FRANÇOIS, *La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion*, POUVOIRS, n°105, 2003, p. 137.

Demeure toutefois une possibilité pour l'opinion publique de faire entendre sa voix lors du procès constitutionnel, grâce à ce que le Doyen VEDEL a appelé la « porte étroite »[2882], « *voie d'accès informelle au prétoire constitutionnel qui apparaît comme une transposition, en France, de la pratique de l'amicus curiae* »[2883]. En d'autres termes, il est tout à fait possible que le texte déféré soit complété par des documents annexes tels des rapports, des mémoires émanant d'institutions, de particuliers ou d'associations ainsi que donc par des « portes étroites ». Une « porte étroite » est en effet un document adressé spontanément au Conseil constitutionnel par des citoyens agissant isolément ou, le plus souvent, par des groupements de personnes intéressés à la défense ou à la critique de la loi. Ce document ne fait pas partie du dossier de procédure car il n'est encadré par aucune condition de délai, de forme ou de fond, le juge constitutionnel restant seul décideur quant à l'acceptation de ce document. Comme le souligne Georges VEDEL, « *ce n'est ni une saisine ni une intervention au sens procédural des termes, mais une simple information fournie par de bons citoyens. Le Conseil, s'il lui donne suite dans un sens souhaité par les intéressés, le fera non à partir d'une demande à vrai dire inexistante mais en usant de sa compétence d'office* »[2884]. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un palliatif à l'absence de voies de recours pour le citoyen puisque celui-ci est dans l'incapacité juridique de déclencher l'examen de la loi, que cela soit dans le cadre de la procédure prévue à l'article 61 de la Constitution ou a posteriori au moment de l'application de la loi. Comme il l'a été souligné, il faut donc davantage voir ce mécanisme « *comme la continuation d'un lobbying engagé en amont du processus législatif, qui se décompose en deux temps. Le lobbying sur le juge (la porte étroite à proprement parler) comporte en effet un préalable indispensable : le lobbying sur les saisissants* »[2885]. Du fait de son caractère informel, cette « saisine » n'est jamais mentionnée directement par le juge dans les visas mais il est indéniable que celle-ci peut jouer un rôle décisif dans l'examen de la loi, ainsi qu'en attestent d'ailleurs certains commentaires du Secrétaire général[2886]. La « porte étroite » présente ainsi un double intérêt : elle permet à la

---

[2882] *L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite*, La vie judiciaire, 11-17 mars 1991, pp. 1-14.

[2883] Virginie MASSIEU, *Les Amis du Conseil constitutionnel*, IN MAUS Didier et ROUX André (Dir.), *Trente ans de saisine parlementaire*, op. cit., p. 177.

[2884] *Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel*, Mélanges Perrot, op. cit., p. 549.

[2885] Virginie MASSIEU, *Les Amis du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 185.

[2886] Ainsi par exemple à l'occasion de l'examen de la loi Perben II précitée, qui a vu un certain nombre d'associations de professionnels du droit (magistrats, avocats etc.) utiliser la « porte étroite », ainsi que des parlementaires déposer de nouvelles conclusions dépourvues des soixante signatures nécessaires pour être regardées comme une « vraie » saisine, le Secrétaire général du Conseil a pu déclarer que « *de telles conclusions ne peuvent être regardées ni comme une nouvelle saisine, ni comme partie intégrante des saisines*

société civile de ne pas être entièrement dépossédée du contrôle de constitutionnalité, tout comme elle contribue à inscrire davantage le juge constitutionnel dans une logique politique où la loi apparaît moins comme l'expression de la volonté générale que comme la tractation d'intérêts particuliers actifs. Pourtant, si la « porte étroite » permet de « *se faufiler* […] *dans le prétoire du juge constitutionnel* »[2887], on ne peut que regretter son caractère non public qui contribue indéniablement à faire du Conseil une juridiction opaque.

Paragraphe 2. Une juridiction opaque

Comme le rappelle Olivier JOUANJAN, « *la publicité des débats judiciaires est un principe aujourd'hui incontesté – et certainement incontestable – des États démocratiques et libéraux contemporains* »[2888]. De fait, les articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que l'article 14 § 1 du PIDCP, consacrent l'obligation pour les tribunaux des États membres de rendre la justice de manière publique. Mais ces dispositions ne concernent que les accusations pénales ou les contestations relatives au droit civil et la doctrine s'interroge sur l'application de ces dispositions à la procédure contentieuse devant le juge constitutionnel. Á cet égard, la position d'Hans KELSEN était pourtant sans appel. En effet, selon le juriste autrichien, « *pour la procédure devant le tribunal constitutionnel, il faut recommander d'une façon générale le principe de publicité et du caractère oral, bien qu'il s'agisse principalement de questions de pur droit, et que l'accent doive évidemment porter sur les explications de droit des mémoires écrits que les parties au procès peuvent présenter – ou même être tenues de présenter – au tribunal. Les affaires qui occupent le tribunal constitutionnel sont d'un intérêt général si considérable qu'on ne saurait exclure en principe la publicité de la procédure, que garantit seule une audience publique* »[2889]. Pourtant, alors que la majorité des juridictions constitutionnelles exercent leur fonction contentieuse sous l'œil du public[2890], la procédure

---

antérieures. Le Conseil n'était donc pas tenu d'y répondre. Il a toutefois examiné d'office les deux dispositions pour ne pas laisser les requérants sans réponse, ce qui eût été discourtois », Commentaires sur la décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°16, 2004.

[2887] Georges VEDEL, *L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite*, op. cit., p. 1.

[2888] *Justice et espace public (…)*, op. cit., p. 195.

[2889] Hans KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, op. cit., p. 248.

[2890] Dominique ROUSSEAU rappelle par exemple qu'« *en Italie, la Cour siège en audience publique, entend l'analyse de l'affaire par le juge rapporteur et la défense des parties ; en Espagne, les avocats représentent les parties devant le Tribunal constitutionnel qui peut demander la comparution de témoins, d'experts ou de personnalités qualifiées ; en Allemagne, le tribunal de Karlsruhe peut demander à entendre toute personne intéressée par l'affaire ou possédant une connaissance du dossier* », *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes et Cie, Coll. Droit, 1997.

devant le Conseil constitutionnel demeure encore largement dépourvue de publicité et donc de caractère véritablement contradictoire. L'instruction est de ce point de vue lacunaire. Ainsi, une fois le gouvernement informé de la saisine du Conseil constitutionnel, la seule réunion qui existe est celle qui existe entre le rapporteur du Conseil et le Secrétariat Général du Gouvernement qui, paradoxalement, « défend » la loi soumise au contrôle du Conseil[2891]. Il n'y a donc aucun débat oral puisqu'il n'y a de communication, ni avec les auteurs de la saisine, ni avec le rapporteur de la commission saisie au fond dans chaque assemblée. L'égalité des armes est donc loin d'être assurée. Parce qu'il n'y a pas d'échange d'arguments, il ne peut donc y avoir de débat public[2892]. En outre, les éléments à la connaissance du public demeurent relativement faibles malgré les actions successives des Présidents du Conseil. Comment expliquer que le nom même du rapporteur soit encore tenu secret tandis que le résultat des éventuelles consultations auxquelles ce dernier est susceptible de se livrer ou les moyens d'inconstitutionnalité soulevés d'office ne donnent lieu à aucun débat contradictoire public[2893]. Néanmoins, il serait malhonnête de ne pas reconnaître qu'un certain nombre de progrès ont été réalisés. Ainsi, grâce à l'impulsion de Daniel MAYER, depuis 1983, outre les débats et rapports parlementaires, le texte de la saisine est également publié au JO[2894]. Mais, la principale avancée en la matière ressort de l'action de Robert

---

[2891] L'une des justifications parfois avancées concerne l'origine gouvernementale, le plus souvent, de la loi en question. Mais il s'agit là d'un argument factuel et non procédural. Comme le souligne le Doyen VEDEL, « *le défenseur naturel dans le « procès » n'est pas juridiquement le Gouvernement, mais le législateur* », *Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel*, op. cit.., p. 543. L'auteur précise toutefois par la suite que « *logiquement il est aberrant que le seul interlocuteur « officiel » du Conseil soit le secrétariat général du gouvernement. Or, à l'expérience, il se trouve que c'est le seul interlocuteur possible et que, même si l'on en imaginait d'autres, il demeurerait le meilleur.* […] *Le « défenseur naturel » serait le législateur lui-même. Mais, procéduralement, il est introuvable* », p. 547.

[2892] Cf. Michel VERPEAUX, *La procédure contradictoire et le juge constitutionnel*, RFDA, n°2-2001, pp. 339-352 ; Pascale IDOUX, *La contradiction en droit constitutionnel français*, Actes du Colloque organisé par l'Association Française des Constitutionnalistes, Montpellier, 2005, www.afdc.org

[2893] Comme le souligne Georges VEDEL, « *ce qui peut faire objection à cette pratique, c'est non la très large ouverture à l'information, mais la présence du contradictoire. Car, il ne suffit pas, pour satisfaire aux exigences de celui-ci que des arguments soient fournis par des informateurs ayant des positions différentes, mais que des arguments soient échangés, croisés et non mis en parallèle. En d'autres termes, il faut que chacun des antagonistes puisse connaître ce que l'autre ou les autres ont dit au Conseil et puisse répliquer* », *Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°1, 1996, p. 59.

[2894] Ainsi, alors que juridiquement, la seule exigence prévue par les textes demeurent le dépôt d'une saisine et non que celle-ci soit motivée, on constate que la publication de la saisine a incontestablement conduit ses auteurs à préciser leur argumentation juridique. Bastien FRANÇOIS explique ainsi que le droit constitutionnel devient « *un des langages de légitimité, ayant ses producteurs et ses commentateurs, et susceptibles d'usages directement politiques par des acteurs plus ou moins contraints, en quelque sorte, de parler « en droit »* », *Le juge, le droit et la politique (…)*, op. cit., p. 59.

BADINTER qui a pu obtenir en 1994 la publication des notes en défense de la loi produites par le Secrétariat général du Gouvernement. Dominique ROUSSEAU en livre d'ailleurs une version élogieuse : selon lui, « *la révolution juridictionnelle est accomplie.* […] *La représentation qui s'impose maintenant est celle de n'importe quel procès* […]. *L'ensemble étant public, chacun peut apprécier le caractère contradictoire de la procédure et commente la qualité juridique des arguments et de la décision à l'instar de toute autre procédure juridictionnelle* »[2895]. Il est vrai que le Conseil a su mettre à profit cette évolution en construisant une véritable politique de communication, notamment au moyen de son site Internet ou grâce aux commentaires de son secrétaire général dans les revues spécialisées[2896].

Pourtant, cette volonté d'ouvrir l'institution aux critiques de l'opinion publique n'est pas sans poser quelques difficultés. D'une part, juridiquement, se pose la question de savoir s'il est possible à une juridiction de commenter elle-même, ou par le biais de ses services, une décision de justice. Alors que l'article 7 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 fait en effet « interdiction pour les membres du Conseil constitutionnel, pendant la durée de leurs fonctions, de prendre aucune position publique sur les questions ayant fait ou susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil, ou de consulter sur les mêmes questions », la pratique consistant à commenter systématiquement chaque décision rendue ou encore à formuler un certain nombre d'« observations », voire de « recommandations » pose la question de savoir si le juge constitutionnel outrepasse ses fonctions juridictionnelles. Or, par une décision MOITRY du 9 novembre 2005, le Conseil d'État, saisi d'un requérant mécontent de l'invitation faite aux pouvoirs publics par le juge constitutionnel, ici juge électoral, d'abroger une disposition estimée inconventionnelle, a considéré que cette politique de communication n'était pas dissociable des conditions d'exercice de sa mission juridictionnelle fixées par l'article 62 de la Constitution[2897].

[2895] *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, précité.

[2896] Bertrand MATHIEU explique par exemple que l'évolution jurisprudentielle du Conseil peut se mesurer « *au travers des analyses de son secrétaire général, témoin privilégié, qui accompagnent chacune des décisions. Si de tels commentaires, toujours précis et éclairants, peuvent parfois susciter quelque amertume de la part de certains membres de la doctrine qui se sentent dépossédés de leur fonction magistrale ou la colère de certains politiques qui voient leurs thèses juridiquement écartées, ils constituent un acquis sur lequel il sera difficile de revenir. En effet, faute de conclusions, faute d'opinions dissidentes, faute de rapports, faute de décisions fleuves, où la démarche intellectuelle du juge prend le pas sur la clarté de la décision retenue, certains raisonnements du Conseil pourraient rester obscurs sans cette démarche pédagogique à laquelle se livre le secrétaire général, gardien de la continuité de la jurisprudence* », *Un an de jurisprudence constitutionnelle (…)*, op. cit., p. 920. Pour une présentation, cf. Olivier SCHRAMECK, *Le secrétariat général du Conseil constitutionnel*, RFDA, n°6-1994, pp. 1210-1231.

[2897] Cette jurisprudence s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence BROUANT du 25 octobre 2002 où l'Assemblée du Conseil d'État avait pu juger que l'objet du règlement par lequel le Conseil constitutionnel

En d'autres termes, le juge administratif n'est pas compétent pour apprécier la manière dont le juge constitutionnel décide de rendre publiques ses observations sur sa jurisprudence[2898]. D'autre part, certains politistes ont pu souligner le risque d'inféodation du Conseil aux médias. Comme l'écrit Bastien FRANÇOIS, « *transformée de fait en auxiliaire du contrôle de constitutionnalité, dont elle assure une forme de promotion « pédagogique » à l'intention du grand public, la presse se donne ainsi les moyens de s'ériger plus encore en gardienne du bon ordre politique.* […] *De même, en faisant régulièrement du Conseil constitutionnel un « objet » des sondages d'opinion, la presse contribue à asseoir (positivement) l'image de l'institution dans « l'opinion publique », mais s'arroge du même coup le droit d'intervenir de cette façon dans les débats constitutionnels. Dernier avatar de la culture de constitutionnalité, la ventriloquie sondagière se fait constitutionnelle. La boucle est en quelque sorte bouclée dans la « démocratie d'opinion » qui nous gouverne* »[2899]. Si la critique semble particulièrement sévère au regard des réquisits démocratiques supposés par le principe de publicité, on ne peut toutefois que s'accorder sur le fait que pour le Conseil constitutionnel « *l'adhésion de l'opinion est un enjeu* »[2900] primordial.

C'est dans cette optique qu'il convient de comprendre la controverse autour de la publicité du délibéré. Á la suite de Hans KELSEN[2901], Dominique ROUSSEAU regrette par exemple l'absence de publicité des délibérations du Conseil, et plus spécifiquement son corollaire la publication des opinions dissidentes. Les arguments des détracteurs d'une telle réforme sont relativement

---

définit un régime particulier pour l'accès à l'ensemble de ses archives n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution. Cf. Concl. du Commissaire du Gouvernement Francis DONNAT, AJDA, n°3-2006, pp. 147-148.

[2898] On se référera utilement à la note de Paul CASSIA, *Le site internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ?*, JCPA, n°8/9-2006, pp. 263-270. L'auteur estime ainsi que la juridiction administrative aurait pu dissocier les cas où le Conseil est lui-même l'auteur du commentaire de ceux où la rédaction incombe aux services administratifs. En d'autres termes, « *si la présentation que le Conseil constitutionnel donne de ses décisions est inséparable de la façon dont il construit sa politique jurisprudentielle et ne relève, par conséquent, pas de la compétence du juge administratif, la présentation faite par les services de cette institution est dissociable des conditions d'exercice des missions que lui a confié la Constitution* », p. 267.

[2899] *La perception du Conseil constitutionnel (…)*, op. cit., pp. 141-142.

[2900] Denis SALAS, *Les attentes de l'opinion*, op. cit., p. 74. L'auteur va même plus loin en considérant qu'il ne s'agit pas d'une simple communication puisqu'en « *agissant ainsi le Conseil se pose en garant du débat démocratique. Sans le confisquer, il rationalise et circonscrit ce débat. En n'oubliant pas son rôle pédagogique, il démine le terrain pour des autres décisions plus connotées politiquement que d'autres* ».

[2901] « *On pourrait même se demander si la délibération de l'arrêt par le collège des juges elle-même ne devrait pas avoir lieu en audience publique* », *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, op. cit., p. 248.

connus : tradition républicaine[2902], affaiblissement de l'autorité de la chose jugée[2903], risque de personnalisation et de politisation de la justice constitutionnelle[2904], entre autres. La décision du juge constitutionnel doit selon eux se présenter comme l'acte d'une juridiction unanime. Comme le souligne Dominique ROUSSEAU, si ces arguments sont recevables, ils n'en pointent pas moins du doigt que la difficulté vient précisément de ce que ces dissensions sont publiques[2905]. Ce qui est en jeu, c'est avant tout la confiance du public en l'institution. Pour reprendre une formule de la Cour suprême canadienne, « *la confiance du public et le maintien de la primauté du droit sont intimement liés* »[2906]. Dès lors, publier des argumentations juridiquement contraires reviendrait à briser davantage l'autorité morale de la décision que son autorité juridique. Pourtant, un tel argument s'avère fallacieux, notamment au regard des expériences étrangères. Pour peu que les opinions dissidentes soient utilisées avec mesure, on assiste non pas à une politisation de l'institution mais bien au contraire à sa juridictionnalisation. Non seulement elle confirme que la décision rendue est bien le fruit d'une délibération des juges constitutionnels et non d'un quelconque unanimisme de façade[2907], mais on retrouve également ici la « *vertu pédagogique du*

[2902] Le Doyen VEDEL explique ainsi que « *notre tradition judiciaire ne va pas dans le sens de la publicité du dissentiment, et l'on ne peut pas savoir quels dégâts produirait le changement* », *Neuf ans au Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 53.

[2903] Cf. François LUCHAIRE, *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? « Contre » : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 111.

[2904] Ainsi, « *à qui voudrait porter malheur au Conseil* », le Doyen VEDEL préconise l'élection de son Président par le Conseil lui –même et la publication des opinions dissidentes. Selon lui, « *le premier effet, dans un pays qui n'en a pas la tradition, serait de présenter aux citoyens au lieu d'une Cour de justice un spectacle qui aurait sa place à la télévision entre le « Face à face » et la « Roue de la fortune ». Le second serait de nous valoir des décisions et des opinions en forme de longues plaidoiries pour des procès entre membres du Conseil. Le troisième – et non le moindre – serait de priver le Conseil de la patiente élaboration du consensus qui préside à un grand nombre de décisions. Elle serait sacrifiée au désir sportif bien humain – et bien français – de signer de son nom l'exploit du jour* », *Préface* au manuel de Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 7ème Éd., 2006, p. 9.

[2905] *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ?, « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 113.

[2906] REINE C. HALL, 3 R.C.S. 309, 2002 CSC 64, 10 octobre 2002.

[2907] Comme l'explique très bien Gustavo ZAGREBELSKY, « *l'esprit délibératif doit prévaloir dans les Cours ; dans les Parlements l'esprit partisan peut prévaloir.* […] *L'attitude délibérative n'élimine pas du tout le caractère discrétionnaire du jugement en droit constitutionnel. Mais elle change la nature et le but : l'appréciation discrétionnaire comme expression de la volonté qui s'impose, caractéristique des organes politiques, est une chose différente de l'appréciation discrétionnaire « républicaine » dont la finalité est le consentement sur la Constitution* », *Cinquante ans d'activité de la Cour constitutionnelle italienne*, RDP, n°1-2007, p. 142.

contrôle juridictionnel »[2908] dont parlait Louis FAVOREU. Enfin, le deuxième enjeu est celui inhérent à toute forme de publicité, à savoir la mise en place des conditions de formation d'un Tribunal de l'opinion publique. De ce point de vue, on peut penser que « *le secret du délibéré, s'il est utile à la délibération des juges pour garantir leur sérénité, ne devrait pas avoir pour fonction de retirer à la possibilité de la discussion et de la critique publiques des éléments de l'argumentation juridique, c'est-à-dire des éléments permettant de connaître et apprécier la production concrète du droit* »[2909]. Ou, pour le dire autrement, « *rendre publique la controverse des juges permettrait de nourrir la discussion publique sur la loi. Autoriser les opinions séparées et les opinions dissidentes permettrait de concilier à la fois le secret probablement justifié au moment même de la délibération et l'exigence libérale et démocratique selon laquelle la vérité de la loi et sur la loi, parce qu'il y va de la volonté générale, est et reste toujours discutable* »[2910]. Dès lors que l'on admet la publicité pour le délibéré, d'institutionnelle la légitimité du juge constitutionnel devient fonctionnelle puisque c'est son interprétation du texte constitutionnel qui sera soumise à la sagacité publique.

Section 2. La légitimité fonctionnelle du juge constitutionnel

Finalement, l'enjeu décisif est bien de savoir comment les juges conçoivent la Constitution, quel rôle ils lui assignent, quels principes et méthodes ils invoquent pour justifier leur pratique de l'interprétation constitutionnelle. Loin de se réduire à de simples subtilités techniques, les réponses que les juges apportent à ces questions permettent de saisir les liens qui unissent, éventuellement, le juge et l'opinion publique. C'est dans sa fonction interprétative que les relations sont les plus ambivalentes. Si la volonté du peuple s'exprime de manière permanente dans la Constitution, le juge peut être tenté de faire primer cette volonté. Mais, alors, il se doit nécessairement de réfuter l'hypothèse d'un texte constitutionnel vivant. Or, certains auteurs n'hésitent pas à considérer que « *loin d'être un contrôle de l'ancien temps* […] *sur le temps présent, méconnaissant les intérêts vivants exprimés par la société, la politique jurisprudentielle* [du juge

---

[2908] *La légitimité du juge constitutionnel*, op. cit., p. 569. Celle-ci existe car « *les problèmes constitutionnels sont, de son fait, exposés publiquement et contradictoirement* ».

[2909] Olivier JOUANJAN, *Justice et espace public (…)*, op. cit., p. 211.

[2910] Olivier JOUANJAN, *Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ?*, op. cit., p. 88. Dans le même sens, Stéphane RIALS considère qu'une reconnaissance des opinions dissidentes permettrait « *le parachèvement de checks and balances sophistiqués, l'ultime apport d'une ingénierie politique désacralisée qui a su briser l'idolâtrie de la loi et doit éluder désormais celle de la décision juridictionnelle* », *Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme*, LE DÉBAT, n°64, 1991, p. 181.

constitutionnel] *se distingue, au contraire, par son acceptation de « l'esprit du temps »* »[2911]. Le besoin de permanence du droit constitutionnel s'inscrit dans une double logique antagoniste où se trouve ainsi mis en évidence ce que nous appellerons le dilemme interprétatif (**Sous-Section 1**). Á vrai dire néanmoins, une telle présentation enferme le débat dans une fausse dualité. Il est ainsi tout à fait possible pour le juge constitutionnel de ne pas adopter la méthode littéraliste, tout en refusant de n'être que le porte-voix des desiderata de l'opinion publique. Contrairement à ce que pense par exemple Ronald Dworkin[2912], l'évolution de la société ou l'état de l'opinion publique auxquels se réfère le juge sont bien une réalité mais « *une réalité construite* »[2913] (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. Le dilemme interprétatif

L'interrogation sur les méthodes d'interprétation de la Constitution renvoie *in fine* à la question de l'activisme des juridictions suprêmes. Une vision historiciste qui ne voudrait voir dans le juge qu'un automate chargé de découvrir et d'appliquer l'intention des Constituants contribue ainsi de fait à nier la possibilité pour l'opinion publique d'être un acteur majeur du processus interprétatif (**Paragraphe 1**). Or, ainsi que l'avait souligné François Luchaire, « *la jurisprudence est d'autant plus féconde qu'elle sait s'éloigner de la pensée originelle des auteurs d'un texte ; à cet égard, il faut considérer que plus le temps passe et moins l'interprète se sent lié par l'intention des auteurs du texte* »[2914]. Ce qui ne veut pas dire que les juridictions suprêmes doivent rompre nécessairement avec les précédents qu'elles ont contribué à façonner. Mais ceux-ci doivent se comprendre comme un moyen au service d'une fin : « *la réverbération du passé sur le futur* »[2915]. S'ouvre alors

---

[2911] Dominique Rousseau, *Les constitutionnalistes, les politistes et le « renouveau » de l'idée de Constitution*, in curapp, *Droit et politique*, Paris, puf, 1993, p. 41. L'auteur vise explicitement le Conseil constitutionnel mais sa formulation s'applique, nous semble-t-il, au travail juridictionnel de l'ensemble des juridictions constitutionnelles.

[2912] « *Tout le monde sait que l'opinion publique est une cause puissante de changement de l'opinion judiciaire* », *Un pontificat laïc. Débats*, op. cit., p. 128.

[2913] Michel Troper, *Le réalisme et le juge constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, p. 130.

[2914] *De la méthode en droit constitutionnel*, rdp, n°2-1981, p. 318.

[2915] François Rigaux, *Une machine à remonter le temps : la doctrine du précédent*, in Ost François et Van Hoecke Mark (Dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 72. L'auteur précise : « *qu'il soit juge ou législateur, celui dont la décision ou la norme est exposée à un contrôle de légalité pour le premier, de constitutionnalité pour l'un ou pour l'autre, va utiliser les précédents à la principale fin de deviner le futur* », pp. 72-73.

un champ des possibles élargi qui pointe du doigt une ambiguïté profonde : en s'émancipant d'une logique formelle qui posait le droit comme une réalité objective que le juge ne ferait que découvrir, la pensée réaliste, notamment américaine[2916], a permis la reconnaissance de la nécessité de l'interprétation afin que la Constitution devienne un acte vivant. Mais cette avancée théorique n'a-t-elle pas conduit le juge constitutionnel à s'inféoder à un nouveau maître : l'opinion publique (**Paragraphe 2**) ?

Paragraphe 1. La doctrine de l'intention originelle ou la négation de l'opinion publique dans le processus d'interprétation

La doctrine de l'intention originelle (*original intent*)[2917], que l'on retrouve également dans une version plus modérée sous le nom d'*original meaning*[2918], renvoie à un certain nombre de controverses bien connues des constitutionnalistes. Apparue à l'occasion de la célèbre affaire Dred Scott rendue par la Cour suprême américaine[2919], la thèse originaliste conçoit l'interprétation comme un acte de connaissance et contribue à la présentation d'un droit constitutionnel qui serait « *un droit intertemporel* »[2920] : ainsi, dans leur souci de lutter contre un prétendu activisme judiciaire de la Cour suprême américaine, les originalistes défendent une

---

[2916] Comme l'écrivait le juge Holmes, « *les mots de la Constitution demandent qu'il soit donné vie à un être dont le développement ne pouvait pas être mesuré par ceux qui, aussi doués qu'ils pouvaient être, lui ont donné naissance* », Missouri v. Holland, 252 US 416, 1920.

[2917] Cette thèse, aussi appelée originaliste, est notamment défendue par le juge Robert Bork selon qui « *le vide théorique qui caractérise la loi constitutionnelle rend celle-ci instable, comme un navire à la voilure imposante et à la quille étroite, à la merci des vents et des modes intellectuelles et morales que l'interprétation condense en principes juridiques fondamentaux* », *Tradition and morality in constitutional law*, in Cannon Mark and O'brien David (Dir.), *Views from the bench : the judiciary and constitutional politics*, Chatham, NJ, Chatham House, 1985, p. 166, cité par Karen Bird, *L'impossible réglementation des propos à caractère raciste aux États-Unis*, rfdc, n°46, 2001, p. 269.

[2918] En effet, il convient de préciser que « *la recherche de l'original meaning n'a pas tout à fait la même portée : elle implique simplement que l'on détermine quel sens vraisemblable pouvait avoir une disposition lorsqu'elle avait été adoptée : on s'intéresse plutôt à ce que voulaient dire les formules des Framers qu'à ce que ceux-ci voulaient faire* », Philippe Raynaud, *Marbury v. Madison et l'original intent : réflexions sur quelques débats contemporains*, in Zoller Élisabeth (Dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Dalloz, 2003, p. 188.

[2919] Qui réaffirma en 1858 la constitutionnalité de l'esclavage au motif que les noirs étaient considérés par les Pères fondateurs comme « *une race d'être subordonnés et inférieurs, qui avaient été assujettis par la race dominantes et qui, émancipés ou pas, demeuraient sous son autorité, sans droits, ni privilèges autres que ceux que les titulaires du pouvoir et du gouvernement pouvait choisir de leur accorder* […] *Le devoir de la Cour est d'interpréter le texte qu'ils ont élaboré, au regard du meilleur éclairage que l'on puisse obtenir sur le sujet, et de l'appliquer tel qu'on le trouve, en fonction de la véritable finalité et signification qu'il avait lorsqu'il a été adopté* », opinion du président Taney sous Dred Scott v. Standford, 60 US 393, 1856, p. 405.

[2920] Élisabeth Zoller, *Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps*, droits, n°30, 2000, p. 109.

position éminemment conservatrice[2921], qui « *hypertrophie le texte vierge, brut pour ainsi dire, au détriment du texte déjà interprété par le juge dans ses arrêts* »[2922]. La méthode du juge se résume donc à interpréter un texte, qui dans son ensemble est conçu comme clair, et qui, en cas de dispositions obscures, nécessite une réflexion sur l'intention de ses auteurs[2923]. En d'autres termes, cette doctrine estime que l'interprétation du texte renvoie nécessairement à la recherche de l'intention de ses auteurs, même si pour cela il convient de réfuter la polysémie des termes, ainsi que le contexte dans lequel les dispositions juridiques ont été adoptées. La Constitution est « littéralement » sacralisée[2924].

Surtout, une telle position refuse l'hypothèse de l'adaptation du texte constitutionnel aux évolutions de la société. Dans son opinion sous DRED SCOTT V. STANDFORD, le juge TANEY est on ne peut plus explicite sur la question : « *Personne, nous présumons, ne suppose que n'importe quel changement dans l'opinion ou le sentiment public,* […], *dans les nations civilisées de l'Europe ou dans ce pays, devrait conduire la Cour à donner aux mots de la Constitution un sens plus libéral en leur faveur que celui qui avait été prévu quand l'instrument a été encadré et adopté. Un tel argument serait tout à fait inadmissible pour n'importe quel tribunal invité à l'interpréter. Si une quelconque de ses dispositions est considérée comme injuste, il y a un mode prescrit dans l'instrument lui-même par lequel il peut être*

[2921] Ainsi, au cours d'une controverse l'opposant au juge BREYER, le juge SCALIA, défenseur d'une interprétation littérale de la Constitution, affirme-t-il : « *Ma propre théorie de ce que je fais quand j'interprète la Constitution américaine c'est que j'essaie de comprendre ce qu'elle voulait dire, la manière dont elle était comprise par la société lorsqu'elle a été adoptée. Et je ne crois pas que cette signification ait changé depuis* », *A conversation between US Supreme Court Justices*, 3 International Journal of Constitutional Law, 519, 2005, cité par Charles H. BARON, *La théorie de l'intention originelle, la sincérité dans la rédaction des opinions des juges et les références à des sources juridiques étrangères dans le processus d'interprétation de la Constitution aux États-Unis*, Mélanges Troper, op. cit., p. 113. Sur ce point, on peut également mentionner la position de DWORKIN qui rappelle combien, sur la question de la ségrégation raciale ou sur celle de l'avortement, la position des Pères fondateurs est ambiguë et incompatible avec l'acception moderne de l'égalité des citoyens devant la loi par exemple : ainsi, « *bon nombre de convictions pratiques* [des Pères fondateurs] *sont en contradiction avec l'intention plus théorique des rédacteurs d'établir une société où tous les citoyens seraient égaux* », *Controverse constitutionnelle*, POUVOIRS, n°59, 1991, p. 14.

[2922] Élisabeth ZOLLER, *Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps*, op. cit., p. 110.

[2923] Denys DE BÉCHILLON indique dans ce sens : « *on peut ne pas y croire – c'est mon cas -, mais il faut observer que telle est bien l'épistémologie naïve sur laquelle est bâtie la rhétorique ordinaire que suscite l'appréhension courante de la règle de droit* », *Huit manières de se demander si l'interprète est libre*, IN MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *L'interprétation constitutionnelle*, op. cit., p. 28.

[2924] Ainsi le juge MARSHALL pouvait-il s'exclamer que « *la Constitution n'a pas d'âge, elle est faite pour atteindre l'immortalité dans la mesure où les institutions humaines peuvent elles-mêmes atteindre l'immortalité. Son chemin n'est pas toujours sans embûches ; des tempêtes s'élèvent sur son chemin et les constituants auraient fait preuve d'un grand manque de sagesse s'ils n'avaient pas prévu d'assurer sa sauvegarde* », COHENS V. VIRGINIA, 19 US 264, 1821. Pour une réflexion plus générale sur les rapports entre le temps et la notion de Constitution, cf. Sébastien BÉNÉTULLIÈRE, *Le temps et le droit constitutionnel (…)*, précité.

modifié ; mais tant qu'il reste inchangé, il doit être interprété de la manière dont on le comprenait à l'heure de son adoption. Ce n'est pas seulement le même texte dans ses mots, mais également dans son esprit ; il continue de déléguer les mêmes prérogatives au gouvernement, et il continue de réserver et garantir les mêmes droits et privilèges au citoyen ; et tant qu'il continue à exister sous sa forme actuelle, il parle non seulement dans les mêmes mots, mais avec la même signification et la même intention avec lesquelles il a parlé lorsque, sortie des mains de ses rédacteurs, il a été voté et adopté par le peuple des États-Unis. N'importe quelle autre règle d'interprétation abroge le caractère juridique de cette Cour, en en faisant le seul réflexe de l'opinion ou de la passion populaire du jour. Cette Cour n'a pas été créée par la Constitution pour de tels buts. Elle a été investie d'une haute et solennelle confiance et elle ne doit pas hésiter sur le chemin du devoir »[2925]. L'opinion publique est donc appréhendée ici dans son acception la plus péjorative qui soit : elle est la masse des opinions moyennes, soumise aux passions, et son empire risquerait de porter atteinte à la garantie des droits fixée par la Constitution. La volonté populaire s'est déjà exprimée dans la Constitution et il ne saurait être question, d'une part que le Législateur, sous l'influence de l'opinion publique, y porte atteinte, d'autre part que le juge décide de faire primer lui-même la volonté de l'opinion publique sur le texte même de la Constitution. S'y soumettre reviendrait à favoriser un despotisme judiciaire qui, *in fine*, prendrait la forme d'une tyrannie de l'opinion.

Ayant le mérite de la simplicité et exposant un argument *a priori* démocratique – le refus de confier au juge constitutionnel un pouvoir d'appréciation supérieur au constituant originaire - cette doctrine de l'interprétation littérale demeure pourtant rarissime concernant l'interprétation des articles de la Constitution. Plusieurs arguments peuvent être avancés. Tout d'abord, ainsi que le souligne Stephen Breyer, « *les juges plutôt « originalistes » peuvent difficilement appeler les Pères Fondateurs en renfort de leur interprétation, dans la mesure où ceux-ci n'ont pas précisé sur quels critères les juges devaient interpréter leur texte* »[2926]. Supposer un consensus entre les Pères Fondateurs sur ce point apparaît comme profondément délicat tant eux-mêmes semblaient par

---

[2925] Décision précitée. Comme l'explique Élizabeth Zoller, « *la Cour est dans l'ensemble restée assez fidèle à la philosophie exposée dans la funeste affaire Dred Scott. Elle s'en est tenue à la lettre du texte et a fait prévaloir les commandements inexorables de la Constitution sur « les nécessités du moment »* », *Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, p. 151.

[2926] *Pour une démocratie active*, op. cit., p. 158. Dans le même sens, Dominique Custos souligne que « *la recherche de l'intention originelle qui correspond à une incursion dans l'histoire est affectée par le degré de fiabilité des sources exploitées. Or, en l'occurrence, la fiabilité des recueils des travaux des rédacteurs de la Constitution est remise en cause* », *La Cour suprême et la liberté d'avortement*, RDP, n°5-1995, p. 1128.

exemple en désaccord avec la nécessité d'inclure une déclaration des droits dont on sait qu'elle est un support indispensable aujourd'hui à la protection des droits des citoyens. De même est-il facile de rétorquer aux tenants de la conception originaliste que, très rapidement, les acteurs du système juridique purent interpréter librement la Constitution américaine. Le choix de George WASHINGTON de ne pas se représenter en 1796 à la présidence américaine aux termes de deux mandats contredit explicitement l'intention des Pères fondateurs qui considéraient que le Président serait et devait être réélu tant que la Nation l'estime digne de confiance (Fédéraliste, n°68). Comme peut l'écrire James BRYCE, une telle interprétation fut possible car certains des problèmes « *ne pouvaient être résolus par l'interprétation ou par construction, quelque libéralement extensive qu'elle pût être, parce qu'il n'y avait rien dans les termes de la Constitution qui permit de déduire une pareille interprétation, et parce que c'étaient dans quelques cas des matières qui, bien que très importantes, ne pouvaient pas être appuyées sur un principe, mais devaient être réglées par une détermination arbitraire* »[2927]. Il existe donc des cas où la Constitution est muette : mais « *ce dernier cas présente peu de difficultés. L'usage et la législation peuvent élargir la Constitution de n'importe quelle manière, ils sont soumis au contrôle de l'opinion publique* »[2928]. Il peut donc exister des conventions de la Constitution[2929] qui « heurtent » l'intention originelle des auteurs de la Constitution, même si l'on peut toujours considérer, en l'espèce, que l'interprétation du premier Président américain est également fondatrice et créatrice d'un certain « esprit » de la Constitution, d'ailleurs constitutionnalisé par le XXème amendement en 1947. Quoi qu'il en soit, toute référence aux travaux préparatoires s'avère nécessairement « *une rhétorique d'argumentateur parmi d'autres, pour soutenir telle ou telle interprétation de la Constitution, conformément à l'attente non du monde tel qu'il fut, mais du monde d'aujourd'hui, selon la vision de l'interprète* »[2930].Cette position est également

---

[2927] *La République américaine, T. I*, op. cit., p. 570.

[2928] Ibid., p. 577.

[2929] L'expression est naturellement empruntée à DICEY avec qui BRYCE entretenait une correspondance active. Rappelons que pour DICEY, « *les conventions sont des règles non écrites qui « définissent la façon dont les pouvoirs discrétionnaires de la Couronne (ou des ministres en tant que serviteurs de la Couronne) doivent être exercés ». Plus précisément, leur objet est de faire exercer par les ministres responsables, conformément aux principes du gouvernement représentatif, les pouvoirs légaux formellement détenus par la Couronne* », Pierre AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, op. cit., p. 106. Pour une analyse critique des positions des deux auteurs, cf. Alessandro PACE, *Constitutions rigides et Constitutions souples*, Mélanges Escarras, *La communicabilité entre les systèmes juridiques*, op. cit., pp. 345-361.

[2930] Gustavo ZAGREBELSKY, *Cinquante ans d'activité de la Cour constitutionnelle italienne*, op. cit., p. 137. L'ancien Président de la Cour constitutionnelle italienne constate ainsi que « *l'idée de remonter dans le temps pour établir des significations certaines, des intentions des hommes et de leurs paroles, n'aurait d'autre effet que de faire reculer dans le temps nos doutes et nos divergences actuelles, en ne les attribuant pas à nous mais à nos*

transposable au modèle français. Le Conseil constitutionnel, s'il lui est déjà arrivé de faire référence à l'intention des constituants de 1958[2931], s'y hasarde assez peu. Comme le souligne Jean-Michel BLANQUER, « *les conditions particulières d'élaboration de la Constitution de 1958 ont ôté toute légitimité à cette référence. Les travaux du comité préparatoire, non élu, étaient secrets* »[2932]. Dès lors, pour reprendre la formule du Doyen VEDEL, il est sans doute possible de considérer les auteurs de la Constitution de 1958 comme « *les écrivains de la Constitution* »[2933] mais le seul constituant demeure le peuple français.

La théorie de l'intention originelle s'expose également à une critique théorique forte, partagée tant par les réalistes que par Ronald DWORKIN, qui repose sur le fait qu'il est impossible au juge de recourir à une méthode objective pour déterminer l'intention de l'auteur du texte. D'une part, la théorie originaliste postule qu'il existe une seule et unique bonne réponse qui consisterait à respecter l'intention des constituants. Or, ainsi que le souligne Olivier CAYLA, « *une distance infranchissable sépare toujours le sens littéral des énoncés qu'il profère de la force intentionnelle que son acte d'énonciation déploie sur son interlocuteur, et opacifie ainsi irrémédiablement toute communication naturelle et intersubjective : car nécessairement, ce n'est jamais dans le texte des énoncés que peut se lire l'intention effectivement nourrie par l'interlocuteur* »[2934]. Le droit est donc un ensemble de normes,

---

prédécesseurs. Ce qui ne favoriserait pas du tout la stabilité et la certitude du droit », p. 138.

[2931] Dans une décision n°11 DC du 20 janvier 1961, LOI RELATIVE AUX ASSURANCES MALADIE DES EXPLOITANTS AGRICOLES, le Conseil déclare que l'interprétation qu'il donne de l'expression « charge publique » énoncée à l'article 40 de la Constitution « *est confirmée tant par les débats du Comité consultatif constitutionnel que par le rapprochement entre les termes de l'article 40 précité et ceux du projet de loi déposé le 16 janvier 1958 qui tendaient à la révision de l'article 17 de la Constitution du 27 octobre 1946* », Cons. 2. Il réitérera cette solution en considérant que, « *des travaux préparatoires de la Constitution, et notamment du fait que l'article 40 de cette dernière n'a pas repris les dispositions de l'article 35 de l'avant-projet de Constitution soumis au Comité consultatif constitutionnel le 29 juillet 1958, aux termes desquelles le Conseil constitutionnel aurait été appelé à intervenir avant l'achèvement de la procédure législative en cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l'assemblée intéressée, il résulte qu'un contrôle de la recevabilité de ces initiatives doit être mis en oeuvre au cours des débats parlementaires et effectué alors par des instances propres à l'Assemblée nationale et au Sénat* », décision n°77-82 DC du 20 juillet 1977 Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale et notamment de ses articles 2, 4, 6 et 7, Cons. 2.

[2932] *Les méthodes d'interprétation du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 144. Pierre AVRIL confirme ces propos puisque selon lui, « *dès lors que les délibérations gouvernementales, pas plus que celles du Comité consultatif constitutionnel ou l'avis du Conseil d'État, n'avaient fait l'objet d'une publicité officielle de nature comparable à celle qui entoure les travaux d'une assemblée constituante, leur valeur juridique était nulle* », *Les conventions de la Constitution*, op. cit., p. 56.

[2933] *Neuf ans au Conseil constitutionnel*, LE DÉBAT, n°55, 1989, p. 50.

[2934] *Les deux figures du juge*, op. cit., p. 168. Dans le même sens, Michel TROPER souligne que « *s'il y avait une « signification unique », alors l'interprétation serait vraie, si elle aboutissait à dégager cette signification. Mais pour savoir si elle est réellement parvenue à la dégager, il faudrait la connaître, ce qui n'est possible qu'au moyen d'une*

mais celles-ci n'acquièrent leur statut de norme qu'une fois interprétées par un acteur du système juridique. En d'autres termes, toute norme, parce qu'elle n'est que la signification d'un énoncé, exprime une pluralité de significations. Comme le dit Michel TROPER, à moins de dénier au juge un pouvoir d'interprétation[2935], force est de considérer qu'il « *n'existe pas de signification objective susceptible d'être connue* »[2936], fût-ce-t-elle l'intention des Constituants. D'autre part, le Constituant (de même que le Législateur) est un être abstrait ou collectif qui ne se laisse pas réduire aux membres qui le composent. Et quand bien même il serait possible de recenser l'ensemble des opinions individuelles, la multiplicité des points de vue obligerait le juge à n'adopter qu'une vision théorique, voire fallacieuse, de l'intention des constituants[2937]. Comme l'indique Stephen BREYER, dans cette hypothèse, l'interprétation littéraliste ne saurait échapper au critère de subjectivité qu'elle reproche à l'activisme judiciaire[2938]. En invoquant un prétendu « sens originel », il se pourrait donc que l'originaliste, sous couvert d'objectivité, invente cela même qu'il prétend découvrir, et fasse passer ce qui relève de convictions idéologiques pour une norme incontestable et immuable. Dès lors, toute référence à un éventuel « esprit de la Constitution » apparaît comme fallacieuse au sens où la doctrine originalisate dispose que celui-ci existerait objectivement, en dehors de toute interprétation. Or, il apparaît évident que l'esprit de la Constitution n'est pas connaissable en soi, même si celui-ci peut néanmoins être construit au moyen d'interprétations[2939]. Une analyse du contentieux constitutionnel confirme d'ailleurs cette hypothèse. Ainsi, alors qu'en 1962, le Conseil constitutionnel s'était assigné une tâche volontairement limitée de régulateur des pouvoirs publics[2940], il a su démontrer à partir de 1971

interprétation, dont on ne pourrait établir qu'elle est elle-même vraie qu'en la comparant à une autre interprétation, et ainsi de suite », *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Coll. Léviathan, 2001, p. 88.

[2935] Puisqu'« *interpréter consiste à déterminer le sens à choisir entre plusieurs sens possibles* », *La motivation des décisions constitutionnelles*, op. cit., p. 298.

[2936] *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 333. Ce qui, de ce point de vue, remet en question la célèbre conclusion de Ronald DWORKIN sur l'idée qu'il existe nécessairement une bonne solution. Cf. Françoise MICHAUT, *La « bonne réponse » n'est-elle qu'une illusion ?*, DROITS, n°9, 1989, pp. 69-78.

[2937] La Cour suprême réfuta elle-même cette méthode d'interprétation dans la célèbre décision BROWN V. BOARD OF EDUCATION : « *pour l'analyse de ce problème, nous ne pouvons pas remonter l'horloge à 1868* […]. *Nous devons envisager l'enseignement public à la lumière de son développement complet, et de la place qu'il occupe aujourd'hui dans la voie américaine, partout dans notre Nation* », 347 US 483, 1954, p. 492.

[2938] *Pour une démocratie active*, op. cit., p. 166.

[2939] En ce sens, Alexandre VIALA, *L'esprit des Constitutions par-delà les changements*, IN VIALA Alexandre (Dir.), *La Constitution et le temps*, op. cit., p. 36.

[2940] Décision n°62-20 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 : « *il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a*

qu'il était bien davantage. Il est d'ailleurs notable qu'à l'exception du précédent de 1962, le Conseil constitutionnel, malgré l'invitation occasionnelle des parlementaires, évite aujourd'hui de se référer à un quelconque esprit de la Constitution de la Vème République[2941], sauf à démontrer que celui-ci a évolué depuis 1962 !

Enfin, la doctrine littéraliste apparaît comme extrêmement conservatrice et « *risque de saper l'effort de la Constitution pour créer un gouvernement démocratique, c'est-à-dire une forme de pouvoir qui, tout en protégeant les libertés individuelles fondamentales, permet aux citoyens de s'autogouverner, et de s'administrer efficacement. Et, en cela, elle est contraire à l'intention originelle des Pères Fondateurs eux-mêmes* »[2942]. La théorie de l'intention originelle se heurterait donc à une sorte de contradiction performative, puisque les Pères Fondateurs, conscients de ne pouvoir anticiper les évolutions culturelles et sociales auraient laissé aux juges le soin de penser leur application à un contexte par définition changeant. Se référer à l'intention des Constituants obligerait alors à ne pas négliger les aspirations d'évolution du droit portées par la société[2943].

Paragraphe 2. La Constitution vivante ou le juge constitutionnel soumis à l'opinion publique

---

entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale », Cons. 2. Stéphane Pierré-Caps a raison de souligner que cette invocation « *ne pouvait guère prêter à conséquence eu égard à ce qu'était à l'époque le Conseil constitutionnel, d'autant qu'il s'agissait de fonder son incompétence à contrôler la constitutionnalité de la loi référendaire adoptée. Il n'en va évidemment plus de même en 1992, où une telle référence se serait inscrite dans un tout autre contexte* », *L'esprit des Constitutions*, Mélanges Pactet, op. cit., p. 388. En d'autres termes, l'objectivation de l'esprit de la Constitution masque mal l'ampleur du pouvoir d'interprétation du juge en la matière, ainsi que la prise en compte de contraintes politiques dans la décision juridictionnelle.

[2941] Cf. par exemple la décision n°85-197 DC du 23 août 1985 Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie où les auteurs de la saisine estimaient à propos de l'article 10 de la Constitution que « *dans l'esprit de la Constitution, il est clair qu'il s'agit, pour le Président de la République, non pas d'intervenir dans la procédure parlementaire, mais seulement d'inviter le Parlement, par un acte solennel, à reconsidérer une loi sur laquelle le Président de la République a une opinion défavorable* », Cons. 9. Certains auteurs ont néanmoins tenté de reconstruire les solutions du juge à partir d'un supposé « esprit de la Constitution » tout en négligeant ces difficultés théoriques, cf. Pierre Mouzet, *Les manifestations contentieuses de l'« esprit de la Constitution » de 1958*, rdp, n°5-2004, pp. 1244-1290.

[2942] Stephen Breyer, *Pour une démocratie active*, op. cit., p. 175.

[2943] James Bryce considère ainsi que « *la Constitution américaine s'est nécessairement transformée ; elle s'est transformée d'après l'esprit dans lequel les hommes la considèrent, et par suite, selon son propre esprit* », *La République américaine, T. I*, op. cit., p. 580.

« *La Constitution vivante est l'expérience quotidienne des Cours* »[2944]. Les propos de Gustavo ZAGREBELSKY mettent ici l'accent sur l'idée que les normes juridiques ne sont pas figées mais qu'elles s'adaptent à l'évolution des sociétés qu'elles régissent[2945]. Il revient donc au juge d'adapter le texte aux exigences de l'opinion publique, doit-il pour cela rompre avec le texte tel qu'il est écrit ou tel qu'il était pensé par ses rédacteurs. En d'autres termes, « *le traitement interprétatif de la Constitution et l'intégration de la « réalité » se font dans une dynamique temporelle. Le juge de la loi prend en compte les effets prévisibles des principes constitutionnels sur la société d'aujourd'hui* »[2946]. Même un auteur positiviste comme Otto PFERSMANN reconnaît d'ailleurs que « *partout le juge, et, plus largement les organes d'application, tiennent compte du fait que les mœurs, les conceptions, les valeurs, le sens des mots changent, que ce qui était concevable ou évident à tel moment ne l'était plus aujourd'hui. Ce fait du changement n'est que rarement explicitement invoqué, mais il rend compréhensible ce qui demeure souvent implicite dans les motivations* »[2947]. L'attitude du juge se veut donc réaliste[2948], en ce que celui-ci prétend prendre en compte le contexte social dans son activité interprétative. La définition du droit qui en découle rompt alors avec la doctrine classique de l'interprétation, caractérisée par le célèbre syllogisme judiciaire, puisque, d'une part, on peut considérer que la vie du droit est faite d'expérience vécue autant que de logique[2949] et que,

---

[2944] Gustavo ZAGREBELSKY, *Cinquante ans d'activité de la Cour constitutionnelle italienne*, op. cit., p. 137.

[2945] Dans le même sens, Aharon BARAK considère que « le rôle du juge consiste à comprendre quel est l'objectif du droit dans la société et à œuvrer pour l'atteindre. Mais le droit d'une société est un organisme vivant ; il est fondé sur une réalité factuelle et sociale donnée qui évolue de manière constante. […] dans la plupart des cas, la modification du droit résulte de l'évolution de la réalité sociale. Il est bien évident que lorsque la réalité sociale change, le droit doit lui aussi changer. Si l'évolution de la réalité sociale est une réalité de la vie, la capacité de s'adapter à l'évolution de la réalité sociale est, quant à elle, la vie du droit », L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge (…), op. cit., pp. 231-232.

[2946] Didier RIBES, *Le réalisme du Conseil constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, p. 137.

[2947] *De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution*, Mélanges Pactet, op. cit., p. 359. Toutefois, l'auteur ajoute que « *si l'on peut comprendre la pression factuelle, il est plus difficile de l'expliquer en termes proprement juridiques.* […] *On dira par exemple que c'est une interprétation évolutive ou créatrice ou audacieuse, mais bien une interprétation et non un changement de la règle appliquée* ».

[2948] L'approche réaliste renvoie à deux courants : le réalisme « américain » et le réalisme « scandinave ». Malgré leurs différences, il est possible de trouver certains point communs, notamment en ce que ces deux approches reposent sur « *une volonté de partir d'une description empirique des fait juridiques observables (le droit existant réellement) qui le conduit à privilégier la décision de justice et le contexte social de sa production, prise en compte de la psychologie, critique du langage, scepticisme à l'égard des règles (réalisme américain) ou déconstruction de la conception idéaliste des normes (réalisme scandinave)* », Éric MILLARD, *Réalisme*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1297.

[2949] Chief Justice HOLMES explique ainsi que « *la vie du droit, ce n'est pas la logique mais l'expérience. Ce qui est ressenti comme nécessité à une époque, les théories morales et politiques dominantes, les intuitions de politique*

d'autre part, le droit n'est autre que la capacité de prévoir ce que les tribunaux vont décider[2950]. L'agir juridictionnel s'inscrit ainsi dans une double démarche : un scepticisme par rapport à la règle de droit, qui n'est qu'un simple énoncé de forme grammaticale couché sur du « papier », et une volonté d'accumuler des informations factuelles et statistiques permettant d'identifier les besoins sociaux, le droit ayant *in fine* pour fonction d'organiser rationnellement les moyens d'y satisfaire[2951]. Dans une version radicale de cette thèse- comme on peut la trouver chez Roscoe POUND -, il est alors aisé de considérer que le droit n'est finalement que l'expression de la conscience de la société, pour peu que cette dernière soit homogène[2952]. Il n'est donc pas surprenant de lire sous la plume du juge FRANKFURTER que la Cour suprême américaine doit se conformer à « *ce consensus de l'opinion publique qui, pour les besoins du « due process », est le critère enjoint par la Constitution* »[2953]. Le lien qui unit le juge à l'opinion publique est toutefois ambigu. Le juge constitutionnel doit certes s'y soumettre, mais il joue également un rôle primordial dans l'évaluation des demandes de la société. C'est en effet lui qui, par un travail qui relève davantage de la sociologie que du droit, étudie la société dans laquelle il s'insère et écoute les doléances de la population afin de mieux les restituer. Justice JACKSON peut ainsi écrire qu'une « *opinion publique soutenue pendant longtemps ne manque pas d'influencer le processus d'interprétation constitutionnelle. Chaque nouveau membre du personnel sans cesse renouvelé de nos tribunaux amène à ses fonctions les suppositions, les hypothèses et les pensées familières d'une période ultérieure. Le jeu pratique des forces politiques est tel que le pouvoir judiciaire a souvent retardé, mais jamais mis en échec*

---

publique, avouées ou inconscientes, et même les préjugés que les juges partagent avec leurs concitoyens jouent un plus grand rôle que le syllogisme, dans la détermination des règles qui doivent servir au gouvernement des hommes », *The Common Law*, Londres, 1881, p. 1, cité par Françoise MICHAUT, *Le rôle créateur du juge selon l'École de la « Sociological Jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit*, RIDC, n°2-1987, p. 352.

[2950] « *La prédiction de ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus extraordinaire, voilà ce que j'appelle le droit* », Oliver Wendell HOLMES, *The Path of Law*, 1897, cité par François MICHAUT, *États-Unis (grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine)*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 662.

[2951] On retrouve ici les préceptes du courant de la « sociological jurisprudence » dont les principaux auteurs furent Oliver Wendell HOLMES (1841-1935), Roscoe POUND (1870-1964), Benjamin CARDOZO (1870-1938), Louis BRANDEIS (1856-1941) et Felix FRANKFURTER (1882-1965).

[2952] Cette idée n'est pas ignorée des constitutionnalistes français. Outre Léon DUGUIT, on trouve chez Maurice HAURIOU l'hypothèse selon laquelle « *l'effet des idées qui circulent parmi les hommes, qui leur sont inculquées par l'éducation, répétées dans les conversations, ressassées dans les journaux, est de créer des mentalités, c'est-à-dire des manières de penser qui deviennent instinctives.* […] *C'est sur leur mentalité que repose le consentement coutumier que les hommes accordent aux institutions de leur pays.* […] *Les institutions de l'ordre social dépendent de la majorité de la population* », *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 67.

[2953] FRANCIS V. RESWEBER, 329 US 459, 417, 1947.

de manière permanente la volonté persistante d'une majorité substantielle »[2954]. En d'autres termes, par l'intermédiaire du juge, le droit s'adapte aux changements permanents des faits[2955]. L'argumentaire se veut aussi démocratique : le juge dispose certes d'un pouvoir d'interprétation mais celui-ci serait encadré par les réalités sociales, les évolutions de l'opinion publique. Ronald DWORKIN, qui ne partage pas entièrement cette conception réaliste, peut néanmoins écrire qu'« *Hercule* [l'idéaltype du juge interprétant un texte en usant de sa raison] *n'est pas un tyran usurpateur qui essaie de tromper le peuple et le dépouiller de son pouvoir démocratique* »[2956].

Force est de constater que l'analyse des jurisprudences confirme *a priori* cette conception. Nombreuses sont les juridictions[2957] à avoir ainsi explicitement affirmé que le texte qui fonde leur contrôle « *est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* »[2958]. Toutefois, il ne s'agit pas simplement de déclarations péremptoires. Les Cours ont en effet trouvé là une forme de motivation décisive quant aux critiques mettant en exergue leur trop

---

[2954] *Maintaining Our Freedoms : The Role of The Judiciary*, Delivered to the American Bar Association, Mass., 24 août 1953, cité par Louis FISHER et Nada MOURTADA-SABBAH, *La Cour Suprême des États-Unis: interprète souverain de la Constitution?*, RDP, n°4-2002, p. 1244. Dans le même sens, Aharon BARAK considère que « *le juge doit refléter les croyances de la société, même si elles ne lui sont pas personnelles. Il exprime les valeurs fondamentales de la Constitution telles qu'elles sont comprises dans la culture et les traditions du peuple dans son progrès à travers l'histoire. Le juge se fait miroir des principes fondamentaux du peuple et du credo national plutôt que de ses croyances personnelles. De cette manière il met en œuvre le Constitution et la démocratie* », *L'exercice de la fonction juridictionnelle vue par un juge (…)*, op. cit., p. 245.

[2955] La conception sociologique du droit postule ainsi que « *la règle doit toujours s'incliner devant la pratique, les mœurs, l'opinion publique. Elle ne pourrait, d'ailleurs, leur résister :le droit est impuissant à défendre la morale. Le fait dicte le droit* », Christian ATIAS et Didier LINOTTE, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D., 35ème Cahier, Chron., 1977, p. 253.

[2956] *L'empire du droit*, op. cit., p. 433. Michel TROPER souligne à juste titre que « *Dworkin est précisément un auteur difficile à classer et c'est d'ailleurs ce qui fait l'intérêt de son travail* », *Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin*, Droit et société, n°2, 1986, p. 54.

[2957] La Cour constitutionnelle fédérale allemande déclare par exemple que « *le sens d'une disposition de la Constitution peut, il est vrai, évoluer si, dans son domaine, des faits nouveaux, non prévus, surviennent ou si des faits connus apparaissent avec une nouvelle portée ou une nouvelle signification du fait de leur insertion dans une évolution d'ensemble* », 1er juillet 1953, BVerfGE, T. 2, p. 380, cité par Michel FROMONT, *La Cour constitutionnelle fédérale et le droit*, DROITS, n°11, 1990, p. 123. Le Tribunal de Karlsruhe semble toutefois particulièrement critiqué pour certaines de ses jurisprudences libérales dont une partie de la doctrine considère qu'elles sont parfois en décalage avec l'opinion publique allemande, cf. Adolf KIMMEL, *Une crise de la Cour constitutionnelle fédérale ?*, POUVOIRS, n°79, 1996, pp. 147-152.

[2958] CEDH, 25 avril 1978, TYRER C. ROYAUME-UNI, § 31. Il n'est pas dans notre propos de revenir ici sur la controverse concernant le caractère constitutionnel ou non de la Cour de Strasbourg. Pour une réflexion qui entretient l'idée d'une antinomie, cf. Louis FAVOREU, *Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des Cours constitutionnelles*, Mélanges Dubouis, *Au carrefour des droits*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 35-45 et Jean-François FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ?*, RFDC, n°36, 1998, pp. 711-728.

grand pouvoir d'interprétation. Ainsi, tout revirement de jurisprudence, particulièrement dans ce que Ronald DWORKIN appelle les « hard cases », peut se justifier par l'adaptation nécessaire de la jurisprudence à l'état de la société. Plusieurs exemples peuvent être cités. Concernant la Cour suprême américaine, la doctrine considère généralement que « *la Cour précède (décisions en matière de quotas raciaux par exemple) ou suit (décisions en matière d'avortement) les mouvements majeurs de l'opinion mais sa jurisprudence apparaît presque toujours sur une longue période en harmonie avec le sentiment populaire* »[2959]. En l'occurrence, les décisions ROE V. WADE (relative à l'avortement) ou REGENTS OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA V. BAKKE (concernant la politique d'*Affirmative action*) font pourtant l'objet de critique sévères. Ces dernières ont, en effet, été l'occasion pour certains auteurs de voir la Cour suprême comme un véritable législateur en ce qu'elle a pu imposer des règles sans que le Congrès n'en ait réellement débattu[2960]. Ce sont donc bien les méthodes d'interprétation qui sont ici en causes, et notamment la prise en compte de valeurs dans le contrôle de constitutionnalité. En d'autres termes, la position du juge constitutionnel peut-elle être appréhendée et évaluée au regard de l'« *étalon du juste* »[2961] ? Le juge constitutionnel peut-il imposer sa propre conception du juste ou le monde abstrait des normes entretient-il un « *rapport d'adhérence* »[2962] avec la réalité sociale ? Mais dans cette hypothèse, le juge constitutionnel est-il soumis à l'existence d'un consensus ? Doit-on considérer que « *le social est la cause du jugement* »[2963] ? Auquel cas, la seule conclusion possible serait que « *la Cour suprême répond de ses décisions devant l'opinion publique américaine. C'est, en dernier ressort, la limite essentielle à sa liberté*

[2959] Guy SCOFFONI, *Justice constitutionnelle et démocratie aux États-Unis*, CRISES, n°4-1994, p. 162. Dans le même sens, Pierre VIALLE écrit que « *si elle* [la Cour suprême] *donne l'impression que seule compte sa propre volonté, que les positions adoptées par les autres branches du gouvernement et le sentiment de l'opinion publique ne sont d'aucun poids, elle risque de créer une crise institutionnelle, qui la mettra inévitablement en question* », *La Cour suprême et la représentation politique aux États-Unis*, Paris, LGDJ, T. 47, 1972, p. 21.

[2960] « *Certaines cours étrangères sont amenées à cause des particularités de la procédure à examiner la plupart des lois et à prendre des décisions, qui seront transmises aux cours inférieures et aux administrations, de sorte qu'elles sont non seulement des co-législateurs, mais des législateurs à part entière. La jurisprudence de la cour américaine, dite affirmative action, offre un bon exemple d'une telle législation* », Michel TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratie*, RFDC, n°1-1990, pp. 38-39.

[2961] Pierre BOURETZ, *Prendre le droit au sérieux : de Rawls à Dworkin*, IN *La force du droit*, op. cit., p. 78.

[2962] Jacques CHEVALLIER, *L'ordre juridique*, IN *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983, pp. 7-49, cité par Yann AGUILA, *Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle*, RFDC, n°21-1995, p. 44. Comme l'a rappelé Michel TROPER, lorsque l'on raisonne en théorie du droit, on ne peut que conclure que, si le contenu du droit peut revêtir une signification morale, les méthodes d'interprétation, elles, sont nécessairement amorales.

[2963] Marie-Anne FRISON-ROCHE, *L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence*, RRJ, n°4-1993, p. 1276.

d'action »[2964]. Reste en outre à interroger le contenu de ce consensus. Celui s'impose-t-il au juge ou ce dernier le construit-il ? Le cas échéant, comment le mesure-t-il[2965] ? Une décision récente relative à l'abolition de la peine de mort pour les mineurs illustre parfaitement les hésitations de la Cour. La juridiction américaine s'est ainsi efforcée de justifier le revirement de jurisprudence par l'existence d'un large consensus sur la question[2966]. Mais, par une incise où elle affirme qu'« *à la fin, notre propre jugement s'appliquera sur la question de la compatibilité de la peine de mort avec le huitième amendement* »[2967], la Cour démontre que « *l'existence d'un consensus n'est qu'une raison subsidiaire pour abolir la peine de mort pour les mineurs, l'opinion des juges devant de toutes façons primer sur le reste* »[2968]. La Cour suprême oscille ainsi entre la révérence faite à l'opinion publique, qui transforme l'interprétation en un acte de connaissance, et la volonté d'interpréter de manière autonome le texte constitutionnel[2969].

[2964] Pierre VIALLE, *La Cour suprême et la représentation politique aux États-Unis*, op. cit., p. 22. L'auteur ajoute ensuite que « *dans le régime américain, la pression de l'opinion publique sera toujours présente pour rappeler le pouvoir judiciaire à plus de modestie. Dans un pays où la liberté de l'information et les moyens de communications sont ceux que connaissent les États-Unis, la Cour suprême est limitée par l'existence du milieu démocratique dans lequel elle assume ses fonctions* », p. 24.

[2965] Edmond ORBAN pose clairement les termes du problème : certains auteurs affirment que la Cour « *a anticipé un consensus nouveau, des valeurs nouvelles, une coalition nouvelle qui, cette fois, sont relativement progressistes en comparaison du passé. Mais il est exceptionnel qu'une Cour suprême anticipe de la sorte dans une société qui se caractérise par le pluralisme des groupes* […] », *La Cour suprême des États-Unis et le processus démocratique*, RDP, n°1-1990, p. 39.

[2966] ROPER v. SIMMONS, 03-633 (2005), 1er mars 2005. Selon la Cour, « le point de départ est un examen d'indices objectifs de l'existence d'un consensus, comme exprimé en particulier par les règlements des législatures qui ont adressé la question. Ces données nous donnent une instruction essentielle. Nous devons alors déterminer, dans l'exercice de notre propre jugement, si la peine de mort est une punition disproportionnée pour des délinquants juvéniles ».

[2967] Reprise de la décision COKER v. GEORGIA, 433 U.S. 584, 597 (1977).

[2968] Nadia BERNAZ, *L'abolition de la peine de mort pour les mineurs aux États-Unis : quelques remarques à propos de l'arrêt Roper Vs. Simmons du 1er mars 2005*, RFDC, n°66, 2006, p. 442.

[2969] Comme le juge constitutionnel américain l'explique, il se doit d'apporter « *la plus convaincante des justifications fondées sur les standards acceptés, en matière de précédents, pour démontrer qu'une décision ultérieure annulant la première n'est pas une capitulation pure et simple due à la pression politique* », PLANNED PARENTHOOD, OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANIA v. CASEY, 505 US 833, 1992. Dans son opinion dissidente, le juge Antonin SCALIA soutient une position extrêmement critique envers l'opinion majoritaire : « *l'idée que la Cour suprême pourrait hésiter à procéder ou à ne pas procéder à un revirement de sa jurisprudence pour la simple raison que la décision antérieure aurait donné lieu à une forte opposition du public* [m'est insupportable]. *Il est regrettable qu'un grand nombre de citoyens pense que nous, juges de la Cour suprême, devrions prendre en considération leur point de vue comme si nous étions tenus d'ignorer l'objectivité de la loi au profit de décisions qui rallieraient l'opinion publique autour de considérations sociales contemporaines. Des jugements de principes et de valeurs, après tout, exigent un vote, ils ne sont pas imposés* ». Sur ce débat, cf. Alain LEVASSEUR, *De Marbury v. Madison à Bush v. Gore ou de la légitimité du juge aux États-Unis*, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, *De tous horizons*, Société de législation comparée, 2005, pp. 755-775.

Ces débats ne sont pas propres à la Cour suprême américaine. La Cour européenne des droits de l'homme considère par exemple qu'elle « *ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures.* […] *Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention. Cela ne l'empêcherait pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles* »[2970]. Dès lors, le juge européen examine l'existence d'un consensus, et, dans l'hypothèse où existeraient « *de profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales* »[2971], comme par exemple en matière d'adoption d'un enfant par deux personnes du même sexe, l'État se voit reconnaître une grande marge d'appréciation. Dans une affaire aux tenants relativement proches, la Cour suprême canadienne, saisie en 2004 d'un projet de loi relatif au mariage entre personnes du même sexe, examina la définition du mariage telle que la *Common law* l'avait retenue en 1866 dans un arrêt HYDE C. HYDE, à savoir que « *le mariage, tel que le conçoit la chrétienté, peut à cette fin être défini comme l'union volontaire pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre personne* ». Or, ainsi que le confirme la Cour, « *la mention de la « chrétienté » est révélatrice. L'arrêt Hyde s'adressait à une société aux valeurs sociales communes, dans laquelle le mariage et la religion étaient perçus comme indissociables. Tel n'est plus le cas. La société canadienne est une société pluraliste. Du point de vue de l'État, le mariage est une institution civile. Le raisonnement fondé sur l'existence de « concepts figés » va à l'encontre de l'un des principes les plus fondamentaux d'interprétation de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne* »[2972].

Cette « politique jurisprudentielle » concerne également le Conseil constitutionnel. Sans doute celui-ci n'a-t-il pas élaboré, comme d'autres juridictions, de véritable corpus intellectuel en la matière, mais quelques indices amènent à penser qu'il tient compte de l'état de la société afin de

---

[2970] CEDH, 28 octobre 1987, INZE C. AUTRICHE, § 41.

[2971] CEDH, 26 mai 2002, FRETTÉ C. FRANCE, § 42. L'affaire concernait l'adoption par deux personnes du même sexe. Dans ses conclusions sous CE, 9 octobre 1996, FRETTÉ, la commissaire du gouvernement Christine MAUGÜE avait justifié le refus d'accorder l'agrément au requérant en vue de l'adoption d'un enfant, notamment au motif que « *dans ces conditions, s'agissant d'une question aussi délicate et dont les implications sont davantage éthiques et sociologiques que juridiques, c'est au législateur de prendre position sur ce qui constitue un choix de société : le juge, quant à lui, n'a pas à précéder mais à accompagner l'évolution de l'opinion publique* ».

[2972] Cour suprême du Canada, 9 décembre 2004, RENVOI RELATIF AU MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE, 3 RCS 698, 2004 CSC 79, § 22. Pour une approche comparative sur cette question du mariage homosexuel, cf. Diane ROMAN, « *Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ?*, op. cit., pp. 1508-1516.

justifier un revirement de sa jurisprudence. Ainsi, le président MAZEAUD a-t-il pu déclarer que « *si la cohérence de la jurisprudence constitue une des préoccupations majeures du Conseil constitutionnel,* […] *le Conseil sait aussi d'expérience que, face à certaines évolutions de la société, l'application entêtée de solutions antérieurement dégagées n'est ni souhaitable, ni possible.* […] *S'il doit être soigneusement pesé en tenant compte de ses avantages et de ses inconvénients, le changement de jurisprudence peut n'en être pas moins indispensable à la vitalité de l'institution, à l'adéquation de la jurisprudence à l'intérêt général et à son adaptation aux circonstances* »[2973]. De fait, il existerait bien un certain nombre de facteurs externes qui amènent à penser que « *le fait social, entendu au sens le plus large, entre inéluctablement en jeu dans le contrôle de constitutionnalité et parvient, en influant sur sa signification, à modeler la Constitution* »[2974]. Bien sûr, comme n'importe quelle juridiction, le Conseil constitutionnel, par son pouvoir interprétatif, s'est « approprié » en quelque sorte le texte de la Constitution[2975]. Mais il n'en demeure pas moins que ces propos laissent sceptiques en ce que rien dans la motivation du juge n'indique que les facteurs sociaux aient pu jouer un quelconque rôle décisif dans le revirement de jurisprudence. En l'absence d'opinions dissidentes et en raison d'une motivation pendant longtemps laconique, la doctrine a en effet dû reconstruire le raisonnement du juge constitutionnel français concernant ses relations avec la société[2976]. Or, il apparaît que pour le juge constitutionnel, maintenir une distance acceptable avec l'opinion semble être le critère d'une « bonne » politique jurisprudentielle. Au point où il est difficile de ne pas voir en lui un « faiseur d'opinion ».

[2973] *La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité*, 2 octobre 2005, p. 13, en ligne sur le site du Conseil constitutionnel.

[2974] Thierry DI MANNO, *Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°20, 2006, p. 140.

[2975] Comme l'explique Dominique ROUSSEAU, « *les dispositions du texte sont réduites à la qualité de simples mots qui ne prennent sens juridique qu'après le travail juridictionnel d'interprétation. S'il fallait oser une explication par la psychanalyse, on emprunterait volontiers à Freud, le mythe du meurtre du père, pour dire que le Conseil « tue » le texte constitutionnel, le dévore ensuite pour mieux se l'approprier, prendre sa place et le faire revivre par sa voix, son action jurisprudentielle !* », *Une résurrection : la notion de Constitution*, RDP, n°1-1990, p. 16.

[2976] Notamment au travers du concept de « démocratie continue ». Dominique ROUSSEAU considère par exemple que « *par son interprétation permanente des principes fondateurs, exigée par leur caractère même de promesses, le juge constitutionnel les maintient vivants, c'est-à-dire ouverts, jamais fétichisés, toujours à redéfinir et, par conséquent, toujours inachevés. Son travail épouse ainsi la logique du principe de discussion, caractéristique majeure du modèle de la démocratie continue, qui est de laisser se poursuivre indéfiniment, au-delà des décisions arrêtées à un moment donné, l'échange sur la légitimité des règles de la vie commune.* […] *Projet inachevé, la Constitution sociale demeure toujours* », *La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel*, op. cit., p. 87.

Sous-Section 2. Le juge constitutionnel, un « faiseur d'opinion » ?

Ronald DWORKIN considère que pour éviter de taxer le juge constitutionnel d'activiste[2977], il importe qu'il n'ignore pas « *totalement l'opinion du public telle qu'elle est révélée et exprimée dans les décisions législatives* »[2978]. Pour autant, il n'est sans doute pas possible d'inféoder le juge constitutionnel à l'opinion publique. Ainsi, lorsque celui-ci examine la constitutionnalité d'une mesure potentiellement attentatoire aux droits et libertés garantis, « *la question n'est pas de savoir si la mesure est populaire ou compatible avec les sondages d'opinion. Elle est plutôt de savoir si cette mesure peut être justifiée par l'application du processus de la raison* »[2979]. La position de la Cour suprême canadienne illustre parfaitement ce qu'est la conception libérale de la Constitution. La plume de Benjamin CONSTANT en atteste d'ailleurs, lui qui considérait que le gouvernement « *doit trouver son éloge là où sont écrits ses devoirs, dans la Constitution, qui est toujours la même et non dans les applaudissements passagers des opinions versatiles* »[2980]. Au nom de la défense du texte constitutionnel, il se peut donc que le juge constitutionnel se dresse contre l'opinion publique (**PARAGRAPHE 1**). Comment comprendre alors les multiples références à l'opinion publique par le juge constitutionnel ? Partant du postulat que toute interprétation s'accompagne nécessairement d'une argumentation[2981] et d'une justification[2982], on peut avancer l'hypothèse que si l'opinion

---

[2977] « *Un juge activiste ignore toutes les contraintes afin d'imposer à d'autres secteurs du gouvernement son propre point de vue* », *L'empire du droit*, op. cit., p. 411.

[2978] Ibid., p. 372.

[2979] Opinion du juge MCLACHLIN sous RJR-MACDONALD INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 3 RCS 199, 1995. La Juge précise ensuite : « *Il ne s'agit pas d'éliminer le rôle de l'intuition, ni d'exiger chaque fois une preuve répondant aux normes scientifiques, mais bien d'insister sur une défense rationnelle et raisonnée.* […] *Les tribunaux doivent respecter cette démarche fondamentale pour que les droits garantis par notre Constitution soient opérants. Ce n'est pas une tâche facile, et les tribunaux devront peut-être affronter le courant d'opinion publique. Cependant, c'est depuis toujours le prix du maintien des droits constitutionnels* ».

[2980] Benjamin CONSTANT, *Des réactions politiques. Œuvres complètes de Benjamin Constant, T. 1, Écrits de jeunesse 1774-1799*, Éd. Niemeyer, 1998, p. 463, cité par Lucien JAUME, *Benjamin Constant au centre de nos préoccupations*, op. cit., p. 29.

[2981] « *Non seulement l'interprétation est en relation avec l'argumentation, mais l'argumentation aussi est en relation avec l'interprétation* », Neil MCCORMICK, *Argumentation et interprétation en droit*, IN AMSELEK Paul (Dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 217.

[2982] Comme le souligne Michel TROPER, « *il faut en effet considérer une particularité importante du discours juridique : toutes les normes juridiques sont justifiées. Dans certains cas, notamment pour les décision juridictionnelles, il existe une obligation de motiver, prescrite par une norme supérieure, mais même en l'absence d'une telle obligation, les décisions sont souvent accompagnées d'une justification explicite. Ainsi une autorité qui entend présenter ses décisions comme une décision de caractère juridictionnel* », *Les contraintes juridiques dans la*

publique n'est pas une donnée objective immédiatement accessible à la connaissance du juge constitutionnel, son usage par celui-ci n'en répond pas moins à une finalité précise : assurer sa légitimité (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La garantie de la Constitution ou le juge constitutionnel contre l'opinion publique

La Constitution ne peut être considérée comme un acte figé : comme l'écrit Justice Marshall, « *il ne faut pas oublier que c'est une Constitution que nous interprétons et dont nous extrayons le sens ; une Constitution est faite pour vivre pendant les années à venir et, par conséquent, pour être adaptée aux crises que ne cesseront de soulever les affaires humaines* »[2983]. Toutefois, reconnaître qu'un texte est nécessairement interprété ne signifie pas que celui-ci s'adapte continuellement, de manière quasi-systématique, aux évolutions sociétales. La souplesse du texte n'est pas synonyme d'anarchie constitutionnelle. Tout ordre juridique a besoin d'une cohérence que le juge ne doit pas défaire[2984]. Dès lors, il est tout à fait possible de reconnaître que le droit consiste essentiellement en interprétations et que celles-ci s'avèrent indissociables de la création même du droit[2985], et pour autant rappeler que « *les juges sont censés décider de la nature du droit en interprétant la pratique d'autres juges qui ont décidé de la nature du droit* »[2986]. La théorisation la plus aboutie est bien évidemment celle de la célèbre métaphore de la « chaîne du droit » où Ronald Dworkin compare la jurisprudence à un roman écrit à la chaîne par des romanciers successifs, qui contribuent à enrichir le roman tout en tenant compte à la fois des chapitres passés et des chapitres à venir, contribuant ainsi à l'idée que le droit est « *l'œuvre d'un créateur unique, la collectivité en personne* »[2987]. En théorie, il appartient donc au juge de respecter la règle du

---

production des normes, in Berthoud Arnaud et Serverin Évelyne (Dir.), *La production des normes juridiques entre État et Société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 32-33.

[2983] Mc Culloch v. Maryland, 4 Wheat 316, 1819.

[2984] Aharon Barak considère ainsi que « *le juge doit concilier la nécessité du changement et la nécessité de stabilité. La stabilité sans changement, c'est la dégénérescence ; le changement sans la stabilité, c'est l'anarchie. Le rôle du juge de Cour suprême est de contribuer à faire coïncider les besoins de la société et le droit sans toutefois permettre au système juridique de dégénérer ou de basculer dans l'anarchie* », *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge (…)*, op. cit., p. 232.

[2985] « *Nous ne pouvons pas davantage établir de nette distinction entre le stade où le romancier à la chaîne interprète le texte qu'on lui a remis et le stade où il ajoute son propre chapitre, guidé par l'interprétation qu'il a arrêtée* », Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, op.cit., p. 254.

[2986] Ibid., p. 446. Cf. Sheldon Leader, *Le juge, la politique et la neutralité. Á propos des travaux de Ronald Dworkin*, Droit et société, n°2, 1986, pp. 29-52.

[2987] Ibid., p. 247.

précédent (*stare decisis*) car, selon une formule traditionnelle de BLACKSTONE, « *les juges de la Common Law n'ont pas reçu délégation pour énoncer un droit nouveau, mais pour maintenir et développer le droit ancien* »[2988]. Néanmoins, il n'est pas possible de figer l'interprétation d'un texte et la règle de *stare decisis* ne peut pas être considérée comme « *un commandement inexorable* »[2989]. Á l'occasion, de la décision CASEY qui concernait le maintien de la jurisprudence ROE V. WADE légalisant la pratique de l'avortement, la Cour, dans une opinion commune rédigée par les Juges O'CONNOR, KENNEDY, SOUTER, BLACKMUN et STEVENS, fixa les conditions qui doivent être réunies pour qu'un revirement de jurisprudence soit possible : 1/ La règle de droit fixée par le précédent est inappliquée en pratique ; 2/ L'abandon de cette règle « *ajouterait une injustice au coût du désaveu* » ; 3/ Cette règle de droit est devenue anachronique en raison de l'évolution du droit constitutionnel ; 4/ L'évolution des faits qui fondent le précédent est telle qu'il a perdu toute pertinence[2990]. Il n'est donc pas fait directement mention des désirs de l'opinion publique. Toutefois, telle est la lecture qu'opère dans son opinion dissidente Chief Justice REHNQUIST : celui-ci estime ainsi qu'il y a dans l'opinion commune aux cinq juges la suggestion « *que la possibilité d'outrepasser une décision « séparative » dépend en partie de ce qu'une majorité des citoyens s'accorderait désormais sur ce point. L'opposition ou la progression d'un accord populaire substantiel sont apparemment exigées pour permettre à la cour de reconsidérer une décision « séparative ». Comment un tel accord serait assuré, au moyen d'un sondage d'opinion publique, l'opinion commune ne l'indique pas. Mais cette suggestion est totalement en guerre avec l'idée de « légitimité » au nom de laquelle elle est invoquée. La branche judiciaire tire sa légitimité non pas en suivant l'opinion publique, mais en décidant au moyen de ses meilleures lumières si des règlements législatifs des branches populaires du gouvernement sont en accord avec la Constitution. La doctrine du stare decisis est une conséquence de ce devoir, et ne devrait pas être sujette aux caprices de l'opinion publique* ». L'hypothèse retenue par le Président de la Cour suprême américaine est alors la suivante : suivre la règle du précédent

---

[2988] *Commentaries of the Law of England*, Vol. 1, University of Chicago Press, 1979, p. 69, cité par Elisabeth ZOLLER, *Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°20, 2006, p. 104. Comme le signifiera le Juge POWELL par la suite, « *la doctrine du stare decisis, sans être jamais totalement persuasive est une doctrine qui exige le respect dans une société régie par la règle de droit* », AKRON V. AKRON CENTER FOR REPRODUCTIVE HEALTH, INC., 462 US 416, 1983.

[2989] Opinion dissidente du Juge BRANDEIS sous BURENT V. COLORADO OIL EGAS CO, 285 US 393, 1932. Formule reprise par Chief Justice REHNQUIST dans l'affaire PAYNE V. TENNESSEE, 501 US 808, 828, 1991.

[2990] PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANIA V. CASEY, 501 US 808, 827, 1991. Comme le signale Elisabeth ZOLLER, désormais, « *tout revirement de jurisprudence suppose donc une mise en balance des intérêts en présence, un bilan prospectif des avantages et inconvénients du revirement demandé* », *Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 107.

oblige la juridiction constitutionnelle américaine à se désolidariser des mouvements de l'opinion publique. Dès lors ajoute-t-il, « *parce que le devoir de la Cour est d'ignorer l'opinion publique* […], *ses membres sont peut-être dans la plus mauvaise position pour juger si une décision divise la nation assez profondément pour justifier une telle protection inhabituelle. Bien que plusieurs des décisions de la cour divisent la foule largement* », il n'appartient pas au juge de déroger aux règles normales du *stare decisis*.

En réalité, l'opposition décrite par REHNQUIST est fallacieuse. Il s'agit sans nul doute d'une critique politique, que l'on peut qualifier de conservatrice, qui fustige un certain nombre d'avancées de la Cour Warren (1953-1969) puis de la Cour Burger (1969-1986)[2991] qui ont permis, entre autres décisions, de mettre fin à la ségrégation raciale[2992], de bannir la prière écoles publiques[2993], de protéger les droits de l'accusé, notamment lors des arrestations policières[2994], de garantir que le principe « un homme, une voix » ne soit pas atténué par le découpage des circonscriptions électorales[2995], de garantir un droit à l'avortement[2996]. Comme le souligne Elisabeth ZOLLER, « *il n'est pas de domaine touchant aux libertés qui n'ait été modifié* »[2997] dans un sens plus libéral. Or, il est difficile d'affirmer que l'opinion publique ait unanimement soutenu certaines de ces avancées. Tout au contraire, il est même possible d'affirmer, par exemple à propos du droit à l'avortement, que celles-ci se sont parfois faites contre l'état de l'opinion. Comme l'exprime le juge SOUTER dans son opinion concurrente sous CASEY, « *la Nation n'accorde son soutien qu'aux décisions de justice qui transcendent l'opinion publique immédiate* »[2998]. En d'autres termes, tout en décidant de rompre

---

[2991] Cf. André MATHIOT, *La Cour suprême de Warren à Burger (1953-1983)*, POUVOIRS, n°29, 1984, pp. 59-73.

[2992] BROWN V. BOARD OF EDUCATION, 347 US 483, 1954.

[2993] ENGEL V. VITALE, 370 US 421, 1962.

[2994] MIRANDA V. ARIZONA, 384 US 436, 1966.

[2995] BAKER V. CARR, 369 US 186, 1962. Cette solution trouve un écho particulier dans une décision de la Cour suprême du Canada du 31 octobre 2002 qui, en matière électorale, a pu par exemple estimer que « *le débat public sur une question ne la transforme pas en une question de « philosophie sociale », la soustrayant ainsi à un examen judiciaire complet. Il appartient aux tribunaux, insensibles aux revirements de l'opinion publique et aux intérêts électoraux, de protéger le droit de vote garanti par l'article 3 de la Charte* », SAUVÉ C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS), 3 RCS 519 ; 2002 CSC 68.

[2996] ROE V. WADE, 410 US 113, 1973.

[2997] *Splendeurs et misères du constitutionnalisme. Les enseignements de l'expérience américaine*, RDP, n°1-1994, p. 181.

[2998] Selon Guy SCOFFONI, « *l'opinion publique prise en compte par le juge Souter comprend à la fois celle des partisans au fond de la décision Roe et celle déterminante pour lui, de tous ceux qui croient en l'État de droit (rule of law) et qui voient dans une certaine constance et cohérence de la jurisprudence de la Cour une source de sa légitimité* », *Le juge constitutionnel aux États-Unis*, RIDC, n°2-1999, p. 275.

avec la règle du précédent, la Cour s'est portée, conformément à la tradition libérale, garante des droits et libertés, mêmes non expressément reconnus par la Constitution. Dans l'une des opinions les plus célèbres de l'histoire de la Cour, le Juge JACKSON rejeta ainsi l'idée d'un salut obligatoire au drapeau en déclarant que « *l'objet même du Bill of Rights était de soustraire certains sujets aux vicissitudes des controverses politiques, pour les placer au-delà de la portée des majorités et des officiels, et de les poser en principes égaux devant être appliqués par les tribunaux. Les droits à la vie, la liberté, la propriété, et la liberté d'expression, la liberté de religion et d'assemblée et d'autres droits fondamentaux ne peuvent être soumis au vote ; ils ne dépendent du résultat d'aucune élection* »[2999]. Le pouvoir judiciaire n'est pas une entité politique soumise aux pressions de l'opinion publique : la garantie des droits passe certes par un activisme judiciaire, mais un activisme qui n'a pas pour objet de faire primer les opinions personnelles des juges de la Cour[3000]. L'enjeu consisterait donc plutôt à prendre en compte les conséquences pratiques de la décision de la Cour[3001]. Cette hypothèse, soutenue notamment par Justice BREYER, permet de présenter le juge constitutionnel comme une institution contre-majoritaire, protectrice de la minorité politique. La figure de l'opinion publique ici invoquée est celle de la force tyrannique qui oppresse et met en péril les libertés individuelles. La Cour suprême apparaît alors comme le véritable gardien de la Constitution, insensible aux passions politiques et populaires. En d'autres termes, le système juridique est clos et totalement autonome par rapport à son environnement[3002], certains auteurs affirmant sans détour qu'il est « *essentiel d'en conserver la « pureté » et de le tenir à l'écart d'opinions volatiles, difficiles à appréhender et souvent éloignées des principes fondamentaux et de la rationalité si*

[2999] WEST VIRGINIA STATE BOARD OF EDUCATION v. BARNETTE, 319 US 624, 638, 1943.

[3000] L'opinion commune de la Cour dans l'affaire PLANNED PARENTHOOD précitée est de ce point de vue exemplaire : « *certains d'entre nous considèrent, à titre personnel, l'avortement comme opposé à nos principes les plus fondamentaux de moralité, mais cela ne peut absolument pas commander notre décision.* […] *Nous avons l'obligation de définir la liberté de chacun et ne sommes pas investis du mandat de faire prévaloir notre propre code moral* ». Cf. Roger PINTO, *La Cour suprême américaine et l'avortement*, RDP, n°4-1993, pp. 907-938.

[3001] Cf. Françoise MICHAUT, *L'inscription de la décision judiciaire dans un système juridique. Réflexion sur l'évolution de la doctrine américaine*, RDP, n°4-1989, pp. 1010-1059.

[3002] On aura reconnu l'approche autopoïétique chère à Gustave TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1989. Néanmoins, les tenants d'une telle approche considèrent que « *malgré cette clôture, le système aurait recours à la communication comme véhicule mais qui prend connaissance de ce qui se passe dans les autres sous-systèmes (politique, économique, social) par le biais du mécanisme de couplage structurel. Le système serait alors normativement clos, mais cognitivement ouvert* », Jacques FRÉMONT, *Pouvoir judiciaire et opinion publique : réflexions autour d'un malaise*, IN COUGHLAN G. Stephen et RUSSEL Dawn Dean (Dir.), *Citoyenneté et participation citoyenne à l'administration de la justice*, Montréal, Éd. Thémis, Institut canadien d'administration de la justice, 2002, p. 263.

chère à notre système juridique »[3003]. C'est en ce sens qu'il faut alors comprendre la formule célèbre de Justice McKenna qui expliquait au début du siècle que l'opinion publique pouvait être éclairée par les juges de la Cour suprême[3004]. Cette vision, si elle tente de camoufler l'activisme judiciaire au nom d'une sacralisation de la Constitution, ne peut donc nier ses présupposés élitistes, propres, finalement, à la théorie du régime représentatif[3005].

Les débats menés autour de la jurisprudence américaine nous permettent de mieux appréhender certaines des solutions dégagées par le Conseil constitutionnel. Si Maurice Hauriou, parlant du rôle des juges dans une démocratie, n'hésitait pas à affirmer qu'il « *faut saisir l'opinion publique et lui inculquer la préoccupation de la défense des libertés* »[3006], on s'aperçoit depuis peu que le juge de la Rue Montpensier se préoccupe d'inscrire ses décisions dans une histoire constitutionnelle qui échapperait aux soubresauts de l'opinion publique. Il est donc tout à fait possible de voir dans certaines décisions du Conseil constitutionnel la volonté d'assurer une « *cohérence historique argumentative* »[3007]. Dans sa célèbre décision de 1991, Statut de la Corse, le juge constitutionnel français va ainsi déclarer inconstitutionnelle la mention faite par le législateur du peuple corse comme composante du peuple français puisque si l'on admet que la Nation est un être abstrait et collectif, alors le peuple français ne peut être composé que « *de tous les citoyens français auxquels s'applique le principe d'égalité, sans distinction d'origine, de race ou de religion* »[3008]. Au soutien de son argumentation, le Conseil constitutionnel va notamment mentionner que « *la référence faite au peuple français figure d'ailleurs depuis deux siècles dans de nombreux textes constitutionnels* », cette référence n'étant point un argument superfétatoire mais bien « *un*

[3003] Jacques Frémont, *Pouvoir judiciaire et opinion publique (…)*, op. cit., p. 267. L'auteur précise que « *le système juridique peut, dans certains cas avoir à en tenir compte mais que cela ne surviendra que dans les cas où le système et ses acteurs, notamment les juges, en auront consciemment décidé, soit par des normes explicites à cet effet, soit par la mise sur pied de mécanismes qui le requièrent dans les faits* ».

[3004] Weems v. United States, 217 U.S. 349, 1910.

[3005] Corrélativement, note Larry Kramer, force est de constater que « *les partisans de la suprématie judiciaire sont les aristocrates d'aujourd'hui. Il est possible de l'affirmer sans être désobligeant, puisqu'il s'agit seulement d'établir un lien entre les défenseurs de l'autorité des juridictions et cette tendance de la pensée américaine qui a toujours été préoccupée avant toute chose par « les excès de la démocratie »* », *Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ?*, rdp, n°4-2005, p. 1044.

[3006] *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 292.

[3007] Samuel Dyens et Éric Sales, *Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ?*, ra, n°291, 1996, p. 277.

[3008] Décision n°91-290 DC, Statut de la Corse, 9 mai 1991, Cons. 12. Cette solution sera confirmée par le juge constitutionnel à l'occasion de l'examen de la constitutionalité de la Charte des langues minoritaires où il réaffirma « *l'unicité du peuple français* », n°99-412 DC, Charte des langues minoritaires, 15 juin 1999, Cons. 10. Cf. Hugues Moutouh, *La République face à ses communautés*, crdf, n°2-2003, pp. 87-92.

argument substantiel de la valeur constitutionnelle du concept juridique du peuple français »[3009]. Cette méthodologie argumentative semble trouver son point d'ancrage dans la décision du 16 janvier 1982 dite NATIONALISATIONS I qui concernait le statut du droit de propriété dans notre ordre juridique. En l'espèce, déterminé à mettre en œuvre une promesse de campagne de François MITTERRAND, le gouvernement socialiste soutenait que le droit de propriété n'avait plus ce caractère essentiel qu'avaient entendu lui donner les constituants de 1789 et que les justifications économiques et sociales justifiaient un large mouvement de nationalisations. L'argument du gouvernement nous renvoie ici au dilemme invoqué par Ronald DWORKIN selon lequel le juge « *doit appliquer la loi d'origine avec le sens qu'elle a depuis toujours, ou bien l'amender secrètement pour la mettre au goût du jour.* […] *les juges doivent choisir entre le guide mort mais légitime du passé et l'attrait nettement illicite du progrès* »[3010]. La réponse du Conseil constitutionnel est ici exemplaire. Dans un premier temps, la Haute juridiction réaffirme le « *caractère fondamental* » du droit de propriété et assure que sa « *conservation constitue toujours l'un des buts de la société politique* »[3011]. Au soutien se sa motivation, le juge relève que le peuple français a rejeté par le référendum du 5 mai 1946 « *un projet de Constitution qui faisait précéder les dispositions relatives aux institutions de la République d'une nouvelle déclaration des droits de l'homme comportant notamment l'énoncé de principes différents de ceux proclamés par les articles 2 et 17 », tandis que, parallèlement, par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958 le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789* » (Cons. 14 et 15). Le juge constitutionnel inscrit ainsi son argumentation dans une continuité historique qui légitime ainsi sa solution. Mais, en l'espèce, conscient de la nécessaire adaptation du droit de propriété aux évolutions économiques et sociales, il admet que celui-ci peut être relativisé, notamment parce que « *postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée* […] *par des limitations exigées par l'intérêt général* » (Cons. 16) Par delà la recherche d'une cohérence argumentative historique, la manière dont la doctrine va interpréter cette décision nous semble prêter à confusion. Ainsi, concernant la première incise relative à la permanence du caractère fondamental du droit de propriété, Jean-François LACHAUME et Hélène PAULIAT se demandent « *comment ignorer le rôle déterminant que peut jouer l'opinion publique* […] *dans l'appréhension actuelle du droit de propriété et dans la compréhensions*

[3009] Samuel DYENS et Éric SALES, *Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ?*, op. cit., p. 279.

[3010] *L'Empire du droit*, op. cit., p. 378.

[3011] Décision n°81-132 DC, 16 janvier 1982, NATIONALISATIONS I, Cons. 16.

des rapports ambigus qu'elle ne peut s'empêcher d'entretenir avec ce droit si libéral, ou tout au moins, si porteur de liberté ? […] *L'opinion publique apparaît bien comme l'un des éléments clé des débats contemporains sur le caractère fondamental ou non du droit de propriété. L'on ne peut nier en effet que* […] *le juge constitutionnel n'a pas hésité à s'abriter en quelque sorte derrière la volonté de la population pour faire admettre le caractère, si ce n'est fondamental, tout au moins libéral du droit de propriété tel que le concevaient les auteurs de la Déclaration de 1789* »[3012]. Néanmoins, cette référence à l'opinion publique, ainsi que le soulignent paradoxalement nos deux auteurs, est contestable : « *combien d'individus en effet connaissent-ils la formulation des articles 2 et 17 de la Déclaration et surtout le mythe qu'ils représentaient ?* »[3013]. Si la manière dont les juges constitutionnels appréhendent l'opinion publique mérite effectivement des réserves, on ne peut toutefois être convaincu pleinement par l'analyse qui voudrait que le Conseil aurait ici « suivi » l'opinion publique pour réaffirmer le caractère fondamental du droit de propriété. Rien dans sa motivation ne le laisse présumer. Au contraire même dirions-nous. D'une part, la référence à un peuple constituant marque une rupture avec l'opinion du public qui s'inscrit nécessairement dans une temporalité différente. Á l'instantanéité du jugement de l'opinion publique s'oppose la permanence historique de principes énoncés par les Constituants de 1789. Bien sûr, comme le dit DWORKIN, « *les réponses apportées par Hercule sont celles qui, à présent, paraissent les meilleures* »[3014]. Mais, en l'espèce, le Conseil constitutionnel tend davantage à démontrer que le système juridique est un ensemble cohérent et homogène qui garantit aux citoyens des droits et des devoirs et que, contre l'appréciation momentanée du public, le juge a pour mission de dégager « *la véritable nature de la démocratie et la véritable signification de la Constitution* »[3015]. D'autre part, Michel TROPER a raison de souligner que dans cette affaire, si le juge constitutionnel tient certes compte de l'évolution des finalités et des conditions d'exercice du droit de propriété depuis 1789, cette réalité n'a « *rien*

[3012] *Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ?*, op. cit., p. 382 ; dans le même sens, Dominique ROUSSEAU, *De la démocratie continue*, op. cit., p. 10.

[3013] Ibid., p. 386.

[3014] *L'Empire du droit*, op. cit., p. 262.

[3015] Ibid., p. 433. Les propos de Ronald DWORKIN sont à rapprocher d'une décision du 23 octobre 1951 de la Cour constitutionnelle allemande qui soulignait qu'« *aucune disposition constitutionnelle ne peut être sortie de son contexte et interprétée en elle-même. Son sens dépend des autres dispositions car la Constitution présente une unité interne. Chaque disposition constitutionnelle doit toujours être interprétée de façon à la rendre compatible avec les principes fondamentaux de la Constitution et avec les intentions de ses auteurs* », Recueil Bverfge, 1, 14, 32.

d'extra-juridique ». Le droit de propriété ne peut être défini que juridiquement, « *de sorte que la réalité à laquelle le juge prétend se plier est celle qu'il a définie lui-même* »[3016].

Paragraphe 2. Des difficultés liées à l'usage du syntagme « opinion publique » par le juge constitutionnel

Á lire le juge POWELL, « *il est difficile d'évaluer les flux et reflux amorphes de l'opinion publique sur cette question volatile* [la peine mort], *ce type d'enquête se trouvant à la périphérie – mais pas au centre - du processus juridictionnel dans des cas constitutionnels. L'évaluation de l'opinion populaire est essentiellement une fonction législative, et non une fonction judiciaire* »[3017]. Deux types d'arguments sont ici évoqués : d'une part, il n'est pas possible d'évaluer scientifiquement l'opinion publique ; d'autre part, en vertu de jurisprudences bien établies, le juge constitutionnel ne dispose pas en la matière d'un pouvoir d'appréciation aussi large que celui du Parlement. C'est à la lumière de cette démonstration qu'il convient de comprendre l'usage du syntagme « opinion publique » dans le dispositif de jugement. Il est tout d'abord indéniable que la notion ne revêt pas de signification précise pour le juge, confirmant qu'il n'y a pas d'essence de l'opinion publique (**Sous-Paragraphe 1**). Pourtant, la présence d'une expression aussi floue dans le dispositif de jugement peut surprendre en ce que « *aucune communication linguistique ne peut être pleinement compréhensible si l'on n'a pas présupposé tout un contexte d'expression* »[3018]. Il faut alors se demander l'intérêt pour le juge de cette invocation. Celui-ci semble assez net. Il ne s'agit pas pour le juge de découvrir l'état de la société, mais tout simplement d'affirmer qu'il agit avec pragmatisme. En effet, comme le souligne Dominique ROUSSEAU, « *dans la logique de la pratique, tout auteur est obligé de soutenir que sa décision n'est pas le produit d'un choix interprétatif de telle ou telle disposition constitutionnelle mais de la stricte application de sa signification intrinsèque, sinon il ruine la force de sa (pro)position* »[3019]. Nous sommes donc en présence d'une stratégie argumentative qui permet à la juridiction constitutionnelle d'affirmer un double postulat : d'une part, contrairement au

---

[3016] *Le réalisme et le juge constitutionnel*, op. cit., p. 130.

[3017] Opinion dissidente du Juge POWELL sous FURMAN v. GEORGIA, 408 US 238, 29 juin 1972. Dans le même sens, la Cour suprême du Canada considère qu'il « *est possible que l'opinion publique ait une certaine pertinence pour l'enquête, mais elle ne peut en soi remplacer l'obligation qui incombe aux tribunaux d'interpréter la Constitution et de faire respecter ses dispositions sans crainte ni favoritisme. En effet, si l'opinion publique était le facteur décisif, il ne servirait à rien de former des litiges constitutionnels. La tâche de protéger les droits pourrait alors être laissée au Parlement, qui reçoit son mandat du public et qui répond devant celui-ci de la manière dont il s'en acquitte* », S. c. MAKWANYANE , SA 391, 1995.

[3018] Neil MCCORMICK, *Argumentation et interprétation en droit*, op. cit., p. 221.

[3019] *Question de Constitution*, Mélanges Conac, op. cit., p. 20.

Parlement, le juge constitutionnel ne s'aventure pas sur le terrain politique et, d'autre part, il existe un dialogue permanent entre le juge constitutionnel et l'opinion publique (**Sous-Paragraphe 2**).

Sous-Paragraphe 1. De la difficulté pour le juge constitutionnel de mesurer l'opinion publique

L'opinion publique est indéniablement une notion à contenu variable dont l'interprétation ne peut être donnée de manière uniforme. Par définition, si l'on ose dire, la notion floue a pour conséquence de varier de contenu, et donc de sens, selon les circonstances et les affaires en cause. Il en va de même pour l'opinion publique. Tantôt Tribunal de l'opinion publique[3020], tantôt opinion moyenne de la masse des citoyens, l'expression recouvre une pluralité de sens qui interroge sur sa présence dans un dispositif de jugement. Plusieurs exemples peuvent être ici mentionnés qui témoignent de la circonspection avec laquelle certains juges de juridictions suprêmes accueillent l'usage, selon eux immodéré, que feraient leurs juridictions du syntagme « opinion publique », voire des sondages qui sont censés l'exprimer.

Le premier exemple qui peut être mentionné concerne les décisions relatives aux dissolutions de partis politiques. Dans ces affaires, la Cour européenne a été amenée à préciser que, conformément à la théorie des obligations positives, les États se devaient de dissoudre des partis politiques dont le programme serait en contradiction avec les réquisits de la démocratie et du pluralisme politique et idéologique[3021]. Se posait alors la question du moment opportun de la dissolution du groupement. La Cour considère en effet qu'on « *ne saurait exiger de l'État d'attendre, avant d'intervenir, qu'un parti politique, s'approprie le pouvoir et commence à mettre en œuvre un projet politique incompatible avec les normes de la Convention et de la démocratie* » (§ 102). Afin de déterminer si le parti politique en cause pouvait présenter un danger pour la démocratie au moment de sa dissolution, la Cour va alors avoir recours aux sondages d'opinion qui

---

[3020] L'opinion dissidente du Juge MacLachlin sous Reine c. Keegstra, 3 RCS 697, 1990 est, à notre connaissance, la plus explicite sur cette question : en effet, elle considère que « *sans liberté d'expression, il ne peut y avoir ce vif débat sur les politiques et les valeurs qui est sous-jacent au gouvernement participatif. Sans liberté d'expression, des droits peuvent être limités sans recours possible devant le tribunal de l'opinion publique* ». Se trouve ici réaffirmé le lien consubstantiel qui peut exister entre l'opinion publique et la liberté d'expression. Cf. supra.

[3021] « *Un État contractant à la Convention, en se fondant sur ses obligations positives, peut imposer aux partis politiques, formations destinées à accéder au pouvoir et à diriger une part importante de l'appareil étatique, le devoir de respecter et de sauvegarder les droits et libertés garantis par la Convention ainsi que l'obligation ne pas proposer un programme politique en contradiction avec les principes fondamentaux de la démocratie* », CEDH, Grande Ch., 13 février 2003, Refah Partisi et autres c. Turquie, § 103.

présentaient en l'espèce le Refah Partisi comme en position de remporter les élections législatives. Conscient des limites de l'instrument, le juge européen va préciser que « *malgré le caractère aléatoire de certains sondages, ces chiffres témoignent d'une augmentation considérable de l'influence du Refah en tant que parti politique et de ses chances d'accéder au pouvoir* » (§ 107). Deux remarques s'imposent. D'une part, sur le fond, on appréciera le paradoxe à invoquer au soutien d'une limitation du pluralisme la figure de l'opinion publique, telle qu'elle est censée s'exprimer ici dans sa forme objectivée sondagière, alors même que l'on sait qu'elle ne peut exister sans celui-ci. D'autre part, ainsi que le souligne très justement le juge KOVLER dans son opinion concordante, « *le maniement des chiffres de sondages, naturel dans une analyse politologique, paraît un peu étrange dans un texte juridique revêtu de l'autorité de la chose jugée* ». Alors que les chercheurs en science politique restent divisés sur la possibilité pour les sondages d'exprimer effectivement l'opinion publique, et alors que la Cour avait elle-même précisé qu'une question aussi cruciale appelait une interprétation stricte, on ne peut qu'être surpris que celle-ci soit finalement tranchée à l'aide de prédictions scientifiques incertaines.

Malgré tout, cette position n'est pas isolée et il n'est pas rare de trouver au sein de certaines juridictions un éloge du sondage d'opinion qui ne laisse pas moins songeur. Ainsi la Cour suprême canadienne a-t-elle pu par exemple considérer que « *lorsqu'il devient nécessaire de déterminer la nature véritable de l'opinion publique et de trouver une norme unique, la Cour doit pouvoir bénéficier d'une preuve scientifique obtenue conformément à la procédure reconnue en matière d'échantillonnage par des personnes qui sont des experts en matière de sondage d'opinion. Cette preuve peut, à bon droit, être qualifiée de preuve d'expert. L'état d'esprit ou l'attitude d'une société est un fait tout autant que l'état de santé d'une personne : il semblerait donc qu'il convient d'admettre l'avis d'experts autant sur un sujet que sur l'autre* »[3022]. Ce qui importe, c'est donc de trouver un moyen de preuve que l'on pourrait présenter comme incontestable, parce que rationnel. L'utilisation des sondages d'opinion revêt alors une fonction persuasive qui donne à voir une solution présentée comme inévitable. Comme l'indique Michel TROPER, l'objet de l'argumentation est bien de prouver, non « *pas seulement qu'on a le droit de faire ce qu'on fait* [mais] *qu'on ne peut faire que ce*

[3022] REINE C. PRAIRIE SCHOONER NEWS LTD. AND POWERS (1970), 1 C.C.C. (2d) 251, cité dans l'arrêt TOWNE CINEMA THEATRES LTD. C. LA REINE, [1985] 1 R.C.S. 494. Dans sa décision REINE C. BRYAN précitée, le juge BASTARACHE, au nom de la Cour, a pu préciser que s'il « *est difficile de mesurer le préjudicie causé par la perte de confiance du public dans le système électoral* […], *la logique et la raison conjuguée à certains éléments de preuve relevant des sciences sociales pourraient constituer une preuve suffisante du préjudice* ».

l'on fait »[3023]. Par une figure rhétorique habile, le juge énonce ici la nécessaire limitation de son pouvoir d'interprétation puisque, en l'espèce, ce ne serait pas lui, mais l'opinion publique qui dicterait la solution juridictionnelle.

Utiliser les sondages d'opinion comme moyen de preuves n'emporte toutefois pas nécessairement l'adhésion de tous les membres de ces juridictions, notamment en ce que cette méthodologie aurait pour effet de se substituer à un standard largement utilisée par les juridictions de Common law : l'homme raisonnable[3024]. Comme il a été signalé, « *l'homme « raisonnable » qui intéresse le droit n'est pas idéalement rationnel, mais il est* […] *intentionnellement rationnel – c'est-à-dire qu'il tend à être rationnel* »[3025]. En ce sens, l'opinion dissidente du Juge McIntyre dans la décision de la Cour suprême canadienne Reine c. Collins est particulièrement significative : « *je ne propose pas que* […] *nous ayons recours aux sondages d'opinion ou autres mécanismes d'échantillonnage de l'opinion publique. Je ne propose pas que nous cherchions à dégager un concept théorique de l'opinion ou des normes de la société sur cette question. Je propose par contre que nous adoptions une méthode utilisée depuis longtemps dans les tribunaux de common law et, quel que soit le nom qu'on lui donne, appliquions la norme de l'homme raisonnable* »[3026]. Il est vrai que dans cette décision, la Cour suprême canadienne avait pu considérer qu'en en matière d'obscénité le degré de tolérance d'une société pouvait être mesuré à l'aide de sondages d'opinion. Une telle proposition, parfois reprise par la Cour européenne des droits de l'homme[3027], ne surprend guère de prime abord tant l'on sait combien la question de la moralité publique est étroitement

---

[3023] *La motivation des décisions constitutionnelles*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 296.

[3024] Dans sa célèbre opinion dissidente sous Lochner, le juge Holmes estimait ainsi que la Cour ne doit sanctionner la volonté du législateur que dans l'hypothèse où « *tout homme équitable et rationnel reconnaîtrait que la loi proposée porte atteinte à des principes fondamentaux tels qu'ils sont entendus dans les traditions de notre peuple et de notre droit* », Lochner v. New York, 198 US 45, 1905.

[3025] Christophe Grzegorczyk, *La rationalité de la décision juridique*, apd, T. 23, 1978, p. 243.

[3026] 1 R.C.S. 265, 9 avril 1987.

[3027] Ainsi, dans l'affaire Dudgeon c. Royaume-Uni du 22 octobre 1981 relative à la dépénalisation des relations homosexuelles en Irlande du Nord, la Cour rappelle que si le gouvernement du Royaume-Uni a procédé à des sondages d'opinion en Irlande du Nord afin de connaître le sentiment de la population en matière d'infractions sexuelles (§ 25), « *rien dans le dossier ne prouve que* […] *l'opinion publique ait réclamé une application plus rigoureuse de la loi* », § 60.

liée à la notion d'opinion publique[3028] et donc aux évolutions de la société[3029]. Comment comprendre alors la préférence pour ce standard de « l'homme raisonnable » ? Á première vue, l'opposition peut apparaître fallacieuse puisque, comme l'explique Chaïm PERELMAN, la catégorie du raisonnable, et de son opposé, le déraisonnable, « *sont liées aux réactions du milieu social et à leur évolution. Alors que les notions de « raison » et de « rationalité » se rattachent à des critères bien connus de la tradition philosophique, tels que les idées de vérité, de cohérence et d'efficacité, le raisonnable et le déraisonnable sont liés à une marge d'appréciation admissible et à ce qui, excédant les bornes permises, paraît socialement inacceptable* »[3030]. Le recours au standard du « raisonnable » concrétiserait ainsi une jurisprudence sociologique, en ce que le juge n'aurait plus pour mission que de mesurer les différents intérêts sociaux et de s'en faire le porte-parole[3031]. Le standard est ici conçu comme descriptif. Reste que la technique du standard, par son indétermination, est également présentée comme laissant au juge une plus grande marge d'appréciation, puisque celui-ci doit mener un raisonnement *in abstracto* tout en essayant de mesurer concrètement les implications de sa jurisprudence[3032]. Là où le sondage d'opinion publique se donne à voir comme un moyen objectif de connaître l'état de l'opinion, le recours aux standards permettrait au juge constitutionnel de ne pas être contraint par les évolutions ayant cours dans la société. Mieux, ils lui permettraient d'imposer son propre jugement de valeur[3033]. Néanmoins, on peut également contester cette dialectique descriptive/prescriptive[3034] en envisageant ensemble

---

[3028] « *Elle* [l'opinion publique] *a étendu la sphère des principes utiles et bienfaisants, réprimé une foule d'abus, déclaré une guerre implacable à tous les systèmes de persécution et d'intolérance ; elle est devenue enfin parmi nous le plus ferme appui de l'ordre, le guide et la gardien de la police et des mœurs* », Jacques PEUCHET, *Discours préliminaires*, op. cit., p. 9. Cf. également supra.

[3029] Ainsi, dans une décision célèbre, la Cour suprême américaine a pu par exemple considérer que son interprétation de la notion de « châtiment cruel et inhabituel » énoncé par le VIIIème Amendement l'amenait à définir les « *critères évolutifs de décence qui jalonnent les progrès d'une société en marche vers la maturité* », TROP v. DULLES, 356 US 86, 101, 1958.

[3030] *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, APD, T. 23, 1978, p. 42.

[3031] Catherine PUIGELIER, *Mots à sens multiples et règle de droit*, APD, T. 48, 2004, p. 382.

[3032] Cf. Jean-Michel BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, op. cit., p. 305.

[3033] Comme le souligne Vincente FORTIER, l'utilisation par le juge de notions floues le conduit « *à émettre un jugement de valeur, portant directement sur des comportements sociaux, par référence à un système normatif, juridique ou non, existant ou en formation, afin de rendre une décision ou de poser une norme* », *La fonction normative des notions floues*, op. cit., p. 757.

[3034] Danièle LOCHAK note ainsi que « […] *les standards descriptifs ne sont jamais le pur reflet de ce qui est mais supposent toujours une part de choix dans leur mise en œuvre ; tandis qu'à l'inverse, si les standards dogmatiques visent à redresser des comportements, à les rendre conformes à des normes définies en fonction de principes ou de valeurs a priori, et non en fonction de ce qui se fait habituellement, il reste que ces principes et valeurs ne planent pas dans les airs, qu'ils sont ceux-là mêmes qui influencent ou inspirent la conduite ordinaire des agents sociaux et*

l'usage des sondages d'opinion et du syntagme « opinion publique » dans les dispositifs de jugement. Il est en effet possible de considérer que cette utilisation dénote une stratégie argumentative aux finalités multiples.

Sous-Paragraphe 2. Un usage rhétorique et stratégique du syntagme « opinion publique »

Comme l'avait brillamment mis en évidence à la fin du dix-huitième siècle Louis-Sébastien MERCIER, l'observation de l'opinion publique apprend sans nul doute davantage sur l'observateur lui-même que sur l'objet observé : ainsi, « *les observateurs mettaient, pour ainsi dire, les mains sur le thermomètre en le consultant et prenaient pour la température de l'air la chaleur plus ou moins grande de leurs mains* »[3035]. En l'espèce, la manière dont le juge constitutionnel invoque l'opinion publique ou l'état de la société apprend beaucoup sur l'insertion du juge constitutionnel dans le processus complexe d'édiction de la norme. Il est en effet incontestable que, en théorie, le juge constitutionnel en tant qu'acteur juridique se comporte librement lorsqu'il rend une décision. Pourtant, ainsi que l'ont souligné un certain nombre d'auteurs, le juge constitutionnel dispose d'un pouvoir de création du droit « *que les conditions politiques de la démocratie d'opinion lui interdisent d'exercer* »[3036] tel qu'il le souhaite. Á proprement parler, l'usage du syntagme « opinion publique » dans les motivations du juge constitutionnel ne constitue pas une contrainte juridique. Michel TROPER et Véronique CHAMPEIL-DESPLATS expliquent en effet que « *la contrainte juridique est une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère* ». Dès lors, l'opinion publique, au même titre que les convictions personnelles des acteurs juridiques ou encore les considérations économiques, ne peut être considérée comme une contrainte juridique. Bien sûr, pour les tenants d'une telle théorie, « *il ne s'agit certes pas de nier que ces facteurs ont des répercussions sur le comportement juridique. Toutefois, du point de vue de la théorie proposée, ces facteurs n'agissent pas comme des contraintes juridiques : ils agissent comme des incitations externes au système et auxquelles les acteurs*

---

qui sont reconnus comme valables par le plus grand nombre de sorte que les standards dogmatiques sont encore descriptifs à un certain point de vue – descriptifs cette fois des dogmes en vigueur dans la société environnante et dont le juge se fait l'écho », *Droit normalité et normalisation*, IN CURAPP, *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1993, p. 70.

[3035] *Le nouveau Paris*, p. 506, cité par Christof FORDERER, *Volonté générale, droits de l'homme, opinion publique. les positions de Camille Desmoulins et de Georg Forster concernant la politique de la Terreur*, TRANSVERSALITÉS, n°89, 2004, p. 55.

[3036] Élisabeth ZOLLER, *La Cour suprême des États-Unis entre création et destruction du droit*, op. cit., p. 287.

peuvent être plus ou moins sensibles »[3037]. Nous ne souscrivons que partiellement à une telle analyse. Sauf à considérer l'opinion publique comme un être réel doté d'une volonté propre, il n'est en effet pas possible de considérer que celle-ci exerce une contrainte juridique sur le juge constitutionnel[3038]. Néanmoins, la référence à l'opinion publique se veut davantage ici une figure rhétorique qui confère au juge sa légitimité et qui n'est pas, selon nous, si étrangère au système juridique que ne le laisse supposer la théorie des contraintes juridiques. En effet, Michel TROPER lui-même avait pu expliquer que, puisque le système juridique est un système de justification, alors on doit considérer qu'« *une décision justifiée est une décision dont la justification est jugée correcte dans la société considérée* »[3039]. On doit donc en déduire que c'est parce que le juge constitutionnel a pour objectif principal de rechercher une solution raisonnable acceptée par tous que la référence à l'opinion publique s'avère parfois indispensable dans sa motivation.

Cet usage rhétorique répond alors à un objectif précis de légitimation. Il est en effet un certain nombre de « cas difficiles » où la solution ne s'impose pas d'elle-même. On peut en effet estimer avec Chaïm PERELMAN que le relativisme des valeurs aboutit inéluctablement à ce qu'il ne soit pas possible de décider rationnellement des fins à atteindre au sein d'un système juridique donné[3040].

[3037] *Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*, IN CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe et TROPER Michel (Dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, Coll. La pensée juridique, 2005, pp. 12-13.

[3038] Contra Alec STONE, *La politique constitutionnelle*, IN DRAGO Guillaume, FRANÇOIS Bastien et MOLFESSIS Nicolas (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence (…)*, op. cit., pp. 117-140. Comme le souligne un commentateur, la position d'Alec STONE relève d'un modèle où « *les juges constitutionnels anticipent les réactions des autres organes – et, selon les modèles, de l'opinion publique – à leurs décisions en tenant compte, le cas échéant, de la difficulté pour ces organes d'invalider leurs décisions en modifiant la Constitution* », Arthur DYÈVRE, *La place des Cours constitutionnelles dans la production des normes : l'étude de l'activité normative du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle fédérale*, AIJC, Vol. XXI, 2005, p. 46.

[3039] L'auteur précise plus loin que « *la théorie du droit ne décrit pas autre chose qu'un système de justification effectivement en usage dans un type donné de société* », *Système juridique et État*, APD, T. 31, 1986, p. 42.

[3040] De ce point de vue, le parallèle avec KELSEN est évident. Le Maître viennois considérait en effet que « *les conceptions de la justice, de la liberté, de l'égalité, de la moralité, etc., diffèrent tellement, selon le point de vue des intéressés, que, si le droit positif ne consacre pas l'une d'entre elles, toute règle de droit peut être justifiée par l'une de ces conceptions possibles* ». Néanmoins, contrairement au philosophe du droit belge, KELSEN considère ces imprécisions sémantiques particulièrement dangereuses en en ce que « *la conception de la justice de la majorité des juges de ce tribunal pourrait être en opposition complète avec celle de la majorité de la population et le serait évidemment avec celle de la majorité du Parlement qui a voté la loi.* […] *Pour éviter un semblable déplacement du pouvoir* […] *du Parlement à une instance qui y est étrangère et qui peut devenir le représentant de forces politiques tout autres que celles qui s'expriment dans le Parlement, la Constitution doit, surtout si elle crée un tribunal constitutionnel, s'abstenir de ce genre de phraséologie et, si elle veut poser des principes relatifs au contenu des lois, les formuler d'une façon aussi précise que possible* », La *garantie juridictionnelle des La Constitution*, op. cit., pp. 240-242. Pour une analyse croisée des conceptions de la justice, et de la science du droit qui en découle chez ces deux auteurs, cf. Norberto BOBBIO, *Perelman et Kelsen*, DROITS, n°33, 2001, pp. 165-179.

Ce relativisme conduit alors à considérer que « *le droit s'élabore à travers les controverses et les oppositions dialectiques, les argumentations en sens divers* ». C'est pourquoi il est « *bien rare que le raisonnement juridique puisse aboutir comme* […] *les démonstrations mathématiques à une conclusion contraignante* »[3041]. Ainsi, dans ce contexte de dissensus, il appartient au juge de jouer un rôle actif pour dégager un consensus ou tout du moins pour convaincre de la solution qu'il a dégagée. Celle-ci s'inscrit donc dans une logique argumentative et informationnelle où l'argumentation peut être comprise comme une technique discursive propre à « *provoquer ou accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment* »[3042]. Néanmoins, cette « nouvelle rhétorique »[3043] du juge constitutionnel se heurte à une difficulté concernant le récepteur de la décision de justice ; le juge n'agit pas seul en ce qu'il doit rendre compte de sa décision au moyen d'une argumentation qu'il développe dans sa motivation. Comme l'explique Dominique ROUSSEAU, « *le sens d'un énoncé se construit dans et par une relation complexe entre tous ceux qui en font usage, et, dans ce jeu, la juridiction constitutionnelle n'est qu'un des acteurs, celui qui facilite la circulation du dialogue.* […] *le juge constitutionnel « pousse » au dialogue les acteurs législatifs ; il ne produit pas lui-même la signification de tel ou tel énoncé ; il est ce tiers qui oblige au dialogue pour qu'apparaisse un accord sur le sens* »[3044]. Le juge constitutionnel s'adresse alors à une pluralité d'auditoires[3045] aux motivations diverses. Jean-Michel BLANQUER constate ainsi qu'« *officiellement, le juge constitutionnel s'adresse à la communauté des citoyens. En fait, avant de parvenir à ce cercle ultime, il s'adresse à des cercles plus étroits, en commençant par les auteurs de la saisine eux-mêmes, et en passant par les autorités publiques touchées par sa décision ou encore la doctrine dans son ensemble voire certains auteurs en particulier. Le juge constitutionnel doit convaincre ces différents auditoires par des arguments qui sont d'ordres différents* »[3046]. C'est à l'aune de ces difficultés que l'on saisit la stratégie argumentative du juge constitutionnel dans sa quête

---

[3041] *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, p. 7.

[3042] Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation (…)*, op. cit., p. 7.

[3043] Rappelons que Chaïm PERELMAN se démarque de la logique démonstrative et de l'évidence cartésienne pour réinvestir une rhétorique classique qui s'intéresse à la dimension persuasive du discours. Comme le souligne Corinne HOOGAERT, « *dans le Traité de l'Argumentation* […], *il précise les frontières de ce que l'on appellera désormais « la nouvelle rhétorique ». Perelman préfèrera se concentrer sur l'aspect persuasif, voire manipulatoire de la rhétorique plutôt que sur l'aspect ornemental, stylistique* », *Perelman et Toulmin. Pour une rhétorique néo-dialectique*, HERMÈS, n°15, 1995, p. 162.

[3044] *Pour une Cour constitutionnelle ?*, op. cit., p. 368.

[3045] Par auditoire, PERELMAN entend de manière large « *l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut influer par son argumentation* », *Traité de l'argumentation (…)*, op. cit., p. 25.

[3046] *Les méthodes du juge constitutionnel*, op. cit., pp. 243-244.

d'obtenir l'assentiment du plus grand nombre. Pour Chaïm PERELMAN, chaque auditoire particulier a en effet sa propre conception de l'auditoire universel et, de ce fait, toute référence à un référent commun semble inévitable[3047]. Ainsi, alors que « *l'orateur est obligé, s'il veut agir, de s'adapter à son auditoire* », la figure rhétorique de l'opinion publique permet de ménager l'ensemble des auditoires susceptibles d'être concernés par sa décision.

La nouvelle rhétorique repose sur trois principes fondamentaux : l'auditoire est une construction de l'orateur ; l'orateur doit s'adapter à l'auditoire ; il le fait en se fondant sur des points d'accord supposés et des prémisses entérinées. Envisager le procès constitutionnel sous l'angle de la rhétorique, et plus particulièrement comme le dialogue entre un orateur et un auditoire présente dès lors bien des avantages[3048]. Il est en effet possible de considérer que « *le raisonnement judiciaire vise à dégager et à justifier la solution autorisée d'une controverse, dans laquelle des argumentations en sens divers, menées conformément à des procédures imposées, cherchent à faire valoir, dans des situations variées, une valeur ou un compromis entre valeurs, qui puisse être accepté dans un milieu et à un moment donné* »[3049]. Une telle approche permet donc de saisir les rapports complexes qui s'établissent entre le juge constitutionnel et le Parlement. Ainsi, en mentionnant dans son dispositif de jugement l'état ou l'évolution de l'opinion, le juge constitutionnel démontre qu'il « *n'est donc pas un agent de perpétuation des situations juridiques mais, au contraire, un agent d'officialisation d'évolutions ayant cours dans la société dont il est souvent le premier à prendre acte dans le droit positif* »[3050]. Il rappelle surtout que, si l'interprétation est bien un acte collectif, l'appréciation politique des évolutions sociétales revient au législateur, conformément à une définition procédurale de la démocratie[3051]. Bien sûr, il ne s'agit pas ici de substantialiser

---

[3047] Guy HAARSCHER souligne dans le même sens que, afin d'éviter de verser dans un relativisme pur et simple, « *les auditoires universels ne sont pas posés arbitrairement (toute conception particulière ayant dogmatiquement tendance à « se prendre » pour universelle), mais font eux-mêmes partie de la discussion, en droit interminable* », *La justice perelmanienne, les droits de l'homme et le dialogue*, IN HAARSCHER Guy (Dir.), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 23-24. PERELMAN affirmait en effet : « *nous croyons donc que les auditoires ne sont point indépendants ; que ce sont des auditoires concrets particuliers qui peuvent faire valoir une conception de l'auditoire universel qui leur est propre ; mais, par contre, c'est l'auditoire universel non défini qui est invoqué pour juger de la conception de l'auditoire universel propre à tel auditoire concret. On peut dire que les auditoires se jugent les uns les autres* », *Traité de l'Argumentation*, op. cit., p. 46.

[3048] Pour une vision critique, cf. toutefois Christian ATIAS, *Perelman et le droit. Le rendez-vous manqué du renouveau théorique*, IN MEYER Michel (Dir.), *Perelman. Le renouveau de la théorique*, op. cit., pp. 103-121.

[3049] Chaïm PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, op. cit., p. 135.

[3050] Jean-Michel BLANQUER, *Les méthodes du juge constitutionnel*, op. cit., pp. p. 361.

[3051] « *On entend par démocratie un système dans lequel les normes générales, principalement les lois, sont produites par le peuple ou ses élus* », Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, op. cit., p. 193.

l'opinion publique. Celle-ci n'est pas un être de chair, mais une « fiction verbale » qui ne se confond pas avec une réalité empirique. De même que dans la dimension communicationnelle qui s'établit entre le juge constitutionnel et le Parlement, ce dernier demeure un construit théorique et abstrait dont la réalité physique de ses membres importe peu au regard de l'argumentation du juge. Le syntagme « opinion publique » s'avère donc un topoï argumentatif qui permet de situer la place de chacun dans le processus d'édiction de la loi.

La situation s'avère légèrement différente concernant l'opinion publique en tant qu'auditoire. Elle est ici comprise dans un sens qui la rapproche de l'auditoire universel, celui que l'on doit convaincre et non persuader. Celui-ci n'a pas pour autant d'existence objective ; il est lui aussi une fiction verbale créée de toutes pièces par un orateur en situation, en l'espèce le juge constitutionnel. On comprend alors les fluctuations sémantiques autour de la notion d'opinion publique. Mais, et c'est sans doute là un avantage non négligeable, la référence à l'opinion publique témoigne surtout de ce que le juge n'a pas à assurer le triomphe d'un intérêt ou d'un point de vue particulier mais doit tout au contraire tendre vers « *la solution équitable et raisonnable* »[3052]. La référence à l'opinion publique opère ici comme une contrainte argumentative « faible » qui laisse à penser que cette solution s'impose au juge constitutionnel[3053]. En d'autres termes, la solution doit apparaître comme « évidente »[3054], mais elle ne signifie ni que le juge renonce à une certaine liberté dans l'appréciation de cette « évidence »[3055], ni que celle-ci sera populaire en soi. Il s'agit surtout pour le juge de rendre sa décision compréhensible pour le

---

[3052] Chaïm PERELMAN, *Logique juridique (…)*, op. cit., p. 137.

[3053] « *Dans certaines situations, les acteurs ont non seulement le droit, mais aussi la possibilité réelle d'adopter un autre comportement, de produire une autre justification ou même de s'abstenir de toute justification.* [Il arrive dans certains cas que] *compte tenu des circonstances et des informations dont nous disposions, cette solution nous est apparue comme la meilleure. Elle s'est imposée à nous. L'analyse des contraintes consiste alors à faire apparaître certains raisonnements comme les moyens les meilleurs dans une stratégie de justification. Nous pouvons dans ce cas parler de contraintes faibles* », Michel TROPER, *Les contraintes juridiques dans la production des normes*, op. cit., p. 45. Denis BARANGER note avec malice que « *dans la TRI* [la théorie réaliste de l'interprétation], *tous les organes (i.e. les interprètes authentiques) sont libres, y compris celui qu'on aurait pu croire le moins libre, c'est-à-dire le juge. Dans la TC* [la Théorie des Contraintes], *aucun organe n'est libre, pas même celui qui paraissait le plus libre de tous, à savoir l'assemblée constituante* ». Avant d'ajouter : « *tout n'est-il pas contrainte ? Comment discerner dans l'enchevêtrement des rapports de causalité, tel qu'il se déploie dans la contingence historique celles des causes qui méritent d'être jugées opératoires dans le processus de changement des régimes politiques ?* », *Les Constitutions de Michel Troper*, DROITS, n°37, 2003, pp. 146-147.

[3054] Comme le signale Éric DESMONS, « *on admettra facilement que le juge instrumentalise la notion d'évidence à son profit, afin de rendre incontestable son office, sous couvert d'objectivité dans l'interprétation du droit : se bornant en apparence à déclarer une vérité partagée par tous, il échapperait ainsi à toute accusation de volontarisme, tout en le pratiquant sous la robe* », *Sur l'argument de l'évidence en droit public*, IN PUIGELIER Catherine (Dir.), *La preuve*, Paris, Économica, 2004, p. 184.

public dont il recherche la confiance[3056]. C'est par exemple dans ce sens qu'il s'agit de comprendre l'invitation faite au juge d'abandonner certaines motivations laconiques[3057], en ce qu'elle donne au public les moyens de comprendre et de critiquer le processus d'interprétation. La démocratie d'opinion se veut alors une démocratie dialogique où l'autorité du juge tient à sa capacité à motiver ses décisions et à convaincre rationnellement son auditoire. Pourtant, le juge n'est jamais en mesure de « prouver » rationnellement l'exactitude de sa démonstration car « *la démarche interprétative relève moins d'une logique formelle et contraignante que d'une raison probabiliste et d'une logique de l'argumentation* »[3058]. Il n'en demeure pas moins, ainsi que l'explique Olivier JOUANJAN, que « *la motivation des décisions de justice et la publication des motifs participe également du principe libéral de la libre discussion* »[3059], sans lequel il ne peut exister d'opinion publique libre et éclairée à même d'exercer sa fonction censoriale.

[3055] Dans des lignes magistrales, Olivier CAYLA démontre par exemple que l'initiative prise par le Conseil constitutionnel en 1982 à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois de Nationalisation de contrôler l'erreur manifeste d'appréciation du législateur conduit à un « *authentique « conseil de sages » éclairés qui, par son aptitude à déceler dans la nature juridique des choses si une nationalisation répond bel et bien à une « nécessité publique évidente », ou plus exactement s'il n'y a pas « d'erreur manifeste » dans la formulation de cette proposition descriptive (ce qui revient au même), s'érige en instituteur du législateur, susceptible de faire accéder ce dernier à l'évidence qu'il a lui-même, par sa loi, mission de constater et de révéler aux citoyens, trop aveuglés par la passion de leurs intérêts particuliers pour s'y plier spontanément* », *« Si la volonté générale peur errer ». Á propos de « l'erreur manifeste d'appréciation » du législateur*, Le Temps des Savoirs, n°2, 2000, p. 81.

[3056] Aharon BARAK résume très bien l'enjeu pour le juge qui n'a « *ni épée ni bourse. Tout ce dont il dispose, c'est de la confiance que le public lui accorde. De ce fait, le public reconnaît la légitimité des décisions judiciaires même s'il est en désaccord avec le contenu.* […] *La nécessité de s'assurer de la confiance du public ne veut pas dire aller dans le sens de la tendance générale des sondages d'opinion.* […] *La confiance du public signifie qu'il faut faire parler l'histoire et non l'hystérie. La confiance du public est accordée en reconnaissance de ce que le juge agit dans le cadre de la loi et de ses dispositions* », *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge (…)*, op. cit., p. 252.

[3057] Comme l'avait souligné le Doyen VEDEL, « *jusque là, la tradition dans les rédactions du Conseil, à l'instar de celles du Conseil d'État, allait dans le sens de la brièveté. Á partir du moment où la contestation des décisions par le monde politique est devenue vive, le Conseil a entrepris de manière systématique un travail juridico-pédagogique d'explication.* […] *Dans le même sens, et afin de faire bien comprendre à l'opinion que le Conseil n'est pas une troisième chambre politique, les décisions citent les textes constitutionnels leur servant de base* », *Neuf ans au Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 50.

[3058] François OST, *Retour sur l'interprétation*, Mélanges Morand, *Aux confins du droit*, op. cit., p. 118.

[3059] *Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ?*, op. cit., p. 88.

Conclusion Chapitre 2

« Ce qui est incontestable en métaphysique a, dans la réalité, moins de valeur qu'on ne le suppose. Le respect du pouvoir envers les Constitutions tient bien plus à la force de l'opinion publique qu'aux engagements explicites que ce pouvoir a contractés »[3060].

Ronald DWORKIN considère que « *l'interprétation créative ne relève pas de la conversation mais de la construction* »[3061]. Sans doute la manière dont le juge constitutionnel utilise le syntagme « opinion publique » confirme-t-elle de prime abord cette analyse. Mais, en inscrivant sa décision dans l'espace public, le juge constitutionnel démontre son art dialectique et réfute les interprétations qui ne verraient dans la décision de justice qu'un long monologue. La motivation de ses décisions par le juge constitutionnel est en effet seule à même d'assurer sa légitimité, en ce qu'elle structure l'espace public d'une part et soumet sa décision au jugement de l'opinion publique d'autre part. Comme le souligne Benoît FRYDMAN, il s'agit donc là d'une idée simple selon laquelle « *pour l'appréciation de sa validité, toute interprétation relève nécessairement d'une instance qui la dépasse, devant laquelle elle est appelée à se justifier* »[3062]. Par son travail d'interprétation, le juge constitutionnel garantit donc l'autonomie de l'espace public et la possibilité d'un contrôle continu des gouvernés sur les gouvernants[3063]. Il revigore la figure du Tribunal de l'opinion publique dont l'analogie juridictionnelle est une constante dans le discours libéral[3064]. Carl SCHMITT affirmait d'ailleurs que « *toutes les dispositions et normes spécifiques du parlementarisme n'acquièrent leur sens qu'à travers la discussion et l'entrée dans l'espace public* »[3065]. On sait que SCHMITT ne visait par là que la liberté d'expression et l'immunité des élus ou encore la publicité des débats parlementaires et que sa position à l'égard du contrôle de constitutionnalité

[3060] Benjamin CONSTANT, *Mémoires sur les Cent-jours*, 1ère partie, Lettre II, Fleuron, Slatkine, Paris-Genève, 1996, p. 64.

[3061] *L'empire du droit*, op. cit., p. 56.

[3062] *Le sens des lois*, op. cit., p. 663.

[3063] ALAIN pouvait ainsi écrire en 1910 que « *ce qui définit la démocratie, ce n'est pas l'origine du pouvoir, c'est le contrôle continu et efficace que les gouvernés exercent sur les gouvernants* », cité par Dominique ROUSSEAU, *Une montée en puissance… par défaut*, Le Monde, 19 novembre 1999.

[3064] L'opinion publique est « *le contrepoids de l'autorité publique. Elle se forme du concours des opinions particulières et sort de la conscience du Peuple. Ses jugements de première instance ne sont pas toujours dictés par la droite raison ; mais elle ne manque pas de les rectifier avec le temps, car elle seule a le pouvoir de réviser, de modifier et de casser ses propres arrêts. L'opinion publique est un flambeau qui éclaire la conduite et la marche des gouvernements* », Rigomer BAZIN, *Des Partis en France*, p. 8, cité par Pierre SERNA, *Rigomer Bazin et la Restauration : penser la République dans la monarchie*, AHRF, n°325, 2001, p. 60.

[3065] *Parlementarisme et démocratie*, op. cit., p. 99.

était sans équivoque puisque le rôle de gardien de la Constitution devait être dévolu au titulaire du pouvoir exécutif. Pourtant, ce que le juriste weimarien définit, c'est davantage la conception libérale du parlementarisme. Dès lors, il n'est pas interdit de penser que ses propos s'appliquent aujourd'hui sans nul doute aux décisions du juge constitutionnel. On ne peut alors que s'accorder avec Olivier JOUANJAN lorsque celui-ci affirme que « *l'argumentation des juges, le travail juridictionnel de production du droit restent ouverts à la critique, à la contestation de l'opinion publique. Cela ne veut pas dire que l'opinion publique soit elle-même détentrice d'une vérité supérieure et absolue. Elle n'est d'ailleurs pas elle-même un être, une instance substantielle. Mais* […] *le règne du droit suppose le règne de la critique, et réciproquement* »[3066].

Conclusion du titre 2

« L'opinion publique [est] un tribunal indépendant de toutes les puissances et que toutes les puissances respectent… ce tribunal du public… le juge souverain de tous les juges de la terre »[3067].

La démocratie c'est « *le gouvernement de l'opinion publique en pleine lumière* [et] *la justice au grand jour* »[3068]. La formule de CLEMENCEAU insiste sur la nécessaire relation qui peut exister entre le juge et l'opinion publique dont il tend à devenir un des porte-parole. Pourtant, ainsi que le précise Antoine GARAPON, les logiques à l'œuvre dans le processus de judiciarisation semblent antagonistes. Alors que l'exécutif et le législatif abordent la politique en termes collectifs, s'ordonnant à des projets, la justice ordinaire l'aborde davantage en termes singuliers[3069]. Á partir du moment où la primauté du droit est proclamée, il est tentant de procéder à un glissement par lequel cette primauté induirait des prérogatives pour ceux qui disent le droit, c'est-à-dire les juges[3070]. Or, une telle représentation de la justice comme étant extérieure à la

---

[3066] *Justice et espace public (…)*, op. cit., pp. 211-212.

[3067] MALESHERBES, *Discours de réception à l'Académie française*, 16 février 1808 IN *Œuvres inédites de C. G. de Lamoignon de Malesherbes*, Paris, Noël-Laurent Pissot Éd., 1808, p. 151, cité par Keith Michael BAKER, *Politique et opinion publique sous l'Ancien Régime*, op. cit., p. 58.

[3068] Georges CLEMENCEAU, *L'iniquité*, Paris, Éd. Mémoires du Livre, 2001, p. 88.

[3069] *Outreau, le juge et le politique*, Le Monde, 8 mars 2006. La pensée de KELSEN n'est d'ailleurs pas si éloignée même s'il considère que « *les organes des pouvoirs exécutif et judiciaire ne créent des normes générales qu'à titre exceptionnel. Leur fonction spécifique est de créer des normes individuelles particulières en se fondant sur les normes générales crées par la législation et la coutume* », *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 307.

sphère de l'État est purement idéologique[3071]. En effet, qu'on le veuille ou non, la justice, dans son sens institutionnel, est un appareil juridictionnel qui occupe une certaine place « *au sein de l'appareil politico-gouvernemental de l'État* »[3072]. D'un autre côté, il est évident également que la lente émergence d'un pouvoir judiciaire répond moins à une volonté d'émancipation des droits subjectifs qu'à une quête d'institution. L'enjeu est clairement politique, mais l'envahissement de notre univers par le droit risque d'étouffer à terme tous les points de vue autres que juridiques sur le monde. Poser le droit privé (le droit pénal surtout) comme premier parce qu'il est le droit des individus procède en effet d'une certaine vision du droit considéré dans sa totalité. L'inflation pénale témoigne ainsi d'une double dynamique antagoniste qui oscille en permanence entre revendication symbolique et efficacité de la sanction prononcée[3073]. Il est d'évidence que « *la criminalisation peut être utilisée par le législateur comme solution apparente pour apaiser l'opinion* »[3074]. Mais là où une démocratie apaisée se contenterait probablement de voir la norme pénale remplir une fonction essentiellement, voire exclusivement, symbolique de condamnation publique du comportement prohibé[3075], la démocratie d'opinion tend au contraire à exacerber le caractère répressif du droit pénal. Dès lors, la place du juge, ordinaire ou constitutionnel[3076], y apparaît encore incertaine : en passe de devenir un acteur collectif, son action risque néanmoins d'être « *prise au piège d'un espace public médiatisé* […] *et de se dissoudre*

[3070] « *Pour les Français, notre conception du juste est liée à une institution et celle de la justice à l'État. Or, cette approche du juste cède du terrain, ce qui nous oblige à une véritable révolution mentale : pour que la justice soit au service des citoyens, elle se doit de passer d'un statut de service public à celui de bien public* », Antoine GARAPON et Denis SALAS, *La République pénalisée*, op. cit., p. 15

[3071] Ainsi que le confirme EISENMANN, « *ceux qui présentent* [la justice] *comme étant extérieure à la sphère de l'État procèdent à une argumentation purement idéologique* », *La justice dans l'État*, op. cit., p. 157.

[3072] Ibid. Olivier BEAUD souscrit lui aussi pour une large part à cette analyse.

[3073] Comme le souligne Michel VAN DE KERCHOVE, « *la plupart des lois pénales inappliquées – ou peu appliquées – survivent ainsi en vue de satisfaire des objections morales à des comportements établis. Elles ne sont pas appliquées parce que certaines fractions de la population entendent maintenir leur conduite et elles ne sont pas abrogées parce que d'autres fractions entendent préserver leur valeur morale* », *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., pp. 350-351.

[3074] Louk HULSMAN, *Défense sociale et critères de décriminalisation*, Mélanges Ancel, *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, T. II, Paris, 1975, p. 25.

[3075] Telle est notamment la position de HART qui, citant un rapport de la Commission royale sur la peine capitale en Angleterre, estime que « *c'est une erreur de considérer que l'objet de la peine est d'être dissuasive, éducative ou préventive et rien d'autre. L'ultime justification de n'importe quelle peine n'est pas la dissuasion mais la dénonciation empathique du crime par la communauté* », *Law, liberty and morality*, Stanford University Press, 1963, p. 65.

[3076] Certaines décisions de la Cour suprême canadienne sont particulièrement explicites sur ce point. Cf. par exemple REINE C. LATIMER, 2001, CSC, § 86.

dans une circulation incessante d'images »[3077]. Dans ce contexte, la nouvelle légitimité du juge ne pourra pas se déconnecter de principes déontologiques qui visent à orienter les juges et à éclairer le public[3078], sous peine de se rappeler que « *l'opinion publique est versatile : après avoir monté au pinacle les « juges », elle peut aussi vite les précipiter de celui-ci* »[3079].

Conclusion Partie 2

« La souveraineté n'existe que d'une manière limitée et relative. Au point où commence l'indépendance de l'existence individuelle, s'arrête la juridiction de cette souveraineté. Si la société franchit cette ligne, elle se rend aussi coupable de tyrannie que le despote qui n'a pour titre que le glaive exterminateur »[3080].

L'analyse des pouvoirs constitués confirme un certain nombre d'éléments entrevus dans la première partie. Tout d'abord, contrairement à l'analyse des Lumières, le Parlement n'est plus que l'une des formes de l'exercice concret de l'esprit public. La démocratie d'opinion se caractérise donc avant tout par la multiplication des canaux institutionnels d'expression de l'opinion et favorise le renforcement des pouvoirs exécutif et judiciaire dans l'architecture constitutionnelle. Elle doit permettre de ce fait une meilleure communication entre gouvernants et gouvernés et un contrôle réciproque de chaque pouvoir sous l'œil du public. Car, et c'est là un élément profondément indépassable, la volonté libérale de délimiter le pouvoir continue volontiers de s'appuyer sur la métaphore du Tribunal de l'opinion publique. Celui-ci demeure un moyen de prévenir les abus des gouvernants et fonctionne comme un contre-pouvoir. Comme le souligne Slobodan MILACIC, « *on veut voir dans l'opinion publique un contre-pouvoir*

[3077] Denis SALAS, *Juge (aujourd'hui)*, IN ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 864.

[3078] Le Code de Bangalore, adopté sous l'égide de l'ONU en 2000 et devenu en 2002 les Principes de La Haye, propose un code mondial de conduite pour les juges qui repose sur six valeurs fondamentales : indépendance, impartialité, intégrité, conduite appropriée, égalité de traitement, compétence et diligence. Ces principes évoquent en outre une justice comme « *étant constamment soumise à l'examen critique du public* ». Le CSM défend également une vision globale de l'institution judiciaire lorsqu'il affirme dans son avis du 2 octobre 2003 que « *le respect des devoirs déontologiques, qui est une des conditions de la confiance du justiciable dans l'institution judiciaire, ne peut être apprécié sans référence à la particularité de leurs missions et aux garantie dont ils doivent bénéficier pour le remplir* ».

[3079] Olivier BEAUD, *La justice comme problème constitutionnel*, op. cit., p. 550. L'affaire d'Outreau illustre bien évidemment ces propos quelque peu prémonitoires.

[3080] Benjamin CONSTANT, *Principes de politique*, op. cit., p. 49.

« *civil* », *faisant face aux pouvoirs politiques représentatifs en général ;* […] *notre système de l'État de droit démocratique se présente de plus en plus comme un système de contre-pouvoirs généralisés, à l'image du couple législatif/exécutif ou gouvernemental/délibératif, mais de façon démultipliée, à N dimensions* »[3081]. La démocratie d'opinion revigore donc en un sens l'idéal de la séparation des pouvoirs comme structure essentielle d'un régime constitutionnel libéral où le pouvoir politique serait modéré, à savoir l'idéal du régime mixte[3082]. Il est vrai que pour les libéraux, si la Constitution est en elle-même un acte de défiance, la limitation des pouvoirs constitués et la garantie des droits passent « *d'abord par la même force qui garantit toutes les vérités reconnues, par l'opinion. L'on pourra s'occuper ensuite de le garantir de manière plus fixe, par l'organisation particulière des pouvoirs politiques. Mais avoir obtenu et consolidé la première garantie sera toujours un grand bien.* […] *il nous semble possible de découvrir des bases d'institutions politiques, qui combinent tellement les intérêts des divers dépositaires de la puissance, que leur avantage le plus manifeste, le plus durable et le plus assuré soit de rester chacun dans les bornes de leurs attributions respectives et de s'y contenir mutuellement. Mais la première question n'en est pas moins la limitation et la somme totale de l'autorité. Car avant d'organiser une chose, il faut en avoir déterminé la nature et l'étendue* »[3083]. Il s'agit donc d'instituer dans un premier temps une force invisible qui assure à elle seule la lutte contre l'arbitraire avant de prévoir mécaniquement des contrepoids à opposer aux pouvoirs institués.

Reste que cette méfiance envers le pouvoir néglige sans doute, et ce de manière surprenante, le pouvoir de l'opinion elle-même. Cette foi dans l'opinion publique n'est pas partagée par tous. Pour certains, tel les libéraux du groupe de Coppet, c'est parce qu'aucune machinerie ne pourra jamais limiter l'absolutisme mieux que ne le ferait le pouvoir social[3084] que le gouvernement représentatif ne peut se passer d'une opinion publique libre et éclairée : comme le rappelait Benjamin CONSTANT, « *ce ne sont point les formes des Constitutions qui les conservent ; il n'y a point d'opinion publique sans liberté de la presse. Quand cette liberté est étouffée, les grands corps de l'État*

[3081] *De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre-pouvoir : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme* », IN PARIENTE Alain (Dir.), *La séparation des pouvoirs (…)*, op. cit., pp. 43-44.

[3082] Ce que notait déjà Jean PETOT : « *pour assurer la modération du pouvoir, il faut compter sur d'autres contre-forces que celles de jadis et redéfinir les conditions de l'équilibre. L'opinion, dans un régime de liberté, fournit un frein peut-être le plus puissant de tous* », *La notion de régime mixte*, Mélanges Eisenmann, op. cit., p. 113.

[3083] Benjamin CONSTANT, *Principes de politique*, op. cit., pp. 55-56.

[3084] Ainsi CONSTANT affirme-t-il dans un passage célèbre que « *vous avez beau diviser les pouvoirs : si la somme totale du pouvoir est illimitée, les pouvoirs divisés n'ont qu'à former une coalition, et le despotisme est sans remède. Ce qui nous importe, ce n'est pas que nos droits ne puissent être violés par tel pouvoir sans l'approbation de tel autre, mais que cette violation soit interdite à tous les pouvoirs* », ibid., p. 1074.

sont des masses isolées de la nation, sans vie et sans force véritable »[3085]. Pour d'autres, tels TOCQUEVILLE ou MILL, existe la crainte d'un État constitutionnel qui deviendrait « *l'otage de l'opinion publique* », une sorte d'« *État de l'État* » dans une société fragmentée et inorganisée[3086]. En outre, paradoxalement, on se doit de constater qu'en devenant une figure rhétorique et discursive incontournable, la métaphore du Tribunal de l'opinion « *devient légitimante en tant que telle au point où quelques acteurs politiques ou même civils s'autoproclament contre-pouvoir pour ressourcer, c'est-à-dire conforter leur statut de légitimité dans le système.* […] *Le contre-pouvoir légitime le pouvoir à l'image de l'opposition qui légitime la majorité ou la critique d'une hypothèse scientifique* »[3087]. La figure libérale d'une Cour d'appel abstraite tend alors à nuancer le principe d'une séparation stricte entre la société civile et l'État qui est pourtant lui aussi un principe libéral primordial.

[3085] *Observations sur le discours prononcé par S.E. le ministre de l'Intérieur en faveur du projet de loi sur la liberté de la presse (1814)*, cité par Luigi LACCHÈ, *Coppet et la percée de l'État libéral constitutionnel*, IN JAUME Lucien (Dir.), *Coppet, creuset de l'esprit libéral (…)*, op. cit., p. 144.

[3086] Luigi LACCHÈ, *Per una teoria costituzionale dell'opinione pubblica (…)*, op. cit., p. 287. James BRYCE rétorquait que « *c'est alors qu'entrent en jeu cette division des pouvoirs publics si habilement imaginée ainsi que les autres freins constitutionnels : leur intervention est si précieuse, car, à des heures pareilles, l'opinion ne supporte plus aucune opposition, parfois même elle ne reculera pas pour la briser, devant des méthodes en dehors de la légalité ; mais le cas s'est rarement présenté. En des temps ordinaires, cette tyrannie de la majorité, décrite par Tocqueville qui la redoutait comme un mal inhérent aux Démocraties, n'existe plus* », *Les démocraties modernes, T. II*, op. cit., p. 137.

[3087] Slobodan MILACIC, *De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre-pouvoirs (…)*, op. cit., p. 46.

Conclusion générale

« Dans une démocratie, la volonté de la communauté est toujours façonnée par un débat constant entre majorité et minorité, par le libre examen des arguments favorables ou opposés à telle réglementation d'un domaine donné. Ce débat se déroule non seulement au sein du Parlement mais aussi et surtout dans les réunions politiques, les journaux, les livres et tout autre véhicule de l'opinion publique. Une démocratie sans opinion publique est contradictoire en soi. Dans la mesure où l'opinion publique ne peut s'exprimer que lorsque la liberté intellectuelle et la liberté de parole, de presse et de culte sont garanties, la démocratie coïncide avec le libéralisme politique »[3088].

« L'opinion publique, c'est moi ! »[3089].

Toute réflexion scientifique sur l'opinion publique se doit de prendre au sérieux la mise en garde de TOCQUEVILLE quant à l'imprécision et le vague de la pensée[3090]. Mais, accepter ces présupposés ne conduit pas à nier la plurivocité de la notion. Il ne s'agissait donc pas de déterminer avec certitude une définition *ab initio* de l'opinion publique qui aurait conduit à donner la « véritable » essence de la démocratie d'opinion. En d'autres termes, nous nous accordons avec Charles EISENMANN lorsque celui-ci écrivait qu'« *il est extrêmement difficile de donner de la démocratie politique une définition qui rende compte des conceptions et des jugements de qualification courants, et qui soit assez précise* »[3091]. La démocratie d'opinion ne peut échapper à ces incertitudes terminologiques. Néanmoins, il est possible d'étudier les discours qui prennent pour objet l'opinion publique afin de dégager une sorte de typologie.

Deux grands courants peuvent ainsi être distingués, même si ceux-ci ne se présentent pas comme un corpus entièrement homogène. Pour certains auteurs, l'expression « démocratie d'opinion » doit être comprise comme un pléonasme. Conformément à une définition libérale de

---

[3088] Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 336.

[3089] Charles Foster Kane, IN WELLES Orson (Dir.), *Citizen Kane*, RKO, 1941.

[3090] Selon TOCQUEVILLE, en effet, l'individu a nécessairement recours aux idées générales pour penser les choses humaines. Or, « *les mots abstraits qui remplissent les langues démocratiques, et dont on fait usage à tout propos sans les rattacher à aucun fait particulier, agrandissent et voilent la pensée ; ils rendent l'expression plus rapide et l'idée moins nette* », *De la démocratie en Amérique*, Livre II, op. cit., p. 74.

[3091] *Essai d'une classification théorique des formes politiques*, op. cit., p. 390.

la démocratie, l'accent est mis sur la liberté des Modernes[3092] : l'opinion publique est alors cette force qui permet de garantir les droits individuels tout en encadrant les représentants désignés par le souverain. Le juriste libéral allemand Karl VON ROTTECK peut ainsi définir la démocratie comme « *un système de gouvernement qui cherche à gagner l'opinion publique raisonnable et qui ne voit que dans l'accord avec celle-ci un rempart fiable contre l'hostilité des conspirateurs criminels ou des partis malveillants, un système qui ne se contente pas de ne pas craindre la publicité, mais l'aime, l'encourage et l'honore comme le palladium du droit et de la liberté, qui tient en particulier pour sacrée et protège la sincérité de la représentation populaire et donc, avec elle, celle des scrutins, un système qui rejette comme également illégale et déraisonnable toute mesure qui ne pourrait exécutée que par la contrainte exercée contre la majorité d'un peuple raisonnable, par l'oppression de la presse libre ou par l'étiolement de la publicité, un système enfin qui considère la protection de tous les droits et, en général, la poursuite du bien public non pas comme du domaine des mesures gracieuses mais comme une obligation juridique sacrée* […] »[3093]. L'opinion publique est ainsi une force critique et extérieure au Parlement, dont la puissance, même si elle n'est pas empiriquement mesurable, demeure une contrainte réelle pour n'importe quel gouvernement[3094]. Comme l'écrit joliment Georges BURDEAU, « *si médiocre quant à sa qualité, si fluctuante, si docile même qu'elle soit, elle remplit cependant, sur le plan politique, une fonction irremplaçable qui est de rappeler aux gouvernants que leur pouvoir concerne non pas un univers désincarné, mais une société vivante, que leurs décisions, si heureuses qu'elles puissent leur paraître rationnellement mettent en cause l'existence d'hommes qui sont appelés à en supporter les conséquences et qu'en définitive leur autorité, si nécessaire qu'elle soit socialement, ne saurait avoir de valeur sans l'accord de ceux qu'elle régit. Condamner l'opinion, c'est se résoudre au silence et, politiquement, le silence est porteur de mort ou de révolte* »[3095]. En d'autres termes, la démocratie d'opinion suppose

---

[3092] Norberto BOBBIO rappelle par exemple que « *la démocratie des Modernes est un État où la lutte contre l'abus de pouvoir est menée sur deux fronts en parallèle, contre le pouvoir d'en haut au nom du pouvoir d'en bas, et contre le pouvoir concentré au nom du pouvoir partagé.* […] *La garantie contre l'abus du pouvoir ne peut s'appuyer sur le seul contrôle par la base, qui est indirect, mais aussi doit pouvoir compter sur le contrôle réciproque entre les groupes qui représentent à leur tour via les mouvements politiques qui s'affrontent pour la conquête pacifique et temporaire du pouvoir* », *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 157.

[3093] *Rechtsphilosophie bei Rotteck/Welcker. Texte aus dem Staats-Lexikon, 1834-1847*, Freiburg, Berlin, Haufe, 1994, p. 40, cité par Olivier JOUANJAN, *Présentation*, op. cit., p. 20.

[3094] « *L'opinion publique, chez une nation qui pense et qui parle, est la règle du gouvernement : jamais il ne doit la heurter sans des raisons publiques, ni la contrarier sans l'avoir désabusée* », Guillaume Thomas François RAYNAL, *Histoire philosophique et politique des établissements et du commerce des Européens dans les deux Indes*, op. cit., Vol. 3, p. 423.

[3095] *Traité de Science politique*, T. III, *La dynamique politique*, Vol. 1, *Les forces politiques*, Paris, LGDJ, 3ème Éd., 1982, p. 123, cité par Hatem M'RAD, *L'opinion publique mondiale*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2006, p. 36.

un véritable pluralisme politique et idéologique et donc la reconnaissance des libertés de parole, de presse ou encore de réunion[3096]. La défiance envers le pouvoir conduit alors le constitutionnalisme libéral à introduire une série de contrepoids mécaniques dont l'objet est de permettre à l'opinion publique de garantir par un équilibre politique la liberté individuelle, évitant ainsi de sombrer dans le despotisme[3097]. On comprend toutefois les ambiguïtés d'une telle définition de la démocratie d'opinion en ce que celle-ci se présente comme un succédané de la démocratie représentative. Il ne s'agit pas *a priori* d'ouvrir la voie vers une démocratie plus directe où l'opinion publique serait considérée comme souveraine. Les institutions demeurent celles du régime représentatif, l'opinion n'exerçant ici qu'une forme de contrôle continu et permanent sur les gouvernants qui sont toujours habilités à vouloir au nom du peuple souverain. Jean-Marie DENQUIN peut alors écrire que « *le règne de celle-ci* [l'opinion publique], *qui s'impose peu à peu, doit être entendu à la fois comme influence des hommes du commun – les dirigeants n'ont plus le monopole des avis sur les affaires publiques – et comme reconnaissance de ce que la politique, les institutions, la personne des gouvernants, relèvent du jugement individuel et non d'une vérité dogmatique* »[3098].

Telle n'est pourtant pas la vision partagée par tous les auteurs libéraux. Certains, tel James BRYCE, n'envisagent la démocratie d'opinion que comme un au-delà de la représentation. En effet, l'existence d'un véritable espace public autonome, dont la presse serait la garante[3099], témoigne de ce que l'opinion publique ne peut se limiter au cénacle des Assemblées ; la démocratie doit alors précisément se définir comme un régime où chacun est en mesure de se

---

[3096] Pour le juriste weimarien Richard THOMA, la démocratie est un État « *où, conformément au droit public, toutes les couches du peuple ont vocation à un droit égal de suffrage, et dans lequel tous les pouvoirs de gouvernement sont établis directement ou indirectement sur cette base, ce qui, nécessairement, comprend les libertés de la presse, de réunion, d'association* », *Der Begriff der modernen Demokratie und seinem Verhältnis zum Staatsbegriff. Prolegomena zu einer Analyse des demokratischen Staates der Gegenwart*, cité par Carlos-Miguel HERRERA, *Comment assumer l'héritage webérien sous Weimar? (...)*, op. cit., p. 226.

[3097] Le révolutionnaire PEUCHET ne considérait-il pas par exemple que « *l'opinion publique diffère et de l'esprit d'obéissance qui doit régner dans un État despotique, et des opinions populaires qui président aux délibérations républicaines. Elle se compose d'une foule d'idées que l'expérience des hommes et le progrès des lumières ont successivement introduites dans un État où le gouvernement ne permet pas à la liberté nationale l'énergie de son caractère* […]. *C'est l'arme qu'un peuple éclairé oppose en masse aux opérations précipitées d'un ministre ambitieux ou d'une administration égarée* », *Discours préliminaire*, op. cit., pp. 9-10.

[3098] Jean-Marie DENQUIN, *Liberté d'expression et droit de mentir*, POLITEIA, n°10, 2006, p. 118.

[3099] « *La presse, qui la* [l'opinion publique] *reflète par une multitude d'images partielles, a contribué tour à tour à fortifier et à ébranler cette autorité. Elle participe donc de ce qu'il est convenu désormais d'appeler l'empire de l'opinion, qui a remplacé dans une large mesure en démocratie, celui de la force et de la tradition* », Roland RUFFIEUX, *Esquisse d'une méthode d'analyse quantitative de la presse (…)*, op. cit., p. 467.

donner à soi-même ses propres règles. La démocratie d'opinion correspondrait dès lors au régime où la liberté des Anciens s'accomplit pleinement, où la volonté générale est capable de se faire connaître de manière permanente et sans médiation. Elle est alors une démocratie dialogique où la délibération précède toujours la décision et où celle-ci ne peut être prise que sous la forme d'un consensus pacifique entre la majorité et la (les) minorité(s). Le Doyen VEDEL résume parfaitement cette vision idyllique de la démocratie lorsqu'il explique que tout régime démocratique doit se caractériser par « *une somme ou plutôt un infini de réseau de dialogues se recoupant, se superposant et formant une grande rumeur qui est précisément l'opinion publique* »[3100]. Malgré leur conceptualisation hésitante ou leur mise en œuvre pratique difficile, il ne fait pas de doute que les théories participative et délibérative s'inscrivent dans cette volonté de faire toute sa place à l'opinion publique dans une théorie démocratique renouvelée. La difficulté majeure réside néanmoins dans les confusions qu'opèrent ces discours entre l'opinion publique, le peuple, la Nation, confusions qui s'avéraient somme toute logiques dans la pensée des Lumières mais qui résistent mal au positivisme juridique. En effet, si le peuple ou la Nation sont bien les titulaires de la souveraineté, l'opinion publique n'est jamais mentionnée en tant que telle dans les textes constitutionnels[3101]. En outre, vanter les vertus de l'espace public peut sembler insuffisant quand « *les dimensions de la généralité publique et de l'unité collective* [ont été] *répudiées par les aspirations de l'heure* »[3102]. Dès lors nous accordons nous avec Marcel GAUCHET lorsqu'il considère que « *c'est le grand paradoxe de cette société de la publicité généralisée : l'effort pour se rendre lisible dans toutes ses parties débouche sur une bizarre indéchiffrabilité collective* »[3103].

Un deuxième grand courant de pensée va alors s'infiltrer dans les interstices de cette vision positive de la démocratie d'opinion pour en pointer les lacunes et les insuffisances. Pour ces

---

[3100] Georges VEDEL, *La notion de dialogue dans les démocraties modernes*, op. cit., p. 21.

[3101] Cf. en ce sens, Slobodan MILACIC, *La souveraineté du peuple électoral ou de l'opinion sondagière ?*, précité. Contra Georges BURDEAU qui considérait que « *ce que le droit public classique entend par volonté générale, c'est l'opinion publique qui se dégage de l'abstraction nationale. Naturellement on joue sur les termes, car lorsqu'on parle d'une volonté générale on est porté à lui donner ce caractère général, impératif, qui doit être attribué à une volonté, alors que si on va aux textes on s'aperçoit qu'il ne s'agit là que de ce que nous définissions comme opinion publique, c'est-à-dire une réunion d'avis d'où sont exclus les désirs, les appétits, les revendications. Mais pas plus que la Nation n'est la collectivité sociologiquement considérée, pas plus qu'elle n'est la réalité sociale, le citoyen n'est l'individu réel. Par conséquent, il est impossible de dégager de ce monde de chimères une volonté, et même une opinion publique* », *L'évolution des techniques d'expression de l'opinion publique dans la démocratie*, op. cit., p. 149.

[3102] Marcel GAUCHET, *La religion dans la démocratie. Parcours de la laïcité*, Paris, Gallimard, 1998, p. 127.

[3103] Ibid., p. 126.

auteurs, la démocratie d'opinion est nécessairement un oxymoron. Là aussi plusieurs variantes d'un même discours cohabitent. On peut tout d'abord considérer que l'opinion publique libre et autonome n'existe jamais véritablement. Les théories élitistes de la démocratie retiennent ainsi une conception très restrictive de l'opinion publique : celle-ci est avant tout formée par les élites puisque lorsqu'on la considère de manière spontanée elle n'est qu'une somme de préjugés. Comme peut l'écrire Giovanni SARTORI, « *l'électeur moyen n'agit pas, il réagit. Les décisions politiques ne sont pas mises au point par le peuple souverain, elles lui sont soumises. Les processus de l'opinion publique ne partent pas du peuple, ils le traversent.* […] *En réalité, nous sommes en présence d'un processus circulaire ininterrompu dont la dynamique est mise en œuvre au sommet plutôt que par le bas* »[3104]. L'opinion publique ne peut exister en dehors de la tribune de l'Assemblée et quand bien même on reconnaîtrait l'existence d'un espace public, celui-ci ne peut se former que sous l'impulsion des élites éclairées. Cette théorie, qui n'est que la reformulation des principes politiques énoncés par SIÉYÈS, conserve un certain attrait, mais elle néglige l'autonomie de l'opinion publique, ainsi que le rôle joué par les libertés dites « collectives »[3105]. Il apparaît difficile aujourd'hui de nier l'existence d'un Tribunal de l'opinion publique auquel les gouvernants sont sommés de rendre des comptes[3106]. Il est toutefois également possible d'admettre que l'opinion publique existe bien, tout en considérant qu'elle exprime alors une vision régressive du politique, marquée par une temporalité de la vitesse et par le primat de l'émotion sur le rationnel[3107]. La démocratie d'opinion est alors appréhendée de manière

---

[3104] *Théorie de la démocratie*, op. cit., p. 64.

[3105] Henri BERTHÉLÉMY souligne par exemple que « *contre la loi dont on se plaint on peut en appeler à l'opinion publique ; c'est pour faciliter cet appel qu'on a proclamé la liberté de la presse et la liberté réunion* », *La volonté générale, fondement du droit*, Mélanges Negulesco, op. cit., p. 131.

[3106] D'ailleurs Giovanni SARTORI l'admet volontiers : « *tant que le public reste autorisé à avoir une opinion, l'opinion publique reste un acteur dont il ne faudrait pas sous-estimer l'importance. Ce serait une erreur absolue que de déduire de la mauvaise qualité du citoyen ordinaire que celui-ci n'est qu'un absent. Il peut fort bien n'être qu'un analphabète en politique, mais il est là. Tenace dans ses goûts, ses espérances, c'est en exigeant un lourd tribut que l'opinion publique pénètre dans le cercle où s'élaborent les décisions politiques* », *Théorie de la démocratie*, op. cit., p. 64.

[3107] Selon Pierre ROSANVALLON, « *les problèmes fondamentaux des médias dans la société d'aujourd'hui ne relèvent pas de ce qui serait une logique du spectacle qui s'opposerait à une logique de la réflexion ou une logique de la délibération. Le problème fondamental des médias, ce n'est pas l'opposition entre l'univers de l'artificialité, l'univers de la superficialité qui recouvrirait celui des vraies réalités. Le problème fondamental que posent les médias dans les sociétés démocratiques, c'est qu'ils introduisent une accélération de la perception des événements en décalage avec le temps des institutions politiques.* […] *C'est quelque chose qui se manifeste aussi à travers la dissociation entre le rythme de ce que l'on pourrait appeler le rythme de la politique institutionnelle et le rythme de la politique exprimée par les sondages.* […] *Cette situation de révolution permanente produit en contrepartie une déception permanente aussi parce qu'il y a toujours un retard du temps des institutions ou un décalage, au moins par rapport au temps des*

péjorative comme une forme de gouvernement qui souhaite réduire l'écart entre gouvernants et gouvernés sur lequel s'est construit le régime représentatif. Elle conduit ainsi à une nouvelle forme de despotisme démocratique dont les Jacobins avaient été les précurseurs. En d'autres termes, « *la démocratie d'opinion est à l'opposé de la démocratie de masse dans laquelle l'Occident avait un temps réuni la mobilisation et la conviction. Triomphe de l'involonté, développement de la revendication, efflorescence de l'identitarisme, la démocratie d'opinion a tous les traits d'un syndrome et il est dès lors quelque peu extravagant de la considérer comme le stade suprême de la démocratie, renvoyant dos à dos la logique incarnative et la logique représentative. La démocratie du public, celle qui surmonte la contradiction entre représentant et représenté et la remplace par la surveillance sondagière des gouvernants et la célébration de la raison du nombre, est-elle autre chose que la tyrannique apathie que Tocqueville pressentait comme l'aboutissement inéluctable du règne de l'égalité et de l'atomisation du social emportés par la disparition des corps intermédiaires et par l'apparition du pouvoir immense et tutélaire, celui qui ne détruit pas mais « empêche de naître* » ? »[3108].

Que nous apprennent ces vicissitudes des acceptions de l'opinion publique ? Tout d'abord, il n'existe aucune essence de l'opinion publique. Chaque discours construit ce qu'il entend par « opinion publique ». Aucun de ces discours n'est vrai ou faux et il appartient seulement à une étude scientifique sur cette notion de les restituer. Ensuite, ainsi que l'avait déjà mis en évidence Norberto BOBBIO, « *démocratie représentative et démocratie directe ne sont pas en réalité deux systèmes alternatifs, au sens où si l'un existe, l'autre pas, mais sont deux systèmes qui peuvent s'interpénétrer* »[3109]. Les discours entourant le syntagme « opinion publique » témoignent de ces entrecroisements et relativisent *in fine* l'opposition entre libéralisme et démocratie[3110]. L'analyse de la place réservée à la liberté d'expression est ainsi symptomatique de l'interpénétration de deux types de discours puisqu'elle est « *une liberté à la fois protégée du pouvoir (libéralisme) et participative à l'égard du pouvoir (Lumières)* »[3111]. Enfin, malgré leurs différences irréversibles, tous les discours insistent

---

évènements », *Esquisse d'une histoire de la déception démocratique*, op. cit., pp. 109-110.

[3108] Jean-Marie DONÉGANI et Marc SADOUN, *La Vème République. Naissance et mort*, op. cit., p. 301.

[3109] *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 148. Dans le même sens, Georges VEDEL considérait que « *le débat entre régime représentatif et démocratie semi-directe est un peu théorique. Il ne tient pas compte d'éléments très importants* [tel le poids de l'opinion publique] *qui jouent un rôle et viennent compliquer les relations des élus et des électeurs* », *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 140.

[3110] Comme l'explique Norberto BOBBIO, « *il y a de bonnes raisons pour croire : a) qu'aujourd'hui la procédure démocratique est nécessaire pour la sauvegarde des droits fondamentaux de la personne qui sont à la base de l'État libéral ; b) que la sauvegarde de ces droits est nécessaire pour le fonctionnement correct de la procédure démocratique* », *Libéralisme et démocratie*, op. cit., p. 51.

[3111] Géraldine MUHLMAN, *Le gros mot de contre-pouvoir*, POUVOIRS, n°119, 2006, p. 61.

sur la publicité comme élément central du phénomène démocratique. Une vision optimiste, libérale, telle que celle prônée par Rudolf SMEND présente ainsi l'opinion publique comme « *un élément essentiel, voire institutionnel, de l'ordre constitutionnel, et comme ayant également des caractéristiques essentielles, à savoir la liberté ou la spontanéité la plus grande possible, la plus grande Öffentlichkeit factuelle possible, l'orientation concrète vers l'idée du bien commun, et enfin comme espace de débat permanent entre la nation et le gouvernement* »[3112]. L'usage public de la raison, au sein d'un espace public où s'échangent des opinions plurielles, est tout à la fois la condition pour que l'action des gouvernants puisse être contrôlée, mais également un prélude à une sorte d'autodétermination collective[3113]. D'autres auteurs, au contraire, stigmatisent des « idéologies sans visage »[3114], celles de la transparence et de la communication dont l'apparition aurait contribué au dépérissement de la politique. Pire, elle aboutirait à une « *tyrannie de l'opinion qui est une tyrannie impersonnelle, une tyrannie sans tyran* »[3115].

La Publicité oscille donc entre information et frénésie communicationnelle, transparence et idéologie dromocratique asservissant les gouvernants aux desiderata des gouvernés[3116]. Mais quelle que soit l'acception retenue, la transformation du régime représentatif reste indubitablement liée à l'essor de la communication politique dans les démocraties de masse[3117]. Celle-ci a en effet pour objet de mettre en scène les arguments politiques qui serviront à la conquête du pouvoir et elle influe de manière considérable sur le jugement public. On peut alors considérer que les médias participent à la réactivation de l'espace public, à la construction d'une nouvelle figure citoyenne où ce dernier, sans pour autant nécessairement prendre part

---

[3112] *Á propos du problème du public (…)*, op. cit., pp. 173-174.

[3113] Comme l'écrit Boris LIBOIS, « *la Publicité est l'usage public de la raison, le règne de la critique, la demande de justification, la médiatisation par la raison, dans toutes ses formes et institutionnalisations.* […] *le principe de la Publicité est le seul principe moral légitime pour permettre à la communication politique de maintenir ses propres conditions internes d'autonomie* […]. *Le corollaire de cette formation démocratique de la volonté politique par la constitution et l'exercice publics de l'opinion est la participation égale et libre de chacun à l'élaboration, sous contrainte de la délibération publique et dans le respect de l'État de droit, des principes structurant la vie publique* », *Liberté de la communication ou liberté des médias*, Mélanges Hanotiau, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 134-135.

[3114] Alain-Gérard SLAMA, *Peut-on gouverner contre les médias ? L'idéologie sans visage*, LE DÉBAT, n°88, 1996, pp. 63-67.

[3115] Yves-Charles ZARKA, *Démocratie et pouvoir médiatique*, op. cit., p. 127.

[3116] Pour une présentation de ce débat, cf. Guy CARCASSONNE, *Peut-on gouverner contre les médias ? Le pari démocratique*, LE DÉBAT, n°88, 1996, pp. 57-62.

[3117] Dominique WOLTON, *Le statut de la communication politique dans les démocraties de masse. Ses rapports avec les médias et l'opinion publique*, IN PÉCAUT Daniel et SORJ Bernardo (Dir.), *Métamorphoses de la représentation au Brésil et en Europe*, op. cit., pp. 319-332.

directement à la prise de décision, suit de manière soutenue l'activité politique des représentants qu'il a désignés[3118]. Le journalisme apparaît dans cette hypothèse comme consubstantiel à l'activité politique en ce qu'il est sensé fournir au citoyen une information honnête et équitable : comme l'écrit Marcel GAUCHET, « *pas de mécanisme représentatif au sens moderne sans une machinerie destinée à assurer la lisibilité collective de son fonctionnement et sans un corps d'intermédiaires entre le personnel politique et les citoyens pour l'alimenter* »[3119]. Ainsi, tant l'autonomisation progressive des médias par rapport au pouvoir politique que la juridicisation de la communication permettent de voir dans les médias un pouvoir institutionnalisé[3120]. Pourtant, un tel postulat négligerait le fait que « *les médias exercent sur l'espace public un monopole qui les place à l'abri de la critique publique, c'est-à-dire dans une position éminemment dogmatique* »[3121]. Maîtrisant l'expression publique des critiques qui peuvent leur être adressées, les médias tendraient subrepticement à s'ériger, selon la formule de BURKE, en un « *quatrième pouvoir* », venant reconfigurer l'architecture constitutionnelle démocratique[3122]. Dans un premier temps, la théorie de la représentation semble, il est vrai, impuissante à se saisir de ce pouvoir médiatique. En effet, le pouvoir médiatique apparaît informel, fragmenté, détenu par des acteurs privés et donc confronté à une logique de marché[3123], et par suite imperméable aux critères dont se sert classiquement le droit constitutionnel pour expliquer la répartition du pouvoir au sein de l'État. Toutefois, un certain nombre de réserves peut être levé. D'une part, la liberté de la presse est indissociable de la liberté d'entreprendre. L'indépendance matérielle et financière est en effet la condition *sine qua non* pour éviter toute censure a priori, conférant ainsi à la liberté d'expression un caractère politique particulier[3124]. D'autre part, et surtout, le pouvoir représentatif, nécessairement public et publicisé, s'accompagne d'un contre-pouvoir qui est certes une puissance sociale

[3118] Ainsi l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe considère-t-elle que « *les médias assument, à l'égard des citoyens et de la société, une responsabilité morale qu'il faut souligner, particulièrement dans un moment où l'information et la communication ont une grande importance tant pour le développement de la personnalité des citoyens que pour l'évolution de la société et de la vie démocratique* », Résolution 1003 relative à l'éthique du journalisme, point 1, 1er juillet 1993 (en ligne sur le site du Conseil de l'Europe).

[3119] Marcel GAUCHET, *Contre-pouvoir, méta-pouvoir, anti-pouvoir*, op. cit., p. 20.

[3120] Jean-Marie PONTIER, *Les médias, un pouvoir institutionnalisé ?*, RDP, n°5/6-1998, pp. 1625-1639.

[3121] Alain SUPIOT, *Le jeu de miroirs du droit et des médias*, Droit et société, n°16, 1990, p. 316.

[3122] Il semble que c'est en 1827 qu'apparaît dans le débat parlementaire la notion d'un « *quatrième pouvoir de l'État* » qui existerait en dehors de la Charte constitutionnelle. Cf. Lucien JAUME, *Heurs et malheurs de la liberté de la presse*, op. cit., pp. 56-59 spécialement.

[3123] Pierre BOURDIEU souligne ainsi combien le champ journalistique est « *soumis en permanence à l'épreuve des verdicts du marché, à travers la sanction, directe, de la clientèle ou, indirecte, de l'Audimat* », *L'emprise du journalisme*, ARSS, n°101/102, 1994, p. 5.

considérable, mais qui se contente de limiter de l'extérieur les pouvoirs constitués. Il est alors en quelque sorte un intermédiaire anonyme qui permet à la collectivité de s'exprimer dans un dialogue constant et indépendamment du lien électif. Comme l'écrit Dominique ROUSSEAU, « *les médias rendent également transparent le monde politique et l'opinion n'ignore rien de la vie, des actions, des intérêts, des querelles, des ambitions de leurs représentants.* […] *Aujourd'hui, une parole télévisuelle – et l'image qui l'accompagne – touche plus de personnes que n'importe quelle écriture soigneuse d'un programme politique* »[3125]. Plus précisément, on peut également penser que les médias ne sont pas, à proprement parler, *le* contre-pouvoir ; en effet, selon Marcel GAUCHET, ils ne sont « *que la force qui permet au contre-pouvoir d'advenir et de fonctionner, indépendamment de lui, bien que ce soit au travers de lui* »[3126]. En d'autres termes, le pouvoir médiatique n'existe pas réellement en ce qu'il ne serait que le vecteur de la manifestation de l'opinion publique qui, elle, serait le contre-pouvoir par excellence.

Reste que ce type d'analyses tend à parfois oublier la fameuse formule de MAC LUHAN selon laquelle « *le message, c'est le médium* »[3127]. Il est incontestable que les médias ne peuvent représenter l'opinion publique au sens formel et théorique du terme[3128]. Ainsi, lorsque Bernard MANIN souligne que « *les canaux par lesquels se forme l'opinion publique politique sont relativement neutres* [car] *ils ne sont pas structurellement liés aux organisations qui agrègent les votes lors des*

[3124] On peut penser au sous-titre du célèbre ouvrage de John MILTON : *Aeropagicita. Pour la liberté d'imprimer sans autorisation, ni censure* (1644), Paris, Aubier Montaigne, 1956.

[3125] *De la démocratie continue*, op. cit., p. 16. L'auteur ajoute que cette démonstration « *a un double mérite : celui de montrer que la première condition de la participation démocratique, c'est-à-dire de l'intervention du citoyen comme acteur, est l'accession de l'opinion à l'intelligence du jeu politique ; celui aussi de distinguer la démocratie continue à la fois de la démocratie représentative où les représentants dans leur monde clos et secret prennent leurs décisions sans être tenus par la volonté des gouvernés, et de la démocratie directe qui prétend abolir toute distinction entre représentants et représentés* ».

[3126] Marcel GAUCHET, *Contre-pouvoir, méta-pouvoir, anti-pouvoir*, op. cit., p. 22.

[3127] *Pour comprendre les médias. Les prolongements technologiques de l'homme*, (1964) Paris, Seuil, 1968.

[3128] « *Il serait faux, néanmoins, d'en déduire que les médias représentent l'opinion publique ou qu'ils doivent remplacer les fonctions propres aux pouvoirs publics ou aux institutions à caractère éducatif ou culturel telles que l'école. Cela amènerait à convertir les médias et le journalisme en pouvoirs et contre-pouvoirs («médiocratie»), sans que ceux-ci soient représentatifs des citoyens ni assujettis aux contrôles démocratiques comme les pouvoirs publics, et sans qu'ils possèdent la spécialisation des institutions culturelles ou éducatives compétentes. Par conséquent, le journalisme ne doit pas conditionner ni médiatiser l'information vraie ou impartiale, ni les opinions honnêtes en prétendant créer ou former l'opinion publique, étant donné que sa légitimité réside dans le respect effectif du droit fondamental des citoyens à l'information dans le cadre du respect des valeurs démocratiques* », Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1003 relative à l'éthique du journalisme, points 21-22-23, 1er juillet 1993, précitée.

élections, les partis »[3129], il néglige le fait que les médias, même s'ils n'expriment pas une « *volonté unifiée* »[3130], contribuent néanmoins à la construction sociale de la réalité, à la mise en scène des enjeux politiques et sociaux. Cette reconfiguration démocratique apparaît ainsi comme l'expression d'un mythe[3131] qui prend la forme de l'illusion contemporaine d'une démocratie directe qui aurait délocalisé la prise de décision dans des médias, « *plus aptes à représenter les attentes sociales et à faire communiquer les citoyens entre eux* »[3132]. La théorisation proposée par Marcel GAUCHET souligne elle aussi le risque de voir se transformer le pouvoir médiatique en un « *anti-pouvoir où s'anéantit, au nom du pouvoir de tous, la capacité collective de se penser et de se vouloir* »[3133]. La logique alors à l'œuvre dans la démocratie d'opinion est celle de la dépolitisation à laquelle répond un recours croissant au droit. Instances de surveillance, les médias tendent ainsi à contrôler les pouvoirs constitués à l'aune de leur légitimité, jusqu'à les dissoudre entièrement. En d'autres termes, « *la fascination de l'opinion produit aujourd'hui l'idée qu'il n'y a plus rien à représenter, au risque de renforcer les illusions de la démocratie directe dont se nourrissent communément l'idéologie populiste et la communication* »[3134].

Sans doute, la double dynamique ainsi décrite est-elle inhérente à l'approfondissement du mécanisme représentatif. La démocratie de contrôle se doit de ne pas anéantir son objet, sous peine de voir disparaître l'essence même du phénomène démocratique. Mais, de ce fait, il apparaît aussi évident que le pouvoir médiatique n'est pas sans influence sur la production du savoir juridique : « *les mass media, particulièrement la télévision, suscitent une vision du droit fragmentée et inconstante, une vision de messagers juridiques lacunaires et contradictoires, de règles et de contre-règles qui incitent simultanément à l'obéissance et à la désobéissance, à l'action légale et illégale* »[3135]. De toute évidence, afin de lutter contre une contestation accrûe de la légitimité des

---

[3129] Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., p. 293.

[3130] Olivier DUHAMEL, *Médias et crise de la démocratie*, IN ROUSSEAU Dominique (Dir.), *La démocratie continue*, op. cit., p. 72.

[3131] René GIRARD a démontré que « le mythe n'est pas l'expression de l'équilibre social mais, tout au contraire, la réponse dynamique aux divisions, aux violences potentielles, la tentative de surmonter dans une logique symbolique la négation pratique inscrite dans l'activité sociale », La Violence et le Sacré, Paris, Grasset, 1972, p. 16.

[3132] Antoine GARAPON, *La justice est-elle « délocalisable » dans les médias » ?*, Droit et société, n°26, 1994, p. 75.

[3133] Marcel GAUCHET, *Contre-pouvoir, méta-pouvoir, anti-pouvoir*, op. cit., p. 29.

[3134] Olivier MONGIN, *Le politique, le communicateur et l'opinion. Les racines du malaise français (II)*, ESPRIT, n°2-1993, p. 189.

[3135] Stewart MACAULAY, *Images of Law in Everyday life ; the lessons of school, entertainment and spectators sports*, Law and society review, 1987, 21, p. 185, cité par Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Droit : une carte de la lecture*

acteurs en charge de dire le droit[3136], on ne peut alors qu'accepter l'invitation de Stéphane RIALS, pour qui les médias, « *par les fonctions qu'ils exercent,* [...] *forcent à un renouvellement de la réflexion, pour que les possibilités extraordinaires qu'ils ouvrent soient au service de l'homme* »[3137]. C'est à cette condition qu'il sera possible de reprendre les propos d'Adhémar ESMEIN considérant l'opinion publique comme « *la plus grande force politique des temps modernes* »[3138].

---

déformée. Pour une conception post-moderne du droit, Droit et société, n°10, 1988, p. 382.

[3136] Telle est par exemple la position de Pierre BOURDIEU : « *le champ juridique n'est pas ce qu'il croit être, c'est-à-dire un univers pur de toute compromission avec les nécessités de la politique ou de l'économie.* […] *Qu'adviendra-t-il des juristes, incarnations plus ou moins sincères de l'hypocrisie collective, s'il devient de notoriété publique que, loin d'obéir à des vérités et des valeurs transcendantes et universelles, ils sont traversés comme tous les autres agents sociaux, par des contraintes comme celles que font peser sur eux, bouleversant les procédures ou les hiérarchies, la pression des nécessités économiques ou la séduction des succès journalistiques ?* », *L'emprise du journalisme*, op. cit., p. 9.

[3137] Stéphane RIALS, *Entre artificialisme et idolâtrie. (…)*, op. cit., p. 179.

[3138] *Éléments de droit constitutionnel (...)*, op. cit., p. 250.

Bibliographie

1. Manuels, traités, dictionnaires, recueils de textes annotés, recueils de jurisprudence

- ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2003.

- ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GOUTTENOIRE Adeline, LEVINET Michel, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, Sudre Frédéric (Dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, Coll. Thémis Droit, 2007.

- ARDANT Philippe, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 19ème Éd., 2007.

- AVRIL Pierre et GICQUEL Jean, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, Coll. Précis Domat Droit Public, 3ème Éd., 2004.

- BARANGER Denis, *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, Coll. QSJ, 3ème Éd., 2006.

- BARTHÉLEMY Joseph et DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, Coll. Les Introuvables, 2004 (Éd. originale 1933).

- BARTHÉLÉMY Joseph, *Précis de droit public*, Dalloz, 2006 (Éd. originale 1937).

- BÉLY Lucien (Dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2003.

- BLACHÈR Philippe, *Droit constitutionnel*, Paris, Hachette, 2ème Éd., 2007.

- BRAUD Philippe, *Sociologie politique*, Paris, LGDJ, Coll. Manuel, 8ème Éd., 2006.

- CADIET Loïc (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

- CANTO-SPERBER Monique (Dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 1996.

- Carbonnier Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10ème Éd., 2001.

- Cornu Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique : Association Henri Capitant*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 8ème Éd., 2007.

- Debard Thierry, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, Ellipses, Coll. Dictionnaires de droit, 2ème Éd., 2007.

- Duguit Léon, *Traité de droit constitutionnel*, *T. 1*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing et Compagnie, 3ème Éd., 1927.

- Duhamel Olivier et Meny Yves (Dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992.

- Esmein Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, Coll. Droit public, 2001 (Éd. originale 1911).

- Favoreu Louis (Dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Coll. Précis, 10ème Éd., 2007.

- Favoreu Louis et Philip Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz-Sirey, 13ème Éd., 2005.

- Furet François et Ozouf Mona (Dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, Coll. Champs, 1992.

- Hamon Francis, Troper Michel, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Coll. Manuel, 29ème Éd., 2005.

- Hauriou Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12ème Éd., 1933.

- Hauriou Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2ème Éd., 1929.

- Lafferrière Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Domat-Montchrestien, 2ème Éd., 1947.

- Lauvaux Philippe, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 3ème Éd., 2004.

- Long Marceau, Weil Prosper, Braibant Guy, Delvolve Pierre, Genevois Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz-Sirey, 15ème Éd., 2005.

- Mathieu Bertrand et Verpeaux Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002.

- Mesure Sylvie et Savidan Patrick (Dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, 2006.

- Morange Jean, *La liberté d'expression*, Paris, PUF, Coll. QSJ, 1993.

- Perrineau Pascal et Reynié Dominique (Dir.), *Dictionnaire du vote*, Paris, PUF, 2001.

- Prélot Marcel, *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, 7ème Éd., 1980.

- Plantin Christian, *L'argumentation : histoires, théories et perspective*, Paris, puf, Coll. qsj, 2005.

- Raynaud Philippe et Rials Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, puf, Coll. Quadrige, 3ème Éd., 2003.

- Rémond René, *La vie politique en France (1789-1848), T. 1*, Armand Colin, 1965.

- Rials Stéphane, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette Littérature, Coll. Pluriel, 1989.

- Rousseau Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 7ème Éd., 2006.

- Rossi Pellegrino, *Cours de droit constitutionnel*, T. IV, Paris, Guillaumin et Cie, 1867.

- Sfez Lucien (Dir.), *Dictionnaire critique de la communication, T. 2*, Paris, puf, 1992.

- Troper Michel, *La philosophie du droit*, Paris, puf, Coll. qsj, 2005.

- Vedel Georges, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 2002 (Éd. originale 1949).

- Wachsmann Patrick, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz-Sirey, Coll. Cours, 5ème Éd., 2005.

- Zoller Élisabeth, *Introduction au droit public*, Dalloz-Sirey, Coll. Précis, 2006.

- Zoller Élisabeth, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, puf, 2000.

2. Essais, Monographies, Thèses, Mémoires

2.1 Essais, Monographies

- Ackerman Bruce et Fishkin James, *Deliberation Day*, London, Yale University Press, 2004.

- Aguila Yann, *Le conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, lgdj, Coll. Travaux et recherches de l'université Panthéon-Assas, 1994.

- Arendt Hannah, *Du mensonge à la violence*, Paris, Calmann-Lévy, 1972.

- Arendt Hannah, *Qu'est-ce que la politique ?*, Paris, Seuil, Coll. L'ordre philosophique, 1995.

- Austin John, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, Coll. L'ordre philosophique, 1970.

- Avril Pierre, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, puf, Coll. Léviathan, 1997.

- Bagehot Walter, *La Constitution anglaise*, Paris, Germer Baillière, Coll. Bibliothèque d'Histoire contemporaine, 1869.

- Baker Keith Michael, *Au tribunal de l'opinion. Essais sur l'imaginaire politique au XVIII*ème *siècle*, Paris, Payot, 1993.

- Baume Sandrine, *Kelsen. Plaider la démocratie*, Paris, Michalon, Coll. Le Bien commun, 2007.

- Barber Benjamin, *Strong democracy, Participatory politics for a New Age*, Berkeley, University of California Press, 1984.

- Beaud Olivier, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris, puf, Coll. Béhémoth, 1999.

- Bentham Jérémy, *Garanties contre l'abus de pouvoir et autres écrits sur la liberté politique*, Paris, Éd. ens, 2002.

- Blondiaux Loïc, *La fabrique de l'opinion*, Paris, Seuil, 1998.

- Bobbio Norberto, *Le futur de la démocratie*, Paris, Seuil, Coll. La couleur des idées, 2007.

- Bobbio Norberto, *Libéralisme et démocratie*, Paris, Éd. du Cerf, Coll. Humanités, 1996.

- Böckenförde Ernst Wolfgang, *Le droit, l'État, et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant-lgdj, 2000.

- Boivin Dominique, *Le lobbying ou le pouvoir des groupes de pression*, Montréal, Éd. du Méridien, 1987.

- Braud Philippe, *La démocratie politique*, Seuil, Coll. Points, Paris, 2003.

- Breyer Stephen, *Pour une démocratie active*, Paris, Odile Jacob, 2007.

- Bryce James, *La République américaine, T. I*, Paris, Giard et Brière, Coll. Bibliothèque internationale de droit public, 2ème Éd. française, 1911.

- Bryce James, *La République américaine, T. III, Le système de partis – L'opinion publique*, Paris, Giard et Brière, Coll. Bibliothèque internationale de droit public, 2ème Éd. française, 1911.

- Bryce James, *Les démocraties modernes*, Paris, Payot, 1924.

- Burdeau Georges, *L'État*, Paris, Seuil, Coll. Points, 1992 (1ère Éd. 1970).

- Burnand Léonard, *Necker et l'opinion publique*, Paris, Éd. Honoré Champion, 2004.

- Cabanis André et Martin Michel Louis, *La dissolution parlementaire à la française*, Paris, Presses de Science Po, 2001.

- Callon Michel, Lascoumes Pierre, Barthe Yannick, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris, Le Seuil, Coll. La Couleur des idées, 2001.

- Cambiano Giuseppe, *Polis. Histoire d'un modèle politique*, Paris, Aubier, Coll. Philosophie, 2003.

- Capitant René, *Démocratie et participation politique dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Paris, Bordas, 1972.

- Capitant René, *Écrits d'entre-deux-guerres*, textes réunis par Olivier Beaud, Paris, Éd. Panthéon-Assas, Coll. Les Introuvables, 2004.

- Carbonnier Jean, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Flammarion, Coll. Forum, 1996.

- Carbonnier Jean, *Essai sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat, Defrénois, 2ème Éd., 1995.

- Carré de Malberg Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 Tomes, (1920), Paris, Éd. CNRS, 1962.

- Carré de Malberg Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Économica, 1984.

- Champagne, Patrick, *Faire l'opinion, le nouveau jeu politique*, Paris, Éd. de Minuit, 1990.

- Chateaubriand François-René, *De la Monarchie selon la Charte*, in *Œuvres complètes*, Nendeln, Kraus Reprint, 1975.

- Chateaubriand François-René, *Œuvres complètes*, Paris, Éd. Garnier, 1861.

- Chevallier Jacques, *L'État post-moderne*, Paris, lgdj, Coll. Droit et société, n°35, 2003.

- Cohen-Tanugi Laurent, *Le droit sans l'État*, Paris, puf, Coll. Quadrige, 1992.

- Constant Benjamin, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leur rapport avec la civilisation européenne*, Paris, Imprimerie nationale, Coll. Les acteurs de l'histoire, 1992.

- Constant Benjamin, *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, Coll. Folio Essais, 2004.

- Constant Benjamin, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans le grand pays*, Paris, Aubier, 1991.

- Constant Benjamin, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements (version 1806-1810)*, Paris, Hachette Littérature, Coll. Pluriel, 1997.

- De Baecque Francis, *Qui gouverne la France? Essai sur la répartition du pouvoir entre le chef de l'État et le chef du gouvernement*, Paris, puf, Coll. Droit d'aujourd'hui, 1976.

- Dicey Albert Venn, *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre*, Paris, Giard et Brière, Coll. Bibliothèque internationale de droit public, Éd. française, 1906.

- Donegani Jean-Marie et Sadoun Marc, *La Vème République : naissance et mort*, Paris, Gallimard, Folio, 1999.

- Durkheim Émile, *De la division du travail social*, Paris, puf, Coll. Quadrige, 2004.

- Dworkin Ronald, *L'Empire du droit*, Paris, puf, Coll. Recherches politiques, 1994.

- Dworkin Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, puf, Coll. Léviathan, 1995.

- Eisenmann Charles, *Écrits de théorie politique, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Charles Leben, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2002.

- Friedrich Carl, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, puf, Coll. Bibliothèque de la Science politique, 1958.

- Frydman Benoît, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Penser le droit, 2005.

- Garapon Antoine, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996.

- Garapon Antoine et Salas Denis, *La République pénalisée*, Paris, Hachette, Coll. Questions de société, 1996.

- Gauchet Marcel, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, Gallimard, Coll. Bibliothèque des histoires, 1995.

- Gaxie Daniel, *La démocratie représentative*, Paris, 4ème Éd., Montchrestien, Coll. Clefs, 2003.

- Gérard Philippe, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, pufsl, 1995.

- Gerstlé Jacques, *La communication politique*, Paris, Armand Colin, Coll. Compact civis, 2004.

- Gervereau Laurent, *Histoire du visuel au XXème siècle*, Paris, Seuil, Coll. Points Histoire, 2003.

- Gicquel Jean, *Essai sur la pratique de la Vème République. Bilan d'un septennat*, Paris, lgdj, 1977.

- Girard André et Stoetzel Jean, *Les sondages d'opinion publique*, Paris, puf, Coll. Le psychologue, 1979.

- Girard René, *Le Bouc émissaire*, Paris, lgf, 1986.

- Giraud Émile, *La crise de la démocratie et les réformes nécessaires du pouvoir législatif*, Paris, Giard et Brière, Coll. Bibliothèque internationale de droit public, 1925.

- Guarnieri Carlo et Pederzoli Patrizia, *La Puissance de juger. Pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris, Michalon, 1996.

- Guizot François, *Histoire des origines du gouvernement représentatif en Europe*, *T. II*, Paris, Éd. Didier, 1851.

- Habermas Jürgen, *De l'usage public des idées. Écrits politiques. 1990-2000*, Paris, Fayard, 2005.

- Habermas Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, Coll. nrf essais, 1997.

- Habermas Jürgen, *L'espace public* (1978), Paris, Payot, Coll. Critique de la politique, 2003.

- Habermas Jürgen, *L'intégration républicaine. Essai de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998.

- Habermas Jürgen, *Raison et légitimité*, Paris, Payot, Coll. critique de la politique, 1978.

- Habermas Jürgen, *Sociologie et théorie du langage*, Paris, Armand Colin, 1995.

- Hegel Georg Wilhelm Friedrich, *Philosophie du droit*, Paris, Flammarion, Coll. GF, 1999.

- Herrera Carlos-Miguel, *Droit et gauche. Pour une identification*, Presses Universitaires de Laval, Coll. Dikè, 2003.

- Heurtin Jean-Philippe, *L'espace public parlementaire. Essai sur les raisons du législateur*, Paris, puf, Coll. Droit, Éthique et Société, 1999.

- Hobbes Thomas, *Le Léviathan*, Paris, Gallimard, Coll. Folio, 2000.

- Holmes Stephen, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne* (1984), Paris, puf, Coll. Léviathan, 1994.

- Howard Dick, *Pour une critique du jugement politique. Comment repolitiser le jeu démocratique*, Paris, Cerf, Coll. Passages, 1998.

- Jaùme Lucien, *Échec au libéralisme. Les Jacobins et l'État*, Montréal, Kimé, 1990.

- Jaume Lucien, *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard, 2000.

- Jaume Lucien, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989.

- Jaume Lucien*, L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997.

- Jellinek Georg, *L'État moderne et son droit. Première partie. Théorie générale de l'État*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, Coll. Les introuvables, 2005.

- Kelsen Hans, *La démocratie, sa nature, sa valeur* (1920), Paris, Économica, 1988.

- Kelsen Hans, *Théorie générale du droit et de l'État* (1945), Paris, Bruylant, lgdj, 1997.

- Kelsen Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2ème Éd., 1962.

- Koselleck Reinhardt*, Le règne de la critique* (1ère Éd. 1959), Paris, Éd. de Minuit, Coll. Arguments, 1979.

- Lambert Edouard, *Le gouvernement des juges* (1921), Paris, Dalloz, 2005.

- Landi Sandro, *Naissance de l'opinion publique dans l'Italie moderne*, pur, Coll. Histoire, 2006.

- Lascoumes Pierre, Poncela Pierrette et Lenoël Pierre, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989.

- Laski Harold, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, Paris, puf, Coll. Bibliothèque de la Science politique, 1950.

- Lassale Jean-Pierre, *La démocratie américaine. Anatomie d'un marché politique*, Paris, Armand Colin, Coll. Université Science Politique, 1991.

- Le Bon Gustave, *Psychologie des foules* (1895), Paris, puf, 1981.

- Lefort Claude, *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire* (1981), Paris, Fayard, 1994.

- Lippmann Walter, *The phantom public*, New York, Brace and Company, 1925.

- Locke John, *Second traité du Gouvernement Civil*, Paris, puf, Coll. Épiméthée, 1994.

- Lowell Abbott Lawrence, *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, Paris, Giard et Brière, Coll. Bibliothèque internationale de droit public, 1924.

- Maine Henry, *Essai sur le gouvernement populaire*, Paris, Ernest Thorin, 1887.

- Manent Pierre, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 2006.

- Manin Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, Coll. Champs, 1995.

- Martens Paul, *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Liège, Éd. Larcier, Coll. de la faculté de droit de l'Université de Liège, 2002.

- Melkevik Bjarne, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, Coll. Dikè, 2005.

- Michels Roberto, *Les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques de l'organisation* (1911), Paris, Flammarion, 1971.

- Mill John Stuart, *De la liberté* (1859), Paris, Gallimard, Coll. Folio essais, 2005.

- Mill John Stuart, *Le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin, Coll. Bibliothèque des sciences morales et politiques, 3ème Éd., 1877.

- Mirabeau Honoré-Gabriel Riqueti, *Œuvres de Mirabeau*, *T. III*, Paris, Lecointe et Pougin, 1834.

- Moderne Franck, Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé**,** Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2006.

- Monnier Raymonde, *L'espace public démocratique. Essai sur l'opinion publique à Paris de la Révolution au Directoire*, Paris, Kimé, 1994.

- Moscovici Serge et Doise Willem, *Dissension et consensus. Une théorie générale des décisions collectives*, Paris, puf, 1992.

- M'Rad Hatem, *L'opinion publique mondiale*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2006.

- Ost François et van de Kerchove Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, pufsl, Coll. Travaux et recherches, 1987.

- Ostrogorski Moisei, *La démocratie et les partis politiques* (1902), Paris, Fayard, Coll. L'esprit de la Cité, 1993.

- Ozouf Mona, *L'homme régénéré. Essai sur la Révolution Française*, Paris, Gallimard, Coll. Bibliothèque des Histoires, 1989.

- Pasquino Pasquale, *Siéyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998.

- Perelman Chaïm, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979.

- Perelman Chaïm (en collaboration avec Lucie Olbrechts-Tyteca), *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (1958), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 5ème Éd., 1988.

- Pitkin Hanna, *The concept of representation*, Berkeley, University of California Press, 1972.

- Popper Karl, *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*, Paris, Payot, 1985.

- Popper Karl, *La société ouverte et ses ennemis* (1945), Paris, Seuil, 1979.

- Popper Karl, *La télévision : un danger pour la démocratie*, Paris, Éd. Anatolia, 1995.

- Rawls John, *Théorie de la justice* (1971), Paris, Seuil, 1987.

- Reynié Dominique, *Le triomphe de l'opinion publique. L'espace public français du XVIème au XXème siècle*, Paris, Odile Jacob, 1998.

- Ricoeur Paul, *Lectures I. Autour du politique*, Paris, Seuil, Coll. Points, 1991.

- Rosanvallon Pierre, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, Coll. Folio, 1992.

- Rosanvallon *Pierre, Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, Coll. Folio, 1998.

- Rosanvallon Pierre, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Le Seuil, Coll. Les livres du nouveau monde, 2006.

- Rosanvallon Pierre, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, Coll. Folio, 2000.

- Rousseau Dominique, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes et Cie, Coll. Droit, 1997.

- Rousseau Jean-Jacques, *Lettre à d'Alembert*, Paris, Garnier-Flammarion, 1967.

- Rousseau Jean-Jacques, *Œuvres complètes*, Paris, Dalibon, 1826.

- Rui Sandrine, *La démocratie en débat. Les citoyens face à l'action publique*, Paris, Armand Colin, Coll. Sociétales, 2004.

- Saint-Bonnet François, *L'État d'exception*, Paris, puf, Coll. Léviathan, 2001.

- Sartori Giovani, *Théorie de la démocratie*, Paris, Armand Colin, Coll. Analyse politique, 1973.

- Sauvy Alfred, *L'opinion publique*, Paris, puf, 1956.

- Schmitt Carl, *Parlementarisme et démocratie* (1923), Paris, Seuil, 1988.

- Schmitt Carl, *Théorie de la Constitution* (1928), Paris, puf, Coll. Léviathan, 1993.

- Schumpeter Joseph Alois, *Capitalisme, Socialisme et Démocratie* (1942), Paris, Payot, 1951.

- Seiler Daniel-Louis, *Les partis politiques*, Paris, Armand Colin, 1993.

- Sintomer Yves, *Le pouvoir au peuple. Jurys citoyens, tirage au sort et démocratie participative*, Paris, La Découverte, Coll. Cahiers libres, 2007.

- Tackett Timothy, *Par la volonté du peuple. Comment les députés de 1789 sont devenus révolutionnaires*, Paris, Albin Michel, Coll. L'évolution de l'humanité, 1997.

- Tarde Gabriel, *L'opinion et la foule* (1901), Paris, puf, Coll. Recherches politiques, 1989.

- Thoreau Henry David, *De la désobéissance civile* (1849), Paris, Éd. Mille et une Nuits, 1996.

- Troper Michel, *Pour une théorie de juridique de l'État*, Paris, puf, Coll. Léviathan, 1993.

- Tzitzis Stamatios, *La personne, l'humanisme et le droit*, Presses universitaires de Laval, Coll. Dikè, 2001.

- Veysman Nicolas, *La mise en scène de l'opinion publique dans la littérature des Lumières*, Paris, Honoré Champion, 2004.

- Von Holtzendorff Franz, *Principes de la politique : introduction à l'étude du droit public contemporain*, Hambourg, J.F. Richter, Éd. Française, 1887.

- Wilson Woodrow, *Le gouvernement congressionnel. Étude sur la politique américaine*, Paris, Giard et Brière, 1890.

- Zask Joëlle, *L'opinion publique et son double. Livre I. L'opinion sondée*, Paris, L'Harmattan, Coll. La philosophie en commun, 1999.

2.2 Thèses et Mémoires

- Bacot Guillaume, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Éd. du CNRS, 1985.

- Baranger Denis, *Parlementarisme des origines. Essai sur les conditions de formation d'un exécutif*, Paris, puf, Coll. Léviathan, 1999.

- Blacher Philippe, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, puf, Coll. les grandes thèses du droit, 2001.

- Blanquer Jean-Michel, *Les méthodes d'interprétation du Conseil constitutionnel*, thèse, dactyl. Paris II, 1993.

- Boudon Julien, *Les Jacobins. Une traduction des principes de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, lgdj, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, T. 128, 2006.

- Bousquet François-Charles, *Le statut de l'opposition sous la Cinquième République*, thèse, dactyl., Paris I., 2005.

- Brunet Pierre, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, lgdj, Coll. la pensée juridique, 2004.

- De Montalivet Pierre, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006.

- Desmons Éric, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, lgdj, Coll. Bibliothèque de droit public, T. 193, 1999.

- Dromard Frédéric-Guillaume, *Recherches sur le concept de démocratie dans le droit constitutionnel français*, thèse, dactyl., Paris I, 2005.

- Eck Laurent, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, thèse, dactyl., Lyon III, 2006.

- Ganochaud Colette, *L'opinion publique chez Jean-Jacques Rousseau*, thèse, dactyl. Lille, 1980.

- Garel Guillaume, *En quête d'une opinion publique sous la Monarchie de Juillet*, Mémoire de DEA d'Histoire, Paris VIII, 1998.

- Gérard Valérie, *L'opposition politique : limiter le pouvoir ou le concurrencer ? Deux types de légitimation de l'opposition politique : Benjamin Constant et François Guizot*, Mémoire de DEA, dactyl., IEP Paris, 2002.

- Grosclaude Laurence, *La liberté d'expression dans la jurisprudence constitutionnelle des États-Unis*, thèse, dactyl., Paris II, 2003

- Hourquebie Fabrice, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

- Josende Lauriane, *Liberté d'expression et démocratie. Réflexion sur un paradoxe*, thèse, dactyl., Toulouse I, 2005.

- Kerléo Jean-François, *La rénovation parlementaire à travers de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi*, Mémoire de DEA, Lyon, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon III, n°5, 2007.

- Laquièze Alain, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, puf, Coll. Léviathan, 2002.

- Leclerc Jacques, *Le droit de pétition. Étude de droit public comparé*, Châtillon-sur-Seine, Imprimerie Ernest Leclerc, 1913.

- Lécuyer Guillaume, *Liberté d'expression et responsabilité. Étude de droit privé*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006.

- Lochak Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, lgdj, 1970.

- Mauguin-Helgeson Murielle, *L'élaboration parlementaire de la loi. Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2006.

- Menanteau Maurice, *Les nouveaux aspects de la liberté de réunion. Essai sur les caractères juridiques et politiques de la liberté de réunion en France*, Paris, Librairie technique et économique, 1937.

- Michel Alexis, *Le gouvernement parlementaire dans la pensée d'Adhémar Esmein*, Mémoire de DEA, dactyl., Paris II, 2002.

- Milano Laure, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de thèse, Vol. 57, 2006.

- Mineur Didier, *Archéologie de la crise de la représentation politique*, thèse, dactyl., IEP Paris, 2004.

- Moreau Pierre-Yves, *La notion de délibération en droit constitutionnel français*, thèse, dactyl., Limoges, 1999.

- Oetheimer Mario, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe. Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni*, Mayence, Pedone, 2001.

- Pech Laurent, *La liberté d'expression et sa limitation : les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes : Allemagne, France et Convention européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, lgdj, 2003.

- Rials Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, lgdj, Coll. Bibliothèque de droit public, T. 85, 1980.

- Richard Marcel, *Le droit de pétition. Étude de droit public interne et de droit international public*, thèse, dactyl., Aix-en-provence, 1932.

- Rolland Patrice, *La liberté morale et l'ordre public*, thèse, dactyl., Paris II, 1976.

- Roure Sandrine, *La notion constitutionnelle d'électeur (Essai d'analyse de la jurisprudence constitutionnelle et électorale)*, thèse, dactyl., Montpellier I, 2004.

- Serrand Pierre, *Les notions juridiques d'attentat, d'attroupement et de rassemblement, en droit administratif de la responsabilité*, Paris, lgdj, Coll. Travaux et Recherches Panthéon-Assas, 1998.

- Troper Michel, *La séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française*, Paris, lgdj, 2ème Éd., 1980.

- Tusseau Guillaume, *Jérémy Bentham et le droit constitutionnel. Une approche de l'utilitarisme juridique*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2001.

- Valembois Anne-Laure, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, lgdj, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, T. 122, 2005.

- Vialle Pierre, *La Cour suprême et la représentation politique aux États-Unis. Nouvel essai sur le gouvernement des juges*, Paris, lgdj, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, T. 47, 1972.

- Witkowski Didier, *Opinion publique et rationalisation du droit*, Mémoire de DEA, dactyl., Paris II, 1993.

3. Contributions, Articles, Notes de jurisprudence

3.1. Contributions à des mélanges

- Andriantsimbazovina Joël, *Les droits de nature politique selon la Cour européenne des droits de l'homme. Le droit constitutionnel entre droit national et droit européen : retour aux sources ou renouvellement ?*, Mélanges Gautron, *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pedone, 2004, pp. 3-18.

- Albertini Pierre, *La place du Parlement sous la Vème République*, Mélanges Troper, *L'architecture du droit*, Paris, Économica, 2006, pp. 21-33.

- Avril Pierre, *L'approche institutionnelle des partis politiques*, Mélanges Duverger, *Droit, Institutions et systèmes politiques*, Paris, puf, 1988, pp. 229-236.

- Avril Pierre, *Le droit des sondages*, Mélanges Charlier, *Service public et libertés*, Toulouse, pusst, 1981, pp. 687-702.

- Avril Pierre, *Le Président de la République, représentant de la Nation*, Mélanges Loïc Philip, *Constitution et Finances publiques*, Paris, Economica-puam, 2005, pp. 31-41.

- Avril Pierre, *Pouvoir et responsabilité*, Mélanges Burdeau, *Le pouvoir*, Paris, LGDJ, 1977, pp. 9-23.

- Bandrac Monique, *L'action en justice, droit fondamental,* Mélanges Perrot, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 1-17.

- Barloy François et Clapié Michel, *Du suffrage au sondage ou de la confusion entre volonté et opinion*, Mélanges Constans, Perpignan, PUP, 1998, pp. 51-66.

- Baron Charles, *La théorie de l'intention originelle, la sincérité dans la rédaction des opinions des juges et les références à des sources juridiques étrangères dans le processus d'interprétation de la Constitution aux États-Unis*, Mélanges Troper, *L'architecture du droit*, Paris, Économica, 2006, pp. 109-126.

- Barthélemy Joseph, *Valeur de la liberté*, Mélanges Negulesco, Bucarest, Imprimerie Nationale, 1935, pp. 117-124.

- Beaud Olivier, *La justice comme problème constitutionnel*, Études en l'honneur de Jean-Pierre Royer, *Figures de justice*, Paris, Centre d'Histoire Judiciaire Éditeur, 2004, pp. 537-550.

- Beaudoin Gérald, *La liberté d'expression et la liberté de la presse au Canada*, Mélanges Pettiti, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 113-127.

- Bell John, *Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'État de droit*, Mélanges Braibant, *L'État de droit*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 15-28.

- Bénoit Francis-Paul, *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel*, Mélanges Peiser, Grenoble, PUG, 1995, pp. 23-38.

- Berthélémy Henri, *La volonté générale, fondement du droit*, Mélanges Negulesco, Bucarest, Imprimerie Nationale, 1935, pp. 125-143.

- Bidégaray Christian et Emeri Claude, *Du droit constitutionnel au gouvernement comparé*, Études offertes à Jean-Marie Auby, Paris, Dalloz, 1992, pp. 445-461.

- Bouissou Michel, *Pour une réhabilitation de l'institution référendaire*, Mélanges Burdeau, *Le pouvoir*, Paris, LGDJ, 1977, pp. 25-41.

- Boy Daniel, *Les nouveaux modes de délibération*, Mélanges Lancelot, *Le citoyen*, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, pp. 291-307.

- Burgelin Jean-François, *L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Léger, *Le droit à la mesure de l'homme*, Paris, Pedone, 2006, pp. 127-134.

- Bridel Marcel, *Essai théorique sur le régime représentatif dans les démocraties modernes*, Mélanges Guisan, Lausanne, Imprimeries réunies SA, 1950, pp. 289-321.

- Brunet Pierre, *La sécurité juridique, nouvel opium des juges ?*, Mélanges Lochak, *Frontière du droit, critique des droits*, Paris, LGDJ, Maison des Sciences de l'Homme, Coll. Recherches et travaux, n°14, 2007, pp. 245-248.

- Cadoux Charles, *Idées politiques et propagande politique (Á propos d'un mythe de la démocratie occidentale)*, Mélanges Jean-Jacques Chevallier, *Histoire des idées et idées sur l'histoire*, Éd. Cujas, 1977, pp. 23-29.

- Camby Jean-Pierre, *La liberté et les campagnes électorales*, Mélanges Robert, *Libertés*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 67-78.

- Carcassonne Guy, *Société de droit contre État de droit*, Mélanges Braibant, *L'État de droit*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 37-45.

- Castberg Frede, *Le droit de nécessité en Droit Constitutionnel*, Mélanges Gidel, Paris, Sirey, 1961, pp. 105-126.

- Chagnollaud Dominique, *La conception gaullienne de l'État : une monarchie républicaine ?*, Mélanges Duverger, *Droit, Institutions et systèmes politiques*, Paris, PUF, 1988, pp. 43-50.

- Champeil-Desplats Véronique, *Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative*, Mélanges Lochak, *Frontière du droit, critique des droits*, Paris, LGDJ, Maison des Sciences de l'Homme, Coll. Recherches et travaux, n°14, 2007, pp. 249-252.

- Champeil-Desplats Véronique, *Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative*, Mélanges Troper, *L'architecture du droit*, Paris, Économica, 2006, pp. 267-280.

- Charvin Robert, *Le droit de suffrage, stade suprême de la démocratie ?*, Études offertes à Jacques Mourgeon, *Pouvoir et liberté*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 131-151.

- Chavegrin Ernest, *Les doctrines politiques des physiocrates*, Mélanges Carré de Malberg, Vaduz, Topoz Verlag AG, 1977, pp. 61-70.

- Chevallier Jacques, *Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel*, Mélanges Avril, *La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 183-201.

- Chevallier Jacques, *La crise de la démocratie : mythe ou réalité ?*, Mélanges Jeanneau, *Les mutations contemporaines du droit public*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 361-381.

- Chevallier Jacques, *La démocratie délibérative : mythe et réalité*, Mélanges Sfez, *Politique, communication et technologie*, Paris, puf, 2006, pp. 75-87.

- Coenen-Huther Jacques, *Le principe démocratique et la tendance oligarchique*, Essais en l'honneur du Professeur Fricker, *Théorie et pratique de la démocratie*, Paris, Économica, 2005, pp. 89-102.

- Cohen-Jonathan Gérard, *Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges Ryssdal, *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 245-263.

- Cohendet Marie-Anne, *Légitimité, effectivité, validité*, Mélanges Avril, *La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 201-235.

- Colliard Jean-Claude, *Les partis politiques, oubliés des libertés publiques*, Études offertes à Claude-Albert Colliard, *Droit et libertés à la fin du XX*ème *siècle. Influence des données économiques et technologiques*, Paris, Pedone, 1984, pp. 405-422.

- Communier Jean-Michel, *Le principe de transparence : réflexions sur sa qualification et sa portée*, Mélanges Raux, *Le droit de l'Union Européenne en principe*, Paris, Éd. Apogée, 2006, pp. 261-276.

- Costa Jean-Paul, *Le droit à un tribunal, et ses limites, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges Buffet, *La procédure dans tous ses états*, Paris, Petites Affiches, 2004, pp. 159-169.

- Costa-Lascoux Jacqueline et Jaume Lucien, *La démocratie et le déclin de la confiance, une rupture dans la culture politique*, Mélanges Lancelot, *Le citoyen*, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, pp. 67-87.

- Côté Pierre-André, *Le mot « chien » n'aboie pas : réflexions sur la matérialité de la loi*, Mélanges Amselek, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 279-295.

- Cotteret Jean-Marie, *L'évolution des moyens de communication entre gouvernants et gouvernés*, Mélanges Trotabas, Paris, lgdj, 1970, pp. 95-110.

- Cotteret Jean-Marie, *Peut-on concilier représentation et représentativité ?*, Mélanges Sfez, *Politique, communication et technologie*, Paris, puf, 2006, pp. 41-43.

- Cotteret Jean-Marie, *Sens et non-sens de la représentation proportionnelle*, Mélanges Duverger, *Droit, Institutions et systèmes politiques*, Paris, puf, 1988, pp. 277-282.

- Couvrat Pierre, *Le nom de la loi. Une balade dans le jardin des lois pénales*, Mélanges Lombois, *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit*, pulim, 2004, pp. 513-524.

- De Fontbressin Patrick, *La participation idée gaullienne, avenir du droit*, Mélanges Decocq, *Une certaine idée du droit*, Paris, Litec, 2004, pp. 233-240.

- De Geouffre de La Pradelle Géraud, *De l'emploi symbolique du droit*, Mélanges Troper, *L'architecture du droit*, Paris, Économica, 2006, pp. 441-451.

- Delmas-Marty Mireille, *Justice télévisée ou médias justiciers ?*, Hommage à André Braunschweig, *Mettre l'homme au cœur de la justice*, Paris, Litec, 1997, pp. 151-161.

- Delmas Saint-Hilaire Jean-Pierre, *Le droit pénal, langage de la raison ou langage de l'émotion*, Mélanges Ellul, *Religion, Société et politique*, Paris, puf, 1983, pp. 431-447.

- Docquir Pierre-François et Ingber Léon, *Internet : lieu commun ou véritable espace public ?*, Mélanges Kirkpatrick, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 425-438.

- Drago Guillaume, *Le corps judiciaire. Essai de définition à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Mélanges Decocq, *Une certaine idée du droit*, Paris, Litec, 2004, pp. 187-207.

- Durieux Emmanuel, *Le conseil constitutionnel et les principes du droit de la communication. De la liberté de communication au droit de la communication*, Mélanges Robert, *Libertés*, Paris, lgdj, 1998, pp. 239-251.

- Duverger Maurice, *Esquisse d'une théorie de la représentation politique*, Études offertes à Achille Mestre, *L'évolution du droit public*, Paris, Sirey, 1956, pp. 211-220.

- Eisenmann Charles, *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*, Mélanges Carré de Malberg, Paris, Sirey, 1933, pp. 163-192.

- Favoreu Louis, *La question préjudicielle de constitutionnalité. Retour sur un débat concurrent*, Mélanges Ardant, *Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, lgdj, 1999, pp. 265-273.

- Fricero Natalie, *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, un nouvel instrument de régulation de l'éthique du juge judiciaire*, Mélanges Buffet, *La procédure dans tous ses états*, Paris, Petites Affiches, 2004, pp. 229-239.

- Fromont Michel, *La justice constitutionnelle en France ou l'exception française*, Mélanges Conac, *Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Économica, 2001, pp. 167-183.

- Fromont Michel, *Les mythes du droit public français : séparation des pouvoirs et État de droit*, Mélanges Courvoisier, *Utopies. Entre droit et politique*, Dijon, Presses Universitaires de Dijon, 2005, pp. 293-302.

- Galabert Jean-Michel, *La commission des sondages : une expérience de régulation*, Études offertes à Gérard Timsit, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 309-325.

- Gasparini Éric, *Le Démosthène de Clémenceau : mirage athénien et mythe de la grandeur française*, Mélanges Courvoisier, *Utopies. Entre droit et politique*, Dijon, Presses Universitaires de Dijon, 2005, pp. 125-134.

- Garant Patrice, *Le contrôle juridictionnel de l'imprécision des textes législatifs et règlementaires au Canada*, Mélanges Braibant, *L'État de droit*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 275-291.

- Gaudemet Pierre-Marie, *Télévision et démocratie*, Hommages à Sayagès-Laso, 1969, T. 1, pp. 697-720.

- Gélard Patrice, *Remarques impertinentes sur l'électeur, l'élection et l'élu*, Mélanges Avril, *La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 67-72.

- Ghevontian Richard, *Le contentieux électoral saisi par la morale ?*, Mélanges Loïc Philip, *Constitution et Finances publiques*, Paris, Economica-puam, 2005, pp. 91-98.

- Gicquel Jean, *Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République*, Mélanges Ardant, *Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, lgdj, 1999, pp. 289-304.

- Gicquel Jean, *Sur l'autonomie du droit parlementaire. Aspects récents*, Mélanges Lavroff, *La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 189-202.

- Giudicelli Julien, *Quelques propositions naïves pour la résurgence de l'instrument référendaire*, Mélanges Escarras, *La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 511-532.

- Godfrin Valérie, *Le droit au logement, un exemple de l'influence des droits fondamentaux sur le droit de propriété*, Mélanges Bolze, *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris, Économica, 1999, pp. 137-158.

- Grewe Constance, *L'actualité du droit constitutionnel ou la résurrection d'une discipline juridique*, Mélanges Goy, Publications de l'Université de Rouen, 1998, pp. 85-95.

- Guedj Alexis, *L'homme public et la presse. Étude de la jurisprudence rendue par la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Mélanges Cohen-Jonathan, *Libertés, justice, tolérance*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 917-935.

- Guillen Sébastien, *Dignité de la personne humaine et police administrative. Essai sur l'ambivalence du standard*, Mélanges Bolze, *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris, Économica, 1999, pp. 175-204.

- Guinchard Serge, *Peut-on être bouddhiste ou chrétien ou juif ou libre penseur ou franc-maçon et juge ? Réponse impertinente à une question mal posée sur l'indépendance et l'impartialité des juges appartenant à la franc-maçonnerie*, Mélanges Julien, *La justice civile au vingt et unième siècle*, Aix en Provence, Édilaix, 2003, pp. 203-208.

- Hamon Francis, *Vox imperators, vox populi ? (Réflexions sur la place du référendum dans un État de droit)*, Mélanges Braibant, *L'État de droit*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 389-402.

- Hostiou René, *Le principe de « participation du public » au processus décisionnel en matière d'environnement*, Mélanges Raux, *Le droit de l'Union Européenne en principe*, Paris, Éd. Apogée, 2006, pp. 285-294.

- Lachaume Jean-François, *Libres propos sur des techniques de démocratie directe appliquées aux collectivités territoriales*, Mélanges Hélin, *Perspectives de droit public*, Paris, Litec, 2004, pp. 387-398.

- Lachaume Jean-François et Pauliat Hélène, *Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ?*, Mélanges Ardant, *Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, lgdj, 1999, pp. 373-391.

- Laingui André, *Est-il encore possible d'outrager les bonnes mœurs ? (L'article 227-24 du Code pénal)*, Mélanges Soyer, *L'honnête homme et le droit*, Paris, lgdj, 2000, pp. 235-252.

- Lambert Pierre, *Les caméras de télévision dans les salles d'audience*, Mélanges Soyer, *L'honnête homme et le droit*, Paris, lgdj, 2000, pp. 253-260.

- Lawson Kay, *Les influences des lois sur les partis politiques en France et aux États-Unis*, Mélanges Avril, *La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 555-572.

- Lebreton Gilles, *Le juge administratif et l'ordre moral*, Mélanges Peiser, Grenoble, pug, 1995, pp. 363-378.

- Leton André, *La démocratie de concordance*, Mélanges Jeanneau, *Les transformations contemporaines du droit public*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 383-391.

- Levasseur Alain, *De Marbury v. Madison à Bush v. Gore ou de la légitimité du juge aux États-Unis*, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, *De tous horizons*, Société de législation comparée, 2005, pp. 755-775.

- Lévy Denis, *Les sources du droit constitutionnel*, Mélanges Jeanneau, *Les transformations contemporaines du droit public*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 207-220.

- Libois Boris, *Liberté de la communication ou liberté des médias*, Mélanges Hanotiau, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 123-137.

- Lochak Danièle, *Désobéir à la loi*, Études Mourgeon, *Pouvoir et liberté*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 191-208.

- Lochak Danièle, *Le droit, discours de pouvoir*, Études en l'honneur de Léo Hamon, *Itinéraire*, Paris, Économica, 1982, pp. 429-444.

- Luchaire François, *Un droit à dimension variable, le droit d'amendement*, Mélanges Philip, Économica, 2005, pp. 125-131

- Luciani Massimo, *Le référendum et la représentation politique. Brèves notes pour une comparaison entre l'Italie et la France*, Mélanges Escarras, *La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 573-592.

- Maestre Jean-Claude, *Le devoir d'obéissance : quelles limites ?*, Mélanges Philip, *Constitution et finances publiques*, Paris, Economica-puam, 2005, pp. 133-153.

- Malaret Elisenda, *Droit, administrations publiques et NTIC : vers la restructuration de l'espace public. Les instruments pour la construction d'une démocratie dialogique*, Études en l'honneur de Gérard Timsit, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 413-431.

- Manin Bernard, *Libéralisme et puissance de l'État : la critique manquée de Carl Schmitt*, Mélanges Leca, *Être gouverné*, Paris, Presses de Sciences Po, 2003, pp. 151-162.

- Martens Paul, *Encore la dignité humaine ; réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte*, Mélanges Lambert, *Les droits de l'homme à l'aube du troisième millénaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 561-579.

- Martens Paul, *La plaisanterie et le droit*, Mélanges Gélard, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 139-176.

- Mathieu Bertrand, *La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient*, Mélanges Gélard, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 301-305.

- Mathieu Bertrand et Verpeaux Michel, *Les normes de références extra constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Mélanges Philip, *Constitution et finances publiques*, Economica-puam, 2005, pp. 155-170.

- MATHIOT André, *La théorie des circonstances exceptionnelles*, Mélanges Mestre, Paris, Sirey, 1956, pp. 413-428.

- MAUBLANC Jean-Pierre, *Les nouveaux mythes constitutionnels de la rationalité de la loi*, Mélange Lavroff, *La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 245-252.

- MBONGO Pascal, *Le traitement juridictionnel des offenses aux convictions religieuses*, Mélanges Lachaume, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 691-708.

- MEHDI Rostane, *Variations sur le principe de sécurité juridique*, Mélanges Raux, *Le droit de l'Union Européenne en principe*, Paris, Éd. Apogée, 2006, pp. 177-198.

- MENY Yves, *Décentralisation et liberté d'expression : l'ordre moral à Clochemerle ?*, Études offertes à Claude-Albert Colliard, *Droit et libertés à la fin du XX*ème *siècle. Influence des données économiques et technologiques*, Paris, Pedone, 1984, pp. 559-573.

- MESTRE Achille, *La démocratie administrative*, Mélanges Couzinet, PUSST, 1974, pp. 561-577.

- MIAILLE Michel, *Désobéir à la loi ? « Vous avez entendu qu'il a été dit… Mais, moi, je vous dis… »*, Mélanges Constans, Presses Universitaires de Perpignan, 1998, pp. 309-328.

- MILACIC Slobodan, *Le contre-pouvoir, cet inconnu*, Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, pp. 675-697.

- MOLFESSIS Nicolas, *Le titre des lois*, Mélanges Catala, *Le droit privé français à la fin du XX*ème *siècle*, Paris, Litec, 2001, pp. 47-72.

- MONCLAIRE Stéphane, *L'épouse du chef de l'État sous la V*ème *République*, Mélanges Duverger, *Droit, Institutions et systèmes politiques*, Paris, PUF, 1988, pp. 365-377.

- MOOR Pierre, *Norme et texte : logique textuelle et État de droit*, Mélanges Morand, *Aux confins du droit*, Bâle/Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2001, pp. 377-399.

- MORANGE Jean, *La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression*, Mélanges Cohen-Jonathan, *Libertés, justice, tolérance*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1247-1263.

- MORANGE Jean, *Le statut du discours politique (le droit français à l'épreuve du droit européen*, Mélanges Jeanneau, *Les transformations contemporaines du droit public*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 407-424.

- Oberdorff Henri, *La démocratie à l'heure de la société de l'information*, Mélanges Dubouis, Paris, Dalloz, 2002, pp. 619-634.

- Oppetit Bruno, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, Mélanges Holleaux, Paris, Litec, 1990, pp. 317-330.

- Ost François, *Retour sur l'interprétation*, Mélanges Morand, *Aux confins du droit*, Helbing et Lichtenhahn, Coll. genevoise, 2001, p. 118.

- Pace Alessandro, *Constitutions rigides et Constitutions souples*, Mélanges Escarras, *La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 345-361.

- Pactet Pierre, *Á propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel*, Mélanges Jacques Robert, *Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 279-295.

- Pactet Pierre, *La loi, permanence et changements*, Mélanges Chapus, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 503-515.

- Pactet Pierre, *L'évolution contemporaine de la responsabilité gouvernementale dans les démocraties pluralistes*, Mélanges Burdeau, *Le pouvoir*, Paris, LGDJ, 1977, pp. 191-210.

- Pasquino Pasquale, *Voter et juger : la démocratie et les droits*, Mélanges Troper, *L'architecture du droit*, Paris, Économica, 2006, pp. 775-787.

- Peiser Gustave, *L'institutionnalisation des partis politiques dans la V*ème *République*, Mélanges Lavroff, *La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, pp. 525-540.

- Petot Jean, *La notion de régime mixte*, Études en l'honneur de Charles Eisenmann, Paris, Éd. Cujas, 1975, pp. 99-124.

- Pfersmann Otto, *De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution*, Mélanges Pactet, *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 356-374.

- Pfersmann Otto, *Principe majoritaire et démocratie juridique. Á propos d'un argument de Kelsen revisité par Michel Troper*, Mélanges Troper, *L'architecture du droit*, Paris, Économica, 2006, pp. 859-870.

- Pierré-Caps Stéphane*, La constitution démotique ou les mutations de la constitution au seuil du XXI*ème *siècle*, Mélanges Borella, 1999, pp. 403-422.

- Pierré-Caps Stéphane, *L'esprit des Constitutions*, Mélanges Pactet, *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 375-390.

- Polin Raymond, *Le roi ne saurait pâtir vergogne. Recherche sur le concept de responsabilité politique*, Écrits en hommage à Jean Foyer, *Jean Foyer auteur et législateur*, Paris, puf, 1997, pp. 37-43.

- Quinty Danièle, *Référendum local et autres formes de participation*, Mélanges Lachaume, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 863-888.

- Raynaud Philippe, *La philosophie politique devant les partis*, Mélanges Avril, *La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 105-118.

- Raynaud Philippe, *Positivisme juridique et démocratie*, Mélanges Troper, *L'architecture du droit*, Paris, Économica, 2006, pp. 871-871-881.

- Rigaux François, *Logique et droits de l'homme*, Mélanges Ryssdal, *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymans Verlag KG, 2000, pp. 1197-1211.

- Rivero Jean, *Á propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration*, Mélanges Savatier, Paris, Dalloz, 1965, pp. 821-833.

- Rivero Jean, *État de droit, état du droit*, Mélanges Braibant, *L'État de droit*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 609-614.

- Rolland Patrice, *Du délit d'opinion dans la démocratie française*, Études offertes à Jean Mourgeon, *Pouvoir et liberté*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 645-670.

- Rosenfeld Michel, *La philosophie de la liberté d'expression en Amérique. La liberté d'expression en théorie et en pratique*, Mélanges Troper, *L'architecture du droit*, Paris, Économica, 2006, pp. 883-895.

- Rossetto Jean, *Á propos de la responsabilité pénale des membres de l'exécutif sous la Vème République : l'indispensable responsabilité politique*, Mélanges Avril, *La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 401-415.

- Roubier Paul, *De la légitimité des situations juridiques*, Mélanges Dabin, Vol. I, Paris, Sirey, 1963, pp. 265-291.

- Rousseau Dominique, *Chiche pour une réforme du Conseil constitutionnel !*, Mélanges Lachaume, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 911-918.

- Rousseau Dominique, *Les grandes avancées de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Mélanges Jacques Robert, *Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 297-313.

- Rousseau Dominique, *L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ?*, Mélanges Pactet, *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, pp. 885-894.

- Rousseau Dominique, *Question de Constitution*, Mélanges Conac, *Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Économica, 2001, pp. 3-22.

- Ruffieux Roland, *Esquisse d'une méthode d'analyse quantitative de la presse dans les campagnes référendaires en Suisse*, Mélanges Bridel, Lausanne, Imprimeries Réunies SA, 1968, pp. 461-490.

- Sadurski, Wojciech, *Règle majoritaire et égalité politique*, Mélanges Troper, *L'architecture du droit*, Paris, Économica, 2006, pp. 907-916.

- Sadran Pierre, *Débat public et délibération démocratique*, Mélanges Douence, *La profondeur du droit local*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 419-427.

- Scoffoni Guy, *Les juges et la Constitution des États-Unis à l'épreuve du terrorisme international*, Mélanges Loïc Philip, *Constitution et Finances publiques*, Economica-puam, 2005, pp. 219-237.

- Sfez Lucien, *Du monde de la communication à l'utopie du corps*, Mélanges Avril, *La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 119-128.

- Sourioux Jean-Louis, *Le bon législateur selon Portalis*, Mélanges Jestaz, *Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, pp. 515-518.

- Sueur Jean-Jacques, *Médias et dignité de la personne. Éléments d'une problématique*, Mélanges Bolze, *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris, Économica, 1999, pp. 65-85.

- Tavernier Paul, *L'art et la Cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges Cohen-Jonathan, *Libertés, justice, tolérance*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1537-1550.

-Théron Jean-Pierre, *Á propos des limitations jurisprudentielles à l'exercice des libertés*, Mélanges Lachaume, *Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1011-1023.

- Timsit Gérard, *Premiers éléments pour une théorie des cas extrêmes*, Mélanges Moor, Berne, Éd. Staempfli, 2005, pp. 167-178.

- Troper Michel, *La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois*, Mélanges Pactet, *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 911-955.

- Troper Michel, *Le pouvoir judiciaire et la démocratie*, Mélanges Cohen-Jonathan, *Libertés, justice, tolérance*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1571-1586.

- Troper Michel, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, Études en l'honneur de Charles Eisenmann, Paris, Éd. Cujas, 1975, pp. 133-151.

- Troper Michel, *Les effets du contrôle de constitutionnalité des lois sur le droit matériel*, Mélanges Amselek, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 751-768.

- Troper Michel, *1789 et l'invention de la Constitution*, Études offertes à Gérard Timsit, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 177-191.

- Vedel Georges, *Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel*, Mélanges Perrot, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 537-556.

- Viguier Jacques, *L'expression cinématographique en France : liberté réelle ou/et liberté formelle*, Mélanges Marichy, Toulouse, Presses de l'IEP de Toulouse, 2003, pp. 151-161.

- Vincent Jean-Yves, *Les étrangers et la démocratie locale*, Mélanges Hélin, *Perspectives du droit public*, Paris, Litec, 2004, pp. 523-537.

- Vonglis Bernard, *Souveraineté de la Nation et souveraineté du peuple*, Mélanges Gaudemet, *Nonagesimo Anno*, Paris, puf, 1999, pp. 691-715.

- Wachsmann Patrick, *De la qualité de la loi à la qualité du système juridique*, Mélanges Cohen-Jonathan, *Libertés, justice, tolérance*, Vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1687-1705.

- Wachsmann Patrick, *Sur la clarté de la loi*, Mélanges Amselek, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 809-830.

3.2. Contributions a un ouvrage collectif

- Ackerman Bruce, *La démocratie dualiste*, in Jaume Lucien et Troper Michel (Dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant-lgdj, Coll. La pensée juridique, pp. 191-204.

- Atias Christian, *Perelman et le droit. Le rendez-vous manqué du renouveau théorique*, in Meyer Michel (Dir.), *Perelman. Le renouveau de la théorique*, Paris, puf, Coll. Débats philosophiques, 2004, pp. 103-121.

- Auby Jean-Bernard, *Prescription juridique et production juridique*, in Chazel François et Commaille Jacques (Dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, lgdj, Coll. Droit et société, 1991, pp. 159-170.

- Auby Jean-Marie, *Rapport général*, in *La vérité et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. 38, Paris, Économica, 1987, pp. 208-222.

- Avril Pierre, *Note sur les origines de la représentation*, in D'Arcy François (Dir.), *La représentation*, Paris, Économica, Coll. Politique comparée, 1985, pp. 99-105.

- Avril Pierre, *Responsabilité et accountability*, in Beaud Olivier et Blanquer Jean-Michel (Dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes et Cie, Coll. Droit, 1999, pp. 85-93.

- Ben Achour Yadh, *Le régime représentatif, modèle constitutionnel indépassable ?*, in Ben Achour Rafaâ, Gicquel Jean et Milacic Slobodan (Dir.), La démocratie représentative devant un défi historique ?, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 283-294.

- Bénétullière Sébastien, *Démocratie participative et citoyenneté*, in Robbe François (Dir.), *La démocratie participative*, Paris, L'Harmattan, Coll. Grale, 2007, pp. 59-78.

- Berger Gaston, *L'opinion publique, phénomène humain*, in Trotabas Louis (Dir.), *L'opinion publique*, Paris, puf, 1957, pp. 11-23.

- Bernard Elsa, *La démocratie participative sous l'angle du dialogue civil et du dialogue social*, in Constantinesco Vlad, Gaudier Yves et Michel Valérie (Dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, pust, Centre d'Études internationales et européennes, 2005, pp. 365-382.

- Besson Elise, *Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*, in Pontier Jean-Marie (Dir.), *La simplification du droit*, puam, 2006, pp. 64-83.

- Bioy Xavier, *La dignité : questions de principes*, in Gaboriau Simone et Pauliat Hélène (Dir.), *Justice, éthique et dignité*, pulim, 2006, pp. 47-86.

- Bioy Xavier et Mouton Stéphane, *Les (r)évolutions du droit constitutionnel : propos introductifs*, in Krynen Jacques et Hecquard-Théron Maryvonne (Dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit. T. 2, Réformes-Révolutions*, pusst, 2005, pp.543-563.

- Blachèr Philippe, *Les temps de la saisine du Conseil constitutionnel*, in Viala Alexandre, *La Constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, pp. 237-249.

- Blanc Hubert, *La concertation en amont, une exigence contemporaine de la démocratie*, in Vallemont Serge (Dir.), *Le débat public : une réforme dans l'État*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 39-56.

- Blanquer Jean-Michel, *Un phénix juridique : la responsabilité*, in Ségur Philippe (Dir.), *Gouvernants : quelle responsabilité ?*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, pp. 281-292.

- Blet Raymond, *La promotion des partis non démocratiques et les médias*, in Lambert Pierre (Dir.), *Les partis liberticides et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, Vol. 62, pp. 25-36.

- Blondiaux Loïc, *L'idée de démocratie participative : enjeux, impensés et questions récurrentes*, in Bacqué Marie-Hélène, Rey Henry et Sintomer Yves (Dir.), *Démocratie participative et gestion de proximité. Une perspective comparative*, Paris, La découverte, 2005, pp. 119-137.

- Blondiaux Loïc, *L'opinion publique*, in Gingras Anne-Marie (Dir.), *La communication politique. État des savoirs, enjeux et perspectives*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2003, pp. 137-158.

- Bouretz Pierre, *Le droit et la règle : Herbert L.A. Hart*, in Bouretz Pierre (Dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éd. Esprit, 1991, pp. 41-58.

- Bouretz Pierre, *L'opinion publique et les voyages de la pensée libérale au XIX*ème *siècle, de John Stuart Mill à Tocqueville et retour*, in Manin Bernard, Pasquino Pasquale et Reynié Dominique (Dir.), *Opinion publique et démocratie*, Paris, Éd. du CNRS, 1987, pp. 45-70.

- Boutin Christophe, *La démocratie confisquée*, in Boutin Christophe et Rouvillois Frédéric (Dir.), *Partis politiques et démocratie. Inséparables mais incompatibles ?*, Caen, Éd. François-Xavier de Guibert, Coll. Combats pour la liberté de l'esprit, 2005, pp. 329-345.

- Boy Daniel, *Les nouveaux modes de délibération*, in Perrineau Pascal (Dir.), *Le désenchantement démocratique*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, 2003, pp. 291-307.

- Braud Xavier, *Associations de protection de l'environnement et démocratie participative*, in Robbe François (Dir.), *La démocratie participative*, Paris, L'Harmattan, Coll. Grale, 2007, pp. 177-201.

- Busson Benoît, *Le débat public*, in Robbe François (Dir.), *La démocratie participative*, Paris, L'Harmattan, Coll. Grale, 2007, pp. 203-210.

- Bredin Jean-Denis, *Necker et l'opinion publique*, in Jaume Lucien (Dir.), *Coppet, creuset de l'esprit libéral. Les idées politiques et constitutionnelles du groupe de Mme de Staël*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 2000, pp. 25-40.

- Breyer Stephen, *Le contrôle du politique*, in Badinter Robert et Breyer Stephen (Dir.), *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, Coll. Publications de la Sorbonne, 2003, pp. 141-161.

- Brunet Pierre, *Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg*, in Beaud Olivier et Wachsmann Patrick (Dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, pust, 1997, pp. 273-293.

- Brunet Pierre, *Le droit est-il obligatoire ? La réponse positiviste à travers une critique du « néoconstitutionnalisme »*, in Camy Olivier et Gros Dominique (Dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Seuil, Coll. Le genre humain, T. 44, 2005, pp. 245-260.

- Brunet Pierre, *Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle*, in Grewe Constance, Jouanjan Olivier, Maulin Éric, Wachsmann Patrick (Dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2005, pp. 115-135.

- Burdeau Georges*, L'évolution des techniques d'expression de l'opinion publique dans la démocratie*, in Trotabas Louis (Dir.), *L'opinion publique*, Paris, puf, 1957, pp. 137-168.

- Cadiet Loïc, *Justice démocratique versus démocratie judiciaire ?*, in Gaboriau Simone et Pauliat Hélène (Dir.), *Justice et démocratie*, pulim, 2003, pp. 507-514.

- Caporal Stéphane, *Roberto Michels : actualité de l'oligarchie dans les partis*, in Boutin Christophe et Rouvillois Frédéric (Dir.), *Partis politiques et démocratie. Inséparables mais incompatibles ?*, Caen, Éd. François-Xavier de Guibert, Coll. Combats pour la liberté de l'esprit, 2005, pp. 177-203.

- Carcassonne Guy, *La stratégie de ceux qui saisissent*, in *Vingt ans de saisine parlementaire*, Economica-puam, Coll. Droit public positif, 1995, pp. 49-56.

- Cattoir-Jonville Vincent, *Tocqueville et le contrôle de constitutionnalité des lois*, in Carius Manuel, Coutel Charles et Le Marc'hadour Tanguy (Dir.), *La pensée juridique d'Alexis de Tocqueville*, Presses de l'Université d'Artois, 2005, pp. 51-62.

- Cayla Olivier, *Jeux de nains, jeux de vilains*, in Lebreton Gilles (Dir.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 195 et 1996*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 149-164.

- Cayla Olivier, *Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit*, in Robert Jacques (Dir.), *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, lgdj, 2000, pp. 106-141.

- Cayrol Roland, *La présidence d'opinion. Mécanismes institutionnels et médiatiques*, in Wahl Nicholas et Quermonne Jean-Louis (Dir.), *La France présidentielle. L'influence du suffrage universel sur la vie politique*, Paris, Presses de Science Po, 1995, pp. 95-103.

- Champeil-Desplats Véronique et Troper Michel, *Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*, in Champeil-Desplats Véronique, Grzegorczyk Christophe et Troper Michel (Dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-lgdj, Coll. La pensée juridique, 2005, pp. 11-23.

- Champagne Patrick, *Du singulier à l'universel : l'exemple de l'opinion publique*, in curapp, *Droit et politique*, Paris, puf, 1993, pp. 217-225.

- Champagne Patrick, *La manifestation comme action symbolique*, in Favre Pierre (Dir.), *La manifestation*, Paris, Presses de la fnsp, 1990, pp. 329-356.

- Chapsal Jacques, *Le suffrage politique et l'expression de l'opinion publique française depuis 1945*, in Trotabas Louis (Dir.), *L'opinion publique*, Paris, puf, 1957, pp. 261-303.

- Chavrier Géraldine, *La démocratie participative dans le débat sur la décentralisation (1978-2004)*, in Robbe François (Dir.), *La démocratie participative*, Paris, L'Harmattan, Coll. Grale, 2007, pp. 143-161.

- Chevallier Jacques, *La rationalisation de la production juridique*, in Morand Charles-Albert (Dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991, pp. 11-48.

- Chevallier Jacques, *Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité*, in curapp, *Droit et politique*, Paris, puf, 1993, pp. 251-261.

- Clere Jean-Jacques, *Le droit de pétition aux chambres de 1789 à nos jours*, in Bart Jean, Clere Jean-Jacques, Courvoisier Claude et Verpeaux Michel (Dir.), *1791, La première Constitution française*, Économica, Coll. Droit public positif, 1993, pp. 299-319.

- Colliot-Thélène Catherine, *L'ignorance du peuple*, in Duprat Gérard (Dir.), *L'ignorance du peuple. Essais sur la démocratie*, Paris, puf, Coll. Politiques d'aujourd'hui, 1998, pp. 17-40.

- Contamin Jean-Gabriel, *La réception parlementaire d'une pratique politique périphérique. Le droit de pétition entre réfraction et réflexion*, in curapp, *La politique ailleurs*, Paris, puf, 1998, pp. 39-71.

- Costa-Lascoux Jacqueline et Jaume Lucien, *La démocratie et le déclin de la confiance, une rupture dans la culture politique*, in Perrineau Pascal (Dir.), *Le désenchantement démocratique*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, 2003, pp. 67-87.

- Cottier Beril, *Les sunset laws : des lois expérimentales à la mode américaine*, in Morand Charles-Albert (Dir.), *Évaluation législative et lois expérimentales*, puam, 1993, pp. 161-182.

- Cruz Mina Maria, *Les doctrinaires et l'opinion publique « inopinable »*, in Chassin Joëlle et Sébastian Javier Fernandez (Dir.), *L'avènement de l'opinion publique. Europe et Amérique XVIIIème-XIXème siècles*, Paris, L'Harmattan, Coll. Recherches et documents – Espagne, 2004, pp. 293-316.

- Danblon Emmanuelle, *La nouvelle rhétorique de Perelman et la question de l'auditoire universel*, in Meyer Michel (Dir.), *Perelman, le renouveau de la rhétorique*, Paris, puf, Coll. Débats philosophiques, 2004, pp. 21-37.

- D'Arcy François et Saez Guy, *De la représentation*, in D'Arcy François (Dir.), *La représentation*, Paris, Économica, Coll. Politique comparée, 1985, pp. 7-31.

- Daugeron Bruno, *Existe-t-il un mythe de l'élection ?*, in Owen Bernard (Dir.), *Le processus électoral : permanences et évolution*, Paris, Studyrama, Coll. Panorama du droit – Recherche, 2006, pp. 199-208.

- Dauteribes André, *Daunou et le modèle du régime représentatif*, in Conac Gérard et Machelon Jean-Pierre (Dir.), *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris, puf, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1999, pp. 111-138.

- Debard Thierry, *La démocratie participative et la constitutionnalisation de l'Union européenne*, in Robbe François (Dir.), *La démocratie participative*, Paris, L'Harmattan, Coll. Grale, 2007, pp. 113-123.

- De Béchillon Denys, *Huit manières de se demander si l'interprète est libre*, in Mélin-Soucramanien Ferdinand (Dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2005, pp. 27-32.

- De Cazals Marie, *Les (r)évolutions du droit de pétition*, in Krynen Jacques et Hecquard-Théron Maryvonne (Dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit. T. 2, Réformes-Révolutions*, pusst, 2005, pp. 507-522.

- Delannoy Cécile et Ségur Philippe, *Aperçus sur la notion de démocratie*, in Cabanel Patrick et Février Jean-Marc (Dir.), *Questions de démocratie*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, Coll. Amphi 7, 2000, pp. 15-34.

- Denquin, Jean-Marie, *Justice constitutionnelle et justice politique*, in Grewe Constance, Jouanjan Olivier, Maulin Éric, Wachsmann Patrick (Dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2005, pp. 75-84.

- Denquin Jean-Marie, *L'initiative du référendum : la décision de consulter le peuple du Second Empire à nos jours*, in Owen Bernard (Dir.), *Le processus électoral : permanences et évolution*, Paris, Studyrama, Coll. Panorama du droit – Recherche, 2006, pp. 81-91.

- Denni Bernard, *Représenter : gouverner au nom du peuple ? La contribution de Maurice Hauriou à l'analyse de la relation gouvernants-gouvernés*, in D'Arcy François (Dir.), *La représentation*, Paris, Économica, Coll. Politique comparée, 1985, pp. 73-87.

- Denoix de Saint Marc Renaud, *La transparence : vertus et limites*, in *Transparence et secret*, Paris, La Doc. Française, 2004, pp. 11-17.

- Derieux Emmanuel, *La « censure » en droit français*, in *La Censure*, Paris, Éd. Larcier, 2003, pp. 155-175.

- De Schutter Olivier, *Formes d'action collective en justice et dialectique entre les intérêts individuels et l'intérêt collectif*, in Berns Thomas (Dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droits, Territoires, Cultures, 2004, pp. 313-342.

- Desmons Eric, *Sur l'argument de l'évidence en droit public*, in Puigelier Catherine (Dir.), *La preuve*, Paris, Économica, Coll. Études juridiques, 2004, pp. 179-184.

- Drago Guillaume, *Fonctions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans la confection de la loi*, in Drago Roland (Dir.), *La confection de la loi*, Paris, puf, Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, pp. 63-77.

- Duhamel Olivier, *Médias et crise de la démocratie*, in Rousseau Dominique (Dir.), *La démocratie continue*, Bruxelles, Bruylant-lgdj, Coll. La pensée juridique moderne, 1995, pp. 71-75.

- Dumont Hugues et Tulkens François, *Citoyenneté et responsabilité en droit public*, in Dumont Hélène, Ost François et Van Drooghenbroeck Sébastien (Dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Coll. fusl, 2005, pp. 187-259.

- Dumoulin Marc, *Les forums électroniques : délibératifs ou démocratiques ?*, in Monière Denis (Dir.), *Internet et la Démocratie*, Québec, Monière et Wollank Éd., 2002, pp. 141-157.

- Duprat Jean-Pierre, *La représentation, le législateur et le juge*, in *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Vol. XV, puam, Coll. Association des historiens des idées politiques, 2003, pp. 469-489.

- Duprat Jean-Pierre, *La transparence du processus parlementaire*, in Drago Roland (Dir.), *La confection de la loi*, Paris, puf, Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, pp. 137-156.

- Duso Giuseppe, *Constitution et représentation : le problème de l'unité politique*, in Jaume Lucien et Troper Michel (Dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant-lgdj, Coll. La pensée juridique, pp. 263-274.

- Dworkin Ronald, *Un pontificat laïc*, in Badinter Robert et Breyer Stephen (Dir.), *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Fayard, Coll. Publications de la Sorbonne, 2003, pp. 83-98.

- Fauré Christine, *L'espace public selon Siéyès*, in Guilhaumou Jacques et Monnier Raymonde (Dir.), *Des notions-concepts en révolution. Autour de la liberté politique à la fin du XVIII*ème *siècle*, Paris, Société d'Études Robespierristes, n°4, 2002, pp. 73-86.

- Favre Pierre, *La manifestation entre droit et politique*, in curapp, *Droit et politique*, Paris, puf, 1993, pp. 282-292.

- Ferrarese Estelle*, Que peut-on espérer du débat public, ou l'inflation normative autour de l'idée de délibération*, in Castagna Bernard (Dir.), *La situation délibérative dans le débat public*, Presses Universitaires François Rabelais, Coll. Perspectives « Villes et Territoires », Vol. I, n°11, 2004, pp. 299-315.

- Ferrière Georges, *Droit et politique chez Léon Duguit : la critique de la notion de souveraineté*, in *Pensée politique et droit*, puam, Coll. Histoire des idées politiques, 1998, pp. 489-520.

- Ferry Jean-Marc, *Quelle théorie critique des médias aujourd'hui ?*, in Haarscher Guy et Libois Boris (Dir.), *Les médias entre droit et pouvoir. Redéfinir la liberté de la presse*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. de philosophie politique et juridique, 1995, pp. 53-66.

- Février Jean-Marc, *La démocratie constitutionnelle, paradigme de la démocratie ?*, in Cabanel Patrick et Février Jean-Marc (Dir.), *Questions de démocratie*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, Coll. Amphi 7, 2000, pp. 397-414.

- Février Jean-Marc, *L'axiologie de la responsabilité politique*, in Ségur Philippe (Dir.), *Gouvernants : quelle responsabilité ?*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, pp. 213-240.

- François Bastien, *Le droit saisi par la politique*, in Lagroye Jacques (Dir.), *La politisation*, Paris, Éd. Belin, Coll. Socio-histoires, 2003, pp. 373-386.

- François Bastien, *Préalables avant de prendre le droit comme objet. Notations en forme de plaidoyer pour un point de vue a-disciplinaire mais néanmoins soucieux des impensés*

disciplinaires, IN COMMAILLE Jacques, DUMOULIN Laurence et ROBERT Cécile (Dir.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et société, n°7, 2000, pp. 115-121.

- FRÉMONT Jacques, *Pouvoir judiciaire et opinion publique : réflexions autour d'un malaise*, IN COUGHLAN G. Stephen et RUSSEL Dawn Dean (Dir.), *Citoyenneté et participation citoyenne à l'administration de la justice*, Montréal, Éd. Thémis, Institut canadien d'administration de la justice, 2002, pp. 251-271.

- FRYDMAN Benoît, *Habermas et la société civile contemporaine*, IN FRYDMAN Benoît (Dir.), *La société civile et ses droits*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Penser le droit, 2004, pp. 123-144.

- FRYDMAN Benoît, *La société civile et ses droits*, IN FRYDMAN Benoît (Dir.), *La société civile et ses droits*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Penser le droit, 2004, pp. 1-18.

- FRYDMAN Benoît, *Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation*, IN GÉRARD Philippe, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel (Dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, FUSL, Coll. Droit, 2002.

- GAÏA Patrick, *Rapport de synthèse*, IN MAUS Didier et ROUX André (Dir.), *Trente ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 2006, pp. 133-142.

- GARAPON Antoine, *Droit et morale dans une démocratie d'opinion*, IN GARAPON Antoine et SALAS Denis (Dir.), *La justice et le mal*, Paris, Odile Jacob, Coll. Opus, pp. 185-214.

- GARAPON Antoine, *Justice, l'impensable contre-pouvoir*, IN *France : les révolutions invisibles*, Fondation Saint-Simon, Paris, Calmann-Lévy, 1999, pp. 232-238.

- GARAPON Antoine, *Une société de victimes*, IN *France : les révolutions invisibles*, Fondation Saint-Simon, Paris, Calmann-Lévy, 1999, pp. 87-96.

- GÉRARD Philippe, *Les droits de l'homme et les limites de l'individualisme : l'exemple de la liberté d'expression*, IN DUMONT Hélène, OST François et VAN DROOGHENBROECK Sébastien (Dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Coll. FUSL, 2005, pp. 154-170.

- GÉRARD Philippe, *Normes juridiques, légitimité et théorie du droit*, IN DELRUELLE Edouard et BRAUSCH Géraldine (Dir.), *Le droit sans la justice*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 2004, pp. 19-40.

- GERSTLÉ Jacques, *Gouverner l'opinion publique*, IN *la gouvernance de l'opinion publique*, BRÉCHON Pierre (Dir.), Paris, Éd. L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2003, pp. 19-33.

- Geslot Christophe, *Condition de nationalité et droit de vote*, in Debard Thierry et Robbe François, *Le caractère équitable de la représentation politique*, Paris, L'Harmattan, Coll. Questions contemporaines, pp. 13-33.

- Ghevontian Richard, *La loyauté dans la compétition électorale*, in Debard Thierry et Robbe François (Dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, Paris, L'Harmattan, Coll. Questions contemporaines, pp. 143-151.

- Gibout Christophe, *Internet : de la citoyenneté retrouvée à la citoyenneté confisquée,* in Fievet Claude (Dir.) *Invention et réinvention de la citoyenneté*, Pau, Éd. Joëlle Sampy, 2000, pp. 563-571.

- Gicquel Jean, *Démocratie continue et référendum*, in Rousseau Dominique (Dir.), *La démocratie continue*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, Coll. La pensée juridique moderne, 1995, pp. 149-156.

- Gicquel Jean, *La responsabilité des députés face à leur immunité*, in *La responsabilité en droit public : aspects contemporains*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 39-45.

- Gicquel Jean, *Représentation et contrôle*, in Ben Achour Rafaâ, Gicquel Jean et Milacic Slobodan (Dir.), La démocratie représentative devant un défi historique ?, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 95-102.

- Giraux Denis, *La révocation populaire aux États-Unis, une procédure démocratique méconnue*, in Owen Bernard (Dir.), *Le processus électoral : permanences et évolution*, Paris, Studyrama, Coll. Panorama du droit – Recherche, 2006, pp. 92-107.

- Gohin Olivier, *L'encadrement des partis en droit français*, in Boutin Christophe et Rouvillois Frédéric (Dir.), *Partis politiques et démocratie. Inséparables mais incompatibles ?*, Caen, Éd. François-Xavier de Guibert, Coll. Combats pour la liberté de l'esprit, 2005, pp. 205-228.

- Goyard-Fabre Simone, *Les Lumières : recherche de la vérité et contrôle du pouvoir*, in Haarscher Guy et Libois Boris (Dir.), *Les médias entre droit et pouvoir. Redéfinir la liberté de la presse*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. de philosophie politique et juridique, 1995, pp. 17-34.

- Gros Dominique, *Qu'est-ce que le droit de résistance à l'oppression*, in Gros Dominique et Camy Olivier (Dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Seuil, Coll. Le genre humain, T. 44, 2005, pp. 11-29.

- Gros Frédéric, *La victime, sujet de droit ou objet politique ?*, in Alt Éric (Dir.), *Le sexe et ses juges*, Paris, Éd. Syllepse, 2006, pp. 23-27.

- Guastini Ricardo, *Interprétation et description des normes*, in Amselek Paul (Dir.), *Interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 89-101.

- Guibentif Pierre, *La légitimité des mouvements sociaux. Un exercice conceptuel dans le prolongement de Habermas et de Luhmann*, in Coutu Michel et Rocher Guy (Dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Paris, lgdj, Coll. Droit et Société, Vol. 42, 2006, pp. 259-291.

- Guilhaumou Jacques, *Sieyès et le point fixe de l'opinion publique*, in Chassin Joëlle et Sébastian Javier Fernandez (Dir.), *L'avènement de l'opinion publique. Europe et Amérique XVIIIème-XIXème siècles*, Paris, L'Harmattan, Coll. Recherches et documents – Espagne, 2004, pp. 109-119.

- Guillaume marc, *Secrets régaliens : le cas du secret défense*, in *Transparence et secret*, Paris, La Documentation Française, 2004, pp. 205-213.

- Haarscher Guy, *La justice perelmanienne, les droits de l'homme et le dialogue*, in Haarscher Guy (Dir.), *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 7-26.

- Haarscher Guy, *La société civile et le concept d'auto-limitation*, in Frydman Benoît (Dir.), *La société civile et ses droits*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 147-160.

- Haarscher Guy, *Le « politiquement correct » et la démocratie*, in Haarscher Guy et Libois Boris (Dir.), *Les mutations de la démocratie représentative. Quelle communauté politique aujourd'hui ?*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, Coll. Philosophie politique et juridique, 1997, pp. 73-80.

- Herrera Carlos Miguel, *Comment assurer l'héritage wébérien sous Weimar ? Légitimité, démocratie, changement social*, in Coutu Michel et Rocher Guy (Dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Paris, lgdj, Coll. Droit et Société, Vol. 42, 2006, pp. 213-236.

- Hubrecht Hubert, *Le droit français de la manifestation*, in Favre Pierre (Dir.), *La manifestation*, Paris, Presses de la fnsp, 1990, pp. 181-206.

- Hummel Jacky, *État de droit, libéralisme et constitutionnalisme durant le Vormärz*, in Jouanjan Olivier (Dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, pust, Coll. de l'Université Robert Schuman, 2001, pp. 125-148.

- Jaume Lucien, *Condorcet : droit de résistance ou censure du peuple ?*, in Camy Olivier et Gros Dominique (Dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Seuil, Coll. Le genre humain, T. 44, 2005, pp. 59-71.

- JAUME Lucien, *Constitution, intérêts et vertu civique*, IN JAUME Lucien et TROPER Michel (Dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, Coll. La pensée juridique moderne, 1994, pp. 174-188.

- JAUME Lucien, *Entre droit de l'État et droits de la société : le choix de Tocqueville*, IN CARIUS Manuel, COUTEL Charles et LE MARC'HADOUR Tanguy (Dir.), *La pensée juridique d'Alexis de Tocqueville*, Presses de l'Université d'Artois, 2005, pp. 27-39.

- JAUME Lucien, *Heurs et malheurs de la liberté de presse*, IN CLÉMENT Jean-Paul, JAUME Lucien et VERPEAUX Michel (Dir.), *Liberté, Libéraux et Constitution*, Aix-Marseille, Economica-PUAM, Coll. Droit public positif, 1997, pp. 43-59.

- JAUME Lucien, *Les équivoques de la souveraineté sous la révolution française*, IN CAZZANIGA Gian Mario et ZARKA Yves-Charles (Dir.), Penser *la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, T. I, Paris, Vrin, 2001, pp. 329-345.

- JAUME Lucien, *Les Jacobins et l'opinion publique*, IN BERNSTEIN Serge et RUDELLE Odile (Dir.), *Le modèle républicain*, Paris, PUF, 1992, pp. 57-69.

- JAUME Lucien, *L'opinion publique selon Necker : entre concept et idée-force*, IN CHASSIN Joëlle et SÉBASTIAN Javier Fernandez (Dir.), *L'avènement de l'opinion publique. Europe et Amérique XVIIIème-XIXème siècles*, Paris, L'Harmattan, Coll. Recherches et documents – Espagne, 2004, pp. 33-50.

- JAUME Lucien, *Necker : examen critique de la Constitution de l'an III*, IN CONAC Gérard et MACHELON Jean-Pierre (Dir.), *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1999, pp. 167-182.

- JAUME Lucien, *Peuple et individu dans le débat Hobbes - Rousseau. D'une représentation qui n'est pas celle du peuple à un peuple qui n'est pas représentable*, IN D'ARCY François (Dir.), *La représentation*, Paris, Économica, Coll. Politique comparée, 1985, pp. 39-53.

- JONGEN François, *La victime et les médias*, IN *Le devoir de réserve : l'expression censurée*, Les Cahiers de l'IHEJ, Vol. 5, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 213-227.

- JOUANJAN Olivier, *Justice et espace public : convergence, tensions, contradictions ?*, IN JOUANJAN Olivier et YAMAMOTO Hajmé (Dir.), *Action publique et globalisation*, PUST, Coll. de l'Université Robert Schuman, n°8, 2006, pp. 193-212.

- Jouanjan Olivier, *Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek*, in Viala Alexandre (Dir.), *La Constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, pp. 185-203.

- Jouanjan Olivier, *Présentation*, in Jouanjan Olivier (Dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, pust, Coll. de l'Université Robert Schuman, 2001, pp. 7-52.

- Kervégan Jean-François, *Carl Schmitt et la crise de la représentation*, in Kervégan Jean-François (Dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa République et ses juristes*, Lyon, ENS Éditions, 2002, pp. 149-168.

- Lacchè Luigi, *Coppet et la percée de l'État libéral constitutionnel*, in Jaume Lucien (Dir.), *Coppet, creuset de l'esprit libéral. Les idées politiques et constitutionnelles du groupe de Mme de Staël*, Economica-puam, Coll. Droit public positif, 2000, pp. 135-155.

- Lacroix Bernard, *Les fonctions symboliques des Constitutions : bilan et perspectives*, in Seurin Jean-Louis (Dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Économica, 1984, pp. 186-199.

- Lahaye Nicole, *Outrage aux mœurs, infraction à contenu variable*, in Perelman Chaïm et Vander Elst Raymond (Dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, Publications du Centre Nationale de Recherches de Logique, 1984, pp. 363-374.

- Lamberti Jean-Claude, *La liberté et les illusions individualistes selon Tocqueville*, in Guellec Laurence (Dir.), *Tocqueville et l'esprit de la démocratie*, Paris, Presses de Sciences Po, Coll. Fait politique, 2005, pp. 149-156.

- Lamizet Bernard, *La communication délibérative*, in Castagna Bernard (Dir.), *La situation délibérative dans le débat public*, Presses Universitaires François Rabelais, Coll. Perspectives « Villes et Territoires », Vol. I, n°11, 2004, pp. 41-52.

- Lapointe Alexis, *Les méthodes de Quentin Skinner et de Reinhart Koselleck. De l'épistémologie de l'histoire à la pratique politique*, in Chevalier Ludovic (Dir.), *La politique et ses normes. Les débats contemporains en philosophie politique*, pur, Coll. l'univers des normes, 2006, pp.69-76.

- Laquièze Alain, *La critique de la souveraineté par les libéraux anglo-saxons*, in Maillard Desgrées du Loû Dominique (Dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, Coll. Grands colloques, 2006, pp. 173-189.

- Laquièze Alain, *Naissance des partis politiques modernes et démocratisation dans les monarchies constitutionnelles*, in Boutin Christophe et Rouvillois Frédéric (Dir.), *Partis politiques*

et démocratie. Inséparables mais incompatibles ?, Caen, Éd. François-Xavier de Guibert, Coll. Combats pour la liberté de l'esprit, 2005, pp. 49-75.

- Lavroff Dmitri, *Á propos de la représentation politique dans la France contemporaine*, in *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Vol. XV, puam, Coll. Association des historiens des idées politiques, 2003, pp. 451-467.

- Lebreton Gilles, *Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière*, in Redor Marie-Joëlle (Dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit et justice, 2001.

- Le Divellec Armel, *La responsabilité politique dans le parlementarisme majoritaire : quelques remarques autour du cas allemand*, in Beaud Olivier et Blanquer Jean-Michel (Dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes et Cie, Coll. Droit, 1999, pp. 189-199.

- Lefort Claude, *Démocratie et représentation*, in Pécaut Daniel et Sorj Bernardo (Dir.), *Métamorphoses de la représentation au Brésil et en Europe*, Paris, Éd. du CNRS, 1991, pp. 223-232.

- Lemaire Félicien, *La distinction souveraineté nationale - souveraineté populaire sous la Révolution*, in Maillard Desgrées du Loû Dominique (Dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, Coll. Grands colloques, 2006, pp. 19-35.

- Lenoble Jacques, *Droit et communication : Jürgen Habermas*, in Bouretz Pierre (Dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éd. Esprit, 1991, pp. 163-190.

- Lepage Agathe, *Présentation générale,* in Lepage Agathe (Dir.), *L'opinion numérique. Internet : un nouvel esprit public ?*, Paris, Dalloz, Coll. PrésaJe, 2006, pp. 9-40.

- Levinet Michel, *Le droit au respect de l'image*, in Sudre Frédéric (Dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 179-192.

- Libois Boris, *Quelle régulation démocratique des médias ?*, in Haarscher Guy et Libois Boris (Dir.), *Les mutations de la démocratie représentative. Quelle communauté politique aujourd'hui ?*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, Coll. Philosophie politique et juridique, 1997, pp. 81-101.

- Lochak Danièle, *Droit normalité et normalisation*, in Curapp, *Le droit en procès*, Paris, puf, 1993, pp. 51-77.

- Lochak Danièle, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs*, in curapp, *Les bonnes mœurs*, Paris, puf, 1994, pp. 15-53.

- Lochak Danièle, *Quelle légitimité pour le juge administratif ?*, in curapp, *Droit et politique*, Paris, puf, 1993, pp. 141-151.

- Machelon Jean-Pierre, *La responsabilité politique dans les démocraties contemporaines*, in *La responsabilité en droit public : aspects contemporains*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 109-116.

- Majza Béatrice, *Le statut constitutionnel des partis politiques en droit comparé*, in Boutin Christophe et Rouvillois Frédéric (Dir.), *Partis politiques et démocratie. Inséparables mais incompatibles ?*, Caen, Éd. François-Xavier de Guibert, Coll. Combats pour la liberté de l'esprit, 2005, pp. 229-243.

- Maligner Bernard, *Financement des campagnes électorales et caractère équitable de la représentation politique*, in Debard Thierry et Robbe François (Dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, Paris, L'Harmattan, Coll. Questions contemporaines, pp. 83-141.

- Maligner Bernard, *L'actualité du droit électoral français*, in Owen Bernard (Dir.), *Le processus électoral : permanences et évolution*, Paris, Studyrama, Coll. Panorama du droit – Recherche, 2006, pp. 17-43.

- Manin Bernard, *Le concept d'opinion publique*, in Manin Bernard, Pasquino Pasquale et Reynié Dominique (Dir.), *Opinion publique et démocratie*, Paris, Éd. du CNRS, 1987, pp. 274-355.

- Manin Bernard, *Métamorphoses du gouvernement représentatif*, in Pécaut Daniel et Sorj Bernardo (Dir.), *Métamorphoses de la représentation au Brésil et en Europe*, Paris, Éd. du CNRS, 1991, pp. 31-71.

- Martens Paul, *La société civile peut-elle plaider ?*, in Frydman Benoît (Dir.), *La société civile et ses droits*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Penser le droit, 2004, pp. 197-218.

- Massieu Virginie, *Les amis du Conseil constitutionnel*, in Maus Didier et Roux André (Dir.), *Trente ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica-puam, Coll. Droit public positif, 2006, pp. 177-198.

- Mathiot André, *Agonie de quelques vieux principes*, in De Laubadère André, Mathiot André, Rivero Jean et Vedel Georges (Dir.), *Pages de doctrine*, T. I, Paris, lgdj, 1980, pp. 81-92.

- Mathiot André, *La presse et les groupes de pression*, in De Laubadère André, Mathiot André, Rivero Jean et Vedel Georges (Dir.), *Pages de doctrine*, T. I, Paris, lgdj, 1980, pp. 375-413.

- McCormick Neil, *Argumentation et interprétation en droit*, in Amselek Paul (Dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 213-226.

- Melkevik Bjarne, *Intérêts particuliers, intérêts généraux et corps intermédiaires*, in Boulad-Ayoub Josiane et Bonneville Luc (Dir.), *Souverainetés en crise*, Paris, L'Harmattan, Coll. Mercure du Nord, 2003, pp. 101-113.

- Melkevik Bjarne, *Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État de droit contemporain*, in Boulad-Ayoub Josiane, Melkevik Bjarne, Robert Pierre (Dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Montréal, L'Harmattan, Coll. Les presses de l'Université de Laval, 1996, pp. 371-387.

- Mercuzot Benoît, *Référendum : les faux-semblants d'une réforme*, in curapp, La *gouvernabilité*, Paris, puf, 1996, pp. 274-298.

- Michelot Vincent, *Du droit de vote aux États-Unis comme écume de l'ordre constitutionnel*, in Jean-Michel Blanquer, Hélène Quanquin, Willibald Sonnleiter et Christine Zumello (Dir.), *Voter dans les Amériques*, Paris, Éd. de l'Institut des Amériques, 2005, pp. 89-98.

- Milacic Slobodan, *Constitution, élections et sondages ; un trio démocratique ambigu sur quelques promiscuités du jeu moderne de légitimation*, in *Constitution et élections*, Académie internationale de droit constitutionnel, Recueil de Cours, Vol. X, 2002, pp. 375-410.

- Milacic Slobodan, *De la séparation des pouvoirs à l'idée des contre-pouvoirs : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme*, in Pariente Alain (Dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 31-47.

- Milacic Slobodan, *La communication politique dans les démocraties contemporaines. Le gouvernement d'opinion comme trouble-fête ?*, in *Constitution et communication*, Académie internationale de droit constitutionnel, Recueil de Cours, Vol. VII, 1999, pp. 137-180.

- Milacic Slobodan, *La démocratie malade du consensus*, in *Pour une utopie réaliste. Autour d'Edgar Morin*, Paris, Arléa, 1996, pp. 93-106.

- Milacic Slobodan, *La démocratie représentative devant un défi historique ? Propos introductif*, in Ben Achour Rafaâ, Gicquel Jean et Milacic Slobodan (Dir.), La démocratie représentative devant un défi historique ?, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.3-37.

- Milacic Slobodan, *La souveraineté du peuple électoral ou de l'opinion sondagière ?*, in Ben Achour Rafaâ et Gicquel Jean (Dir.), *Regards croisés sur les constitutions tunisienne et française à l'occasion de leur quarantenaire*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2003, pp. 53-77.

- Moderne Franck, *Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978*, in *Transparence et secret*, Paris, La Documentation Française, 2004, pp. 19-50.

- M'Rad Hatem, *La démocratie d'opinion : le dépassement de la démocratie représentative ?*, in Ben Achour Rafaâ, Gicquel Jean et Milacic Slobodan (Dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique* ?, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.103-128.

- Morand Charles-Albert, *Structures temporelles de la loi*, in Coté Pierre-André et Frémont Jacques (Dir.), *Le temps et le droit*, Montréal, Yvon Blais, 1996, pp. 57-77.

- Morange Jean, *La rue, l'affichage et la moralité publique*, in Boespflug François (Dir.), La *rue et l'image*, Éd. Cerf, 1990, pp. 55-65.

- Ost François, *Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information*, in Clam Jean et Martin Gilles (Dir*.), Les transformations de la régulation juridique*, Paris, lgdj, Maison des Sciences de l'Homme, Coll. Réseau européen Droit et Société, 1998, pp. 423-449.

- Ost François et Van de Kerchove Michel, *De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ?*, in Chazel François et Commaille Jacques (Dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, lgdj, Coll. Droit et société, 1991, pp. 67-80.

- Ozouf Mona, *Le concept d'opinion publique au XVIII*ème *siècle*, in *L'Homme régénéré. Essais sur la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1989, pp. 21-53.

- Paoletti Marion, *Le référendum local en France*, in Hamon Francis (Dir.), *Le référendum*, Paris, La Documentation française, 2007, pp. 56-62.

- Pariente Alain, *Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs*, in Pariente Alain (Dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp. 65-76.

- Pasquino Pasquale, *Contribution à l'étude du concept d'« opinion publique »*, in Manin Bernard, Pasquino Pasquale et Reynié Dominique (Dir.), *Opinion publique et démocratie*, Paris, Éd. du CNRS, 1987, pp. 6-27.

- Pasquino Pasquale, *Gardien de la constitution ou justice constitutionnelle. Carl Schmitt et Hans Kelsen*, in Jaume Lucien et Troper Michel (Dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant-lgdj, Coll. La pensée juridique, pp. 143-152.

- Pauliat Hélène, *La Justice, un instrument de confiance dans la démocratie ?*, in Gaboriau Simone et Pauliat Hélène (Dir.), *Justice et démocratie*, pulim, 2003, pp. 487-504.

- Pauvert Bertrand, *La démocratie contre les partis ? Retour sur l'interdiction des partis et groupements politiques*, in Boutin Christophe et Rouvillois Frédéric (Dir.), *Partis politiques et*

démocratie. Inséparables mais incompatibles ?, Caen, Éd. François-Xavier de Guibert, Coll. Combats pour la liberté de l'esprit, 2005, pp. 263-298.

- Pauvert Bertrand, *L'opinion publique et la justice. Réflexions juridiques pour un réaménagement institutionnel*, in *Justice et Opinion publique*, Université de Toulon et du Var, Centre d'Études et de recherche sur les contentieux, Coll. Champs libres. Études interdisciplinaires, 2002, pp. 27-50.

- Pech Laurent, *Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la « Société de l'information »*, in Mathien Michel (Dir.), *La « Société de l'information » entre mythes et réalités*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Médias, société et relations internationales, 2005, pp. 97-130.

- Pech Thierry, *Qu'est-ce que l'opinion publique*, in *Justice et Opinion publique*, Université de Toulon et du Var, Centre d'Études et de recherche sur les contentieux, Coll. Champs libres. Études interdisciplinaires, 2002, pp. 9-24.

- Perelman Chaïm, *Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse*, in Perelman Chaïm et Vander Elst Raymond (Dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, Publications du Centre Nationale de Recherches de Logique, 1984, pp. 363-374.

- Pertué Michel, *La notion de Constitution à la fin du 18ème siècle*, in Guilhaumou Jacques et Monnier Raymonde (Dir.), *Des notions-concepts en révolution. Autour de la liberté politique à la fin du XVIIIème siècle*, Paris, Société d'Études Robespierristes, n°4, 2002, pp. 39-54.

- Philip-Gay Mathilde, *La démocratie participative dans les Constitutions européennes*, in Robbe François (Dir.), *La démocratie participative*, Paris, L'Harmattan, Coll. Grale, 2007, pp. 79-95.

- Plantin Christian, *Des polémistes aux polémiqueurs*, in Declerq Gilles (Dir.), *La parole polémique*, Paris, Éd. Champion, 2003, pp. 377-408.

- Polin Raymond, *L'ordre public*, in Polin Raymond (Dir.), *L'ordre public*, Paris, puf, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1996, pp. 7-21.

- Ponthoreau Marie-Claire, *Pour une réforme de la responsabilité politique du Président de la République française*, in Beaud Olivier et Blanquer Jean-Michel (Dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes et Cie, Coll. Droit, 1999, pp. 301-321.

- Post Robert, *First amendments Rights*, in Raynaud Philippe et Zoller Élisabeth (Dir.), *Le droit dans la culture américaine*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2001, pp. 41-50.

- Puigelier Catherine, *La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi »*, in Puigelier Catherine (Dir.), *La loi. Bilan et perspectives*, Paris, Économica, Coll. Études Juridiques, 2005, pp. 309-385.

- Rangeon François, *Communication politique et légitimité*, in curapp*, La communication politique*, Paris, puf, 1991, pp. 99-114.

- Raynaud Philippe, *Locke et les limites de la raison*, in Rials Stéphane et Raynaud Philippe (Dir.), *Une prudence moderne ?*, Paris, puf, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1992, pp. 21-33.

- Raynaud Philippe, *Marbury v. Madison et l'original intent : réflexions sur quelques débats contemporains*, in Zoller Élisabeth (Dir.), *Marbury vs Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 187-196.

- Redor Marie-Joëlle, *La démocratie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et dans ses représentations*, in Drago Guillaume, François Bastien et Molfessis Nicolas (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Économica, 1999, pp. 345-361.

- Reynié Dominique, *L'opinion publique comme ordre public démocratique*, in Bréchon Pierre (Dir.), *la gouvernance de l'opinion publique*, Paris, Éd. L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2003, pp. 35-48.

- Reynié Dominique, *La crise démocratique de l'obéissance*, in Perrineau Pascal (Dir.), *Le désenchantement démocratique*, La Tour d'Aigues, Éd. de l'Aube, 2003, pp. 37-65.

- Rials Stéphane, *Les standards, notions critiques du droit*, in Perelman Chaïm et Vander Elst Raymond (Dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, Publications du Centre national de Recherches de Logique, 1984, pp. 39-53.

- Rials Stéphane, *Siéyès ou la délibération sans la prudence. Éléments pour une interprétation de la philosophie de la Révolution et de l'esprit du légicentrisme*, in Rials Stéphane et Raynaud Philippe (Dir.), *Une prudence moderne ?*, Paris, puf, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1992, pp. 45-73.

- Rivero Jean, *Le statut des techniques de formation de l'opinion*, in Trotabas Louis (Dir.), *L'opinion publique*, Paris, puf, 1957, pp. 109-136.

- Robbe François, *Démocratie représentative et participation*, in Robbe François (Dir.), *La démocratie participative*, Paris, L'Harmattan, Coll. Grale, 2007, pp. 11-32.

- Robert Jacques, *La crise de la démocratie, un discours récurrent*, in Rousseau Dominique (Dir.), *La démocratie continue*, Bruxelles, Bruylant-lgdj, Coll. La pensée juridique moderne, 1995, pp. 30-38.

- Rolland Patrice, *La garantie des droits*, in Bart Jean, Clère Jean-Jacques, Courvoisier Claude et Verpeaux Michel, *La Constitution de l'An III ou l'ordre républicain*, Dijon, Presses de l'Université de Bourgogne, 1998, pp. 29-84.

- Rosanvallon Pierre, *Esquisse d'une histoire de la déception démocratique*, in Dutu Alexandre et Dodille Norbert, *Culture et Politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 103-124.

- Rosanvallon Pierre, *Les utopies régressives de la démocratie*, in *France : les révolutions invisibles*, Fondation Saint-Simon, Paris, Calmann-Lévy, 1999, pp. 207-222.

- Rosenfeld Michel, *Liberté d'expression, égalité et accès des minorités aux médias aux États-Unis*, in Haarscher Guy et Libois Boris (Dir.), *Les médias entre droit et pouvoir. Redéfinir la liberté de la presse*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, Coll. de philosophie politique et juridique, 1995, pp. 75-102.

- Rousseau Dominique, *De la démocratie continue*, in Rousseau Dominique (Dir.), *La démocratie continue*, Bruxelles, Bruylant-lgdj, Coll. La pensée juridique moderne, 1995, pp. 5-25.

- Rousseau Dominique, *La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ?*, in Drago Guillaume, François Bastien et Molfessis Nicolas (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Économica, 1999, pp. 363-376.

- Rousseau Dominique, *Les constitutionnalistes, les politistes et le renouveau de l'idée de constitution*, in curapp, *Droit et politique*, Paris, puf, 1993, pp.40-52.

- Sadran Pierre, *Délibération citoyenne et gouvernement représentatif*, in Ben Achour Rafaâ, Gicquel Jean et Milacic Slobodan (Dir.), La démocratie représentative devant un défi historique ?, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 264-282.

- Saint-Bonnet François, *Droit de résistance et État d'exception*, in Gros Dominique et Camy Olivier (Dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Seuil, Coll. Le genre humain, T. 44, 2005, pp. 225-244.

- Salas Denis, *Le renouveau du débat sur l'éthique du juge*, in Salas Denis et Épineuse Harold (Dir.), *L'éthique du juge : une approche européenne et internationale*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2003, pp. 3-18.

- Salas Denis, *Les attentes de l'opinion*, in Garapon Antoine (Dir.), *Les juges. Un pouvoir irresponsable ?*, Paris, Éd. Nicolas Philippe, 2003, pp. 55-80.

- Scoffoni Guy, *La démocratie participative dans les États fédérés américains*, in Robbe François (Dir.), *La démocratie participative*, Paris, L'Harmattan, Coll. Grale, 2007, pp. 97-111.

- SÉBASTIAN Javier Fernandez, *L'avènement de l'opinion publique et le problème de la représentation politique (France, Espagne, Royaume-Uni)*, IN CHASSIN Joëlle et SÉBASTIAN Javier Fernandez (Dir.), *L'avènement de l'opinion publique. Europe et Amérique XVIIIème-XIXème siècles*, Paris, L'Harmattan, Coll. Recherches et documents – Espagne, 2004, pp. 227-251.

- SÉBASTIAN Javier Fernandez, *Le concept d'opinion publique, un enjeu politique euro-américain (1750-1850)*, IN CHASSIN Joëlle et SÉBASTIAN Javier Fernandez (Dir.), *L'avènement de l'opinion publique. Europe et Amérique XVIIIème-XIXème siècles*, Paris, L'Harmattan, Coll. Recherches et documents – Espagne, 2004, pp. 9-29.

- SÉBASTIAN Javier Fernandez, *Opinion versus représentation : des Lumières au Libéralisme,* IN *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Vol. XV, PUAM, Coll. Association des historiens des idées politiques, 2003, p, pp. 219-240.

- SÉGUR Philippe, *Faute et responsabilité politique. Sur quelques distinctions élémentaires*, IN SUEUR Jean-Jacques (Dir.), *Juger les politiques*, Paris, L'Harmattan, 2001, pp. 83-119.

- SÉGUR Philippe, *Les fonctions de la responsabilité politique*, IN SÉGUR Philippe (Dir.), *Gouvernants : quelle responsabilité ?*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, pp.241-260.

- SÉVÉRINO Caterina, *La prise en compte du contexte juridique comme méthode d'intégration et d'enrichissement de concepts dans l'interprétation du Conseil constitutionnel*, IN BIOY Xavier, MOUTON Stéphane et ROUSSILLON Henry (Dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, PUSST, 2006, pp. 377-401.

- SIMON Bertrand, *De la toile aux urnes : internet dans le processus électoral*, IN OWEN Bernard (Dir.), *Le processus électoral : permanences et évolution*, Paris, Studyrama, Coll. Panorama du droit – Recherche, 2006, pp. 147-157.

- SINTOMER Yves, *Les jurys de citoyens berlinois et le tirage au sort : un nouveau modèle de démocratie participative ?*, IN BACQUÉ Marie-Hélène, REY Henri, SINTOMER Yves (Dir.), Gestion de proximité et démocratie participative : les nouveaux paradigmes de l'action publique ?, Paris, Éd. La Découverte, 2005, p.139-160.

- SPITZ Jean-Fabien, *L'amour des lois chez Rousseau*, IN BOULAD-AYOUB Josiane, MELKEVIK Bjarne, ROBERT Pierre (Dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Montréal, L'Harmattan, Coll. Les presses de l'Université de Laval, 1996, pp. 103-112.

- Stone Alec, *La politique constitutionnelle*, in Drago Guillaume, François Bastien et Molfessis Nicolas (Dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Économica, 1999, pp. 117-140.

- Tiefenbrun Susan, *La désobéissance civile et la Constitution des États-Unis*, in Camy Olivier et Gros Dominique (Dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Seuil, Coll. Le genre humain, T. 44, 2005, pp. 159-182.

- Tremblay Gaétan, *L'opinion publique, une théorie politique de la représentation sociale*, in Belisle Claire et Schiele Bernard (Dir.), *Les savoirs dans les pratiques quotidiennes. Recherches sur les représentations*, Lyon, Éd. CNRS, 1984, pp. 274-299.

- Troper Michel, *Démocratie continue et justice constitutionnelle*, in Rousseau Dominique (Dir.), *La démocratie continue*, Bruxelles, Bruylant-lgdj, Coll. La pensée juridique moderne, 1995, pp. 125-136.

- Troper Michel, *Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français*, in Herrera Carlos Miguel (Dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruylant-lgdj, Coll. La pensée juridique, 2001, pp. 29-45.

- Troper Michel, *La motivation des décisions constitutionnelles*, in Perelman Chaïm et Foriers Paul (Dir.), *La motivation des décisions des justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 287-302.

- Troper Michel, *« La souveraineté appartient au peuple ». L'article 3 de la constitution de 1958*, in Jaume Lucien et Troper Michel (Dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant-lgdj, Coll. La pensée juridique, pp. 249-262.

- Troper Michel, *La souveraineté comme principe d'imputation*, in Maillard Desgrées du Loû Dominique (Dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, Coll. Grands colloques, 2006, pp. 69-80.

- Troper Michel, *Les contraintes juridiques dans la production des normes*, in Berthoud Arnaud et Serverin Évelyne (Dir.), *La production des normes juridiques entre État et Société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 27-46.

- Troper Michel, *L'interprétation constitutionnelle*, in Mélin-Soucramanien Ferdinand (Dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2005, pp. 13-25.

- Urfalino Pierre, *La délibération et la dimension normative de la décision collective*, in Commaille Jacques, Dumoulin Laurence et Robert Cécile (Dir.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, lgdj, Coll. Droit et Société, n°7, 2000, pp. 165-193.

- Van de Kerchove Michel, *La dimension symbolique du droit pénal et les limites de son instrumentalisation*, in Morand Charles-Albert (Dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991, pp. 107-115.

- Vauchez Antoine, *Le droit en transitions. L'invention d'un nouvel art législatif au service de la Vème République naissante*, in curapp, *Sur la portée sociale du droit*, puf, 2005, pp. 271-288.

- Vedel Georges, *Existe-t-il deux conceptions de la démocratie ?*, in De Laubadère André, Mathiot André, Rivero Jean et Vedel Georges (Dir.), *Pages de doctrine*, T. 1, Paris, lgdj, 1980, pp. 191-212.

- Vedel Georges, *La notion de dialogue dans les démocraties modernes*, in Vedel Georges (Dir.), *Grands problèmes de la science politique contemporaine*, Bruxelles, Éd. de la librairie encyclopédique SPRL, Coll. Bibliothèque de l'Institut Belge de Science Politique, 1958, pp. 7-28.

- Vedel Georges, *Les sources idéologiques de la Constitution de 1958*, in De Laubadère André, Mathiot André, Rivero Jean et Vedel Georges (Dir.), *Pages de doctrine*, T. 1, Paris, lgdj, 1980, pp. 493-500.

- Vedel Georges, *Topologie et recherche politique*, in De Laubadère André, Mathiot André, Rivero Jean et Vedel Georges (Dir.), *Pages de doctrine*, T. 1, Paris, lgdj, 1980, pp. 415-430.

- Vedel Thierry, *L'idée de démocratie électronique. Origines, visions, questions*, in Perrineau Pascal (Dir.), *Le désenchantement démocratique*, Paris, Éditions de l'Aube, 2003, pp. 243-266.

- Verdussen Marc, *Le devoir de réserve au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Le devoir de réserve : l'expression censurée*, Les Cahiers de l'ihej, Vol. 5, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 21-31.

- Verpeaux Michel, *Le droit à des élections à intervalle raisonnable*, in Debard Thierry et Robbe François (Dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, Paris, L'Harmattan, Coll. Questions contemporaines, pp. 59-73.

- Viguier Jacques, *Vers la démocratie administrative ?*, in Cabanel Patrick et Février Jean-Marc (Dir.), *Questions de démocratie*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, Coll. Amphi 7, 2000, pp. 381-396.

- Viola André, *Le référendum local comme nouvel objet du droit constitutionnel*, in Bioy Xavier, Mouton Stéphane et Roussillon Henry (Dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, pusst, 2006, pp. 195-212.

- Wachsmann Patrick, *La loi du 16 juillet 1949 et la liberté d'expression*, in Crépin Thierry et Groensteen Thierry (Dir.), *« On tue à chaque page ». La loi de 1949 sur les publications destinées à la jeunesse*, Paris, Éd. Le Temps, pp. 7-14.

- Wolton Dominique, *Le statut de la communication politique dans les démocraties de masse. Ses rapports avec les médias et l'opinion publique*, in Pécaut Daniel et Sorj Bernardo (Dir.), *Métamorphoses de la représentation au Brésil et en Europe*, Paris, Éd. du CNRS, 1991, pp. 319-332.

- Zarka Yves-Charles, *Le tournant rousseauiste ou la réinvention de la souveraineté du peuple*, in Cazzaniga Gian Mario et Zarka Yves-Charles (Dir.), Penser *la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, T. 1, Paris, Vrin, 2001, pp. 287-302.

3.3. Articles issus d'un périodique

- Abel Olivier, *La responsabilité incertaine*, esprit, n°11-1994, pp. 20-27.

- Ach Nelly, *Le dépérissement progressif de la police des publications étrangères*, ajda, n°29-2005, pp. 1606-1611.

- Ackerman Bruce, *La bataille pour la Cour suprême*, le débat, n°143, 2007, pp. 122-138.

- Ackerman Bruce, *Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme*, esprit, n°8/9-2006, pp. 150-164.

- Aguila Yann, *Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle*, rfdc, n°21, 1995, pp. 9-46.

- Albert Nathalie, *La responsabilité de l'État du fait des émeutes en question*, ajda, n°14-2006, pp. 739-745.

- Albert Nathalie, *Le juge administratif et le référendum local*, tdp, n°2-2003, pp. 267-281.

- Alibert-Fabre Véronique, *La pensée constitutionnelle du Général De Gaulle à « l'épreuve des circonstances »*, rfsp, n°5-1990, pp. 699-712.

- Alland Denis, *Les mœurs sont-elles solubles dans le droit ?*, droits, n°19, 1994, pp. 3-9.

- Amselek Paul, *Le droit, technique de direction publique des conduites humaines*, droits, n°10, 1989, pp. 7-10.

- Amselek Paul, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, rdp, n°2-1982, pp. 275-294.

- Amselek Paul, *Norme et loi*, apd, T. 25, 1980, pp. 89-107.

- Ardant Philippe, *Responsabilité politique et pénale des chefs d'État, des chefs de gouvernement et des ministres*, ridc, n°2-2002, pp. 465-485.

- Ardant Philippe et Duhamel Olivier, *La Dyarchie*, pouvoirs, n°91, 1999, pp. 5-24.

- Atias Christian et Linotte Didier, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, d., 35ème Cahier, Chron., 1977, pp. 251-258.

- Aubin Emmanuel, *Le rôle de la société civile dans les conventions sur l'élaboration de la charte des droits fondamentaux et sur l'avenir de l'Union Européenne*, lpa, n°27-2003, pp. 9-14.

- Auby Jean-Bernard, *Droit administratif et démocratie*, da, n°2-2006, pp. 6-10.

- Auvret Patrick, *La réforme de la responsabilité du président de la République*, rdp, n°2-2007, pp. 409-419.

- Avril Pierre, *Á propos de la « jurisprudence Bérégovoy-Balladur »*, rdp, n°6-1999, pp. 1596-1598.

- Avril Pierre, *Á propos du statut pénal du chef de l'État (Présentation du rapport de la Commission chargée de mener une réflexion sur le statut pénal du Président de la République instituée par le décret du 4 juillet 2002)*, rdp, n°6-2002, 1873-1876.

- Avril Pierre, *Le juge et le représentant*, le débat, n°74, 1993, pp. 151-155.

- Avril Pierre, *Les origines de la représentation parlementaire*, commentaire, n°30, 1985, pp. 622-627.

- Avril Pierre, *Partis et représentation*, commentaire, n°39, 1987, pp. 524-526.

- Avril Pierre, *Qui fait la loi ?*, pouvoirs, n°114, 2005, pp. 89-99.

- Avril Pierre, *Relire Ostrogorski*, commentaire, n°60, 1993, pp. 911-922.

- Avril Pierre, *Trois remarques à propos des réquisitions du ministère public dans l'affaire du sang contaminé*, rdp, n°2-1999, pp. 395-400.

- Azimi Vida, *La Constitution et ses limites selon Edouard de Laboulaye*, rfdc, n°26, 1996, pp. 243-271.

- Bacot Guillaume, *Jean-Jacques Rousseau et la procédure législative*, rfhip, n°15, 2002, pp. 45-62.

- Bacot Guillaume, *Rousseau et la Nation anglaise. « En dire le mal ainsi que le bien »*, rfhip, n°12, 2000, pp. 251-263.

- Baker Keith Michael, *Politique et opinion publique sous l'Ancien Régime*, Annales, n°1-1987, pp. 41-71.

- Barak Aharon, *L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie*, rfdc, n°66, 2006, pp. 227-302.

- Baranès William et Frison-Roche Marie-Anne, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, d., n°23-2000, pp. 361-368.

- Baranger Denis, *L'affaire Clinton et la philosophie du droit. Á propos d'un livre d'Élisabeth Zoller*, droits, n°29, 1999, pp. 147-155.

- Baranger Denis, *La fin de la morale constitutionnelle (de la « constitution coutumière » aux conventions de la constitution)*, droits, n°32, 2000, pp. 47-68.

- Baranger Denis, *Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la Vème République*, droits, n°44, 207, pp. 33-50.

- Baranger Denis, *Le gouvernement par la législation. Responsabilité politique et transformation de la fonction législative dans le parlementarisme britannique des origines (1688-1832)*, rdp, n°6-1999, pp. 1625-1643.

- Baranger Denis, *Les Constitutions de Michel Troper*, droits, n°37, 2003, pp. 123-147.

- Baranger Denis, *Une tragédie de la responsabilité. Remarques autour du livre d'Olivier Beaud : « Le sang contaminé »*, rdp, n°1-1999, pp. 27-36.

- Baranger Denis, *Temps et Constitution*, droits, n°30, 2000, pp. 45-70.

- Barkan Steven, *La justice et les mouvements sociaux*, Sociologie et sociétés, Vol. 18, n°1-1986, pp. 153-161.

- Barrère Alain, *L'opinion publique dans la société contemporaine*, Semaines Sociales de France, 53ème session, 1966, pp. 13-30.

- Barthélemy Joseph, *La crise de la démocratie représentative*, rdp, 1928, pp. 585-667.

- Baume Sandrine, *Le Parlement face à ses adversaires. La réplique allemande au désenchantement démocratique dans l'entre-deux-guerres*, rfsp, Vol. 56, n°6-2006, pp. 985-998.

- Baumont Didier, *Liberté d'expression et irresponsabilité des députés*, crdf, n°2, 2003, pp. 33-48.

- Beaud Olivier, *Á la recherche de la légitimité de la Vème République*, droits, n°44, 2007, pp. 71-91.

- Beaud Olivier, *Á propos de la démission de M. Strauss-Kahn et d'une prétendue « jurisprudence Bérégovoy-Balladur »*, rdp, n°6-1999, pp. 1585-1595.

- Beaud Olivier, *La contribution de l'irresponsabilité présidentielle au développement de l'irresponsabilité politique sous la Vème République*, rdp, n°spécial Vème République, 1998, pp. 1541-1561.

- Beaud Olivier, *La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants*, pouvoirs, n°92, 2000, pp. 17-30.

- Beaud Olivier, *Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice*, rdp, n°2-1999, pp. 419-456.

- Beaud Olivier, *L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la Vème République : un esprit critique*, esprit, n°1-2002, pp. 108-121.

- Beaud Olivier, *Le souverain*, pouvoirs, n°67, 1993, pp. 33-45.

- Beaud Olivier, *Michel Troper et la séparation des pouvoirs*, droits, n°37, 2003, pp. 149-171.

- Beaud Olivier, *Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi Romano*, droits, n°33, 2001, pp. 73-95.

- Beaud Olivier, *Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution*, rfda, n°6-2001, pp. 1187-1203.

- Beaud Olivier, *« Repräsentation » et « Stellvertretung » : sur une distinction de Carl Schmitt*, droits, n°6, 1987, pp. 11-20.

- Beaud Olivier et Blanquer Jean-Michel, *Le principe irresponsabilité*. *La crise de la responsabilité politique sous la Vème République*, le débat, n°108, 2000, pp. 32-44.

- Beaud Paul, *De quelques avatars historiques de la notion d'opinion publique*, réseaux, n°43, 1990, pp. 9-31.

- Becker Jean-Jacques, *L'opinion publique : un populisme ?*,Vingtième siècle, n°56, 1997, pp. 92-98.

- Behrendt Christian, *La notion de « parliamentary sovereignty » en droit constitutionnel anglais : fondements, paradoxes et problèmes contemporains*, rdidc, n°3-2002, pp. 221-289.

- Beignier Bernard, *Vie privée et vie publique*, apd, T. 41, 1997, pp. 163-180.

- Bénétullière Sébastien, *Justice sociale et espace public : l'exemple de l'affirmative action*, rfdc, n°69-2006, pp. 57-77.

- Bénétullière Sébastien, *Le temps et le droit constitutionel. Un point de vue interdisciplinaire*, rfdc, 2008, à paraître.

- Benhamou Yves, *La commission d'Outreau et la séparation des pouvoirs*, d., n°9-2007, pp. 589-590.

- Benyekhlef Karim, *Constitution et médias au Canada et aux États-Unis*, aijc, Vol. 11, 1995, pp. 467-486.

- Berlin Isaiah, *Qu'est-ce qu'un bon jugement politique ?*, esprit, n°1-1998, pp. 137-150.

- Bidégaray Christian, *« Du confessionnal et du diable ». Réflexions sur le statut des partis politiques quarante ans après la fondation de la Vème République*, rdp, n°5/6-1998, pp. 1810-1830.

- Bidégaray Christian, *Le principe de responsabilité, fondement de la démocratie*. *Petite promenade dans les allées du « jardin des délices démocratiques »*, pouvoirs, n°92, 2000, pp. 5-16.

- Bidégaray Christian et Emeri Claude, *Du référendum négatif et des désarrois du comparatisme*, pouvoirs, n°77, 1996, pp. 61-77.

- Bidégaray Christian et Emeri Claude, *Vie et droit parlementaire*, rdp, n°6-1973, pp. 1633-1745.

- Binczak Pascal, *Chateaubriand et le droit d'amendement : un plaidoyer moderne et méconnu*, rpp, n°1013/1014-2001, pp. 134-153.

- Bird Karen, *L'impossible réglementation des propos à caractère raciste aux États-Unis*, rfdc, n°46, 2001, pp. 265-287.

- Bizeau Jean-Pierre, *Pluralisme et démocratie*, rdp, n°2-1993, pp. 513-542.

- Blanco Ismaël, *Les jurys citoyens en Espagne : vers un nouveau modèle de démocratie locale ?*, Mouvements, n°18, 2001, pp. 132-137.

- Blin Cécile, *Les messages de l'article 18 de la Constitution sous la Vème République*, rrj, n°2-2003, pp. 1145-1164.

- Blondiaux Loïc, *Ce que les sondages font à l'opinion publique*, politix, n°37, 1997, pp. 117-136.

- Blondiaux Loïc, *Démocratie locale et participation citoyenne : la promesse et le piège*, Mouvements, n°18, 2001, pp. 44-51

- Blondiaux Loïc, *La délibération, norme de l'action publique contemporaine*, projet, n°68, 2001, pp. 81-90.

- Blondiaux Loïc*, Les théories contemporaines de l'opinion publique : un retour aux classiques ?*, hermès, n°31, 2001, pp. 11-20.

- Blondiaux Loïc, *Mort et résurrection de l'électeur rationnel*, rfsp, Vol. 46, n°5-1996, pp. 753-791.

- Blondiaux Loïc, *Sondages et délibération. Une épistémologie alternative de l'opinion publique ?*, politix, Volume 15, n°57, 2002, pp. 168-180.

- Blondiaux Loïc, Rolland Denis, Rousseau Dominique (Entretien), *Fabrique-t-on l'opinion ?*, Le Temps des savoirs, n°5, 2003, pp. 189-230.

- Blondiaux Loïc et Sintomer Yves, *L'impératif délibératif*, politix, Vol. 15, n°57, 2002, pp. 17-35.

- Bobbio Norberto, *Sur le principe de légitimité*, droits, n°32, 2000, pp. 147-155.

- Bobbio Norberto, *Perelman et Kelsen*, droits, n°33, 2001, pp. 165-179.

- Bödecker Hans Erich, *« … l'instrument de la Révolution et en même temps son âme » : « l'opinion publique » chez Georg Forster*, Revue européenne d'Histoire, Vol. 13, n°3-2006, pp. 373-383.

- Boissard Sophie, *Le droit d'accès aux documents administratifs depuis l'intervention de la loi du 12 avril 2000*, ajda, n°25-2003, pp. 1309-1395.

- Bon Pierre, *Aspects récents du contrôle des campagnes électorales en France*, rfdc, n°13, 1993, pp. 59-89.

- Boudon Raymond, *Le pouvoir social. Variations sur un thème de Tocqueville*, commentaire, n°62, 1993, pp. 311-322.

- Boumediene Malik, *L'état d'urgence : concilier la sauvegarde de l'ordre public et la protection des libertés individuelles ?*, rrj, n°4-2006, pp. 2089-2110.

- Bourdieu Pierre, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, arss, n°64, 1986, pp. 3-19.

- Bourdieu Pierre, *L'emprise du journalisme*, arss, n°101/102, 1994, pp. 3-9.

- Bourdieu Pierre, *Le mystère du ministère. Des volontés particulières à la « volonté générale »*, arss, n°140, 2001, pp. 7-11.

- Bourdieu Pierre, *L'opinion publique n'existe pas*, Les Temps modernes, n°318, 1973, pp. 1295-1309.

- Bouvier Vincent, *La notion de juridiction constitutionnelle*, droits, n°9, 1989, pp. 119-129.

- Boy Daniel, *L'expert citoyen, le citoyen expert*, Les Cahiers français, n°316, 2003, pp. 20-26.

- Boyer Alain, La *liberté de manifestation en droit constitutionnel français*, rfdc, n°44, 2000, pp. 675-706.

- Bréchon Pierre, *Campagnes d'hier à aujourd'hui. De la propagande classique à la communication politique*, Regards sur l'actualité, n°329, 2007, pp. 5-16.

- Bremond Jules-Xavier, *Des actes de gouvernement*, rdp, 1896, pp. 23-75.

- Brunet Pierre, *Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif*, droits, n°39, 2004, pp. 197-217.

- Brunet Pierre, *La notion de représentation sous la Révolution française*, ahrf, n°2-2002, pp. 27-45.

- Brunet Pierre, *Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français*, pouvoirs, n°114, 2005, pp. 5-19.

- Burdeau Georges, *Démocratie Classique ou Démocratie vivante*, rfsp, Vol. 2, n°4-1952, pp. 653-675.

- Burdeau Georges, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*, apd, n°1-2, 1939, pp. 7-55.

- Burdeau Georges, *La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958*, rfsp, Vol. 9, n°1-1959, pp. 87-100.

- Burdeau Georges, *Le déclin de la loi*, apd, T. 8, 1963, pp. 35-41.

- Burdeau Georges, *L'État entre le consensus et le conflit*, pouvoirs, n°5, 1978, pp. 65-74.

- Bussy Florence, *L'erreur judiciaire*, d., n°37-2005, pp. 2552-2564.

- Caille Pascal, *L'état d'urgence. La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation*, rdp, n°2-2007, pp. 323-353.

- Callon Michel, *Des différentes formes de démocratie technique*, csi, n°38, 1999, pp. 37-54.

- Camby Jean-Pierre, *2007 : le financement de campagnes électorales*, rdp, n°1-2007, pp. 21-28.

- Camby Jean-Pierre, *Droit d'amendement et navette parlementaire : une évolution achevée*, rdp, n°2-2006, pp. 293-300.

- Camby Jean-Pierre, *Le contentieux des élections des députés : éléments pour un bilan*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°5, 1998, pp. 75-87.

- Camby Jean-Pierre, *Sondages, liberté d'expression et élection*, lpa, n°72-2002, pp. 13-19.

- Camy Olivier, *La controverse de l'article 68. Aspects théologiques*, rdp, n°3-2001, pp. 811-829.

- Candela Soriano Mercedes et Defossez Alexandre, *La liberté d'expression face à la morale et à la religion : analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, rtdh, n°68, 2006, pp. 817-837.

- Canedo Marguerite, *Le C.E. gardien de la moralité publique ?*, rfda, n°6-2000, pp. 1282-1304.

- Canivet Guy, *Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale*, apd, T. 50, 2006, pp. 7-32.

- Canivet Guy, *La conception française de la déontologie des magistrats*, esprit, n°11-2003, pp. 5-22.

- Capitant René, *La coutume constitutionnelle*, rdp, n°4-1979, pp. 959-970.

- Cappelletti Mauro, *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil*, ridc, n°3-1975, pp. 571-597.

- Carcassonne Guy, *Á propos du droit d'amendement : les errements du Conseil constitutionnel*, pouvoirs, n°41, 1987, pp. 162-170.

- Carcassonne Guy, *Penser la loi*, pouvoirs, n°114, 2005, pp. 39-52.

- Carcassonne Guy, *Peut-on gouverner contre les médias ? Le pari démocratique*, le débat, n°88, 1996, pp. 57-62.

- Carillo Marc, *Liberté d'expression et droit à l'information : la question des limites*, aijc, Vol. 11, 1995, pp. 487-502.

- Cario Robert, *L'évolution de l'aide aux victimes en France*, lpa, n°80-2005, pp. 3-11.

- Cario Robert, *Médias et sécurité : entre droit d'informer et illusions sécuritaires*, d., n°2-2004, pp. 75-80.

- Carpentier Elise, *L'« acte de gouvernement » n'est pas insaisissable*, rfda, n°4-2006, pp. 661-677.

- Carra Jean, *Contre la judiciarisation de la société*, ra, n°307, 1999, pp. 41-48.

- Carré de Malberg Raymond, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, rdp, 1931, pp. 225-244.

- Cartier Emmanuel, *Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ?*, rfdc, n°67, 2006, pp. 509-534.

- Cartier Emmanuel, *Publication et libre diffusion de la règle de droit : enjeux et problématiques comparés en France et au Royaume-Uni*, politeia, n°7, 2005, pp. 89-114.

- Cartier Emmanuel, *Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques*, ajda, n°20-2005, pp. 1092-1101.

- Cassia Paul, *Le droit de la rue*, pouvoirs, n°116, 2006, pp. 65-85.

- Cayla Olivier, *La Constitution du constitutionnaliste*, critique, n°642, 2000, pp. 957-968.

- Cayla Olivier, *Les deux figures du juge*, le débat, n°74, 1993, pp. 164-174.

- Cayla Olivier, *Le coup d'État de droit*, le débat, n°100, 1998, pp. 108-133.

- Cayla Olivier, *« Si la volonté générale peut errer ». À propos de « l'erreur manifeste d'appréciation » du législateur*, Le Temps des savoirs, n°2, 2000, pp. 61-90.

- Chagnollaud Dominique, *Á propos de la reparution du Traité de droit constitutionnel de Joseph-Barthélémy*, Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique, n°25/26-2005-2006, pp. 407-412.

- Chagnollaud Dominique, *Au Panthéon des concepts « fourre-tout » : le syndrome de l'artichaut*, droits, n°44, 2007, pp. 93-101.

- Champagne Patrick, *De l'irréel des sondages*, médiaspouvoirs, n°38, 1995, pp. 63-70.

- Champagne Patrick, *Le sondage et la décision politique*, projet, n°268, 2001, pp. 65-72.

- Champagne Patrick, *Les sondages, le vote et la démocratie*, arss, n°109, 1995, pp. 73-92.

- Champeil-Desplats Véronique, *Le statut pénal du président de la République : la fonction doit-elle protéger l'homme ?*, Mouvements, n°29, 2003, pp. 24-29.

- Champeil-Desplats Véronique, *N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°21, 2006, pp. 63-68.

- Chamussy Damien, *Le Conseil constitutionnel et la qualité de la législation*, rdp, n°6-2004, pp. 1739-1760.

- Chamussy Damien, *Le Conseil constitutionnel, le droit d'amendement et la qualité d'une législation. Évolutions récentes de la jurisprudence*, rdp, n°4-2007, pp. 1073-1098.

- Chappey Jean-Luc, *Pierre-Louis Roederer et la presse sous le directoire et le consulat : l'opinion publique et les enjeux d'une politique éditoriale*, ahrf, n°334, 2003, pp. 1-21.

- Chatriot Alain, *Les apories de la représentation de la société civile. Débats et expériences autour des compositions successives des assemblées consultatives en France au XXème siècle*, rfdc, n°71, 2007, pp.536-555.

- Chevallier Jacques, *Constitution et communication*, d., Chron., 37ème Cahier, 1991, pp. 247-256.

- Chevallier Jacques, *La coutume et le droit constitutionnel français*, rdp, 1970, pp. 1375-1416.

- Chevallier Jacques, *La dimension symbolique du principe de légalité*, rdp, n°6-1990, pp. 1651-1677.

- Chevallier Jacques*, La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? (à propos de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relations avec les administrations)*, d., n°38-2000, pp. 575-584.

- Chevallier Jacques, *L'obligation en droit public*, apd, T. 44, 2000, pp. 179-194.

- Chrestia Philippe, *Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société*, rdp, n°3-2000, pp. 739-778.

- Clavreul Colette, *Siéyès et la genèse de la représentation moderne*, droits, n°6, 1987, pp. 45-56.

- Cohendet Marie-Anne, *Une crise de la représentation politique ?*, cités, n°18, 2004, pp. 41-61.

- Cohen-Jonathan Gérard, *Liberté d'expression et message publicitaire*, rtdh, n°13, 1993, pp. 69-93.

- Colliard Jean-Claude, *Le financement des campagnes électorales et le contrôle des comptes de campagne*, Regards sur l'actualité, n°329, 2007, pp. 53-64.

- Colliard Jean-Claude, *Les systèmes électoraux dans les Constitutions des pays de l'Union européenne*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°13, 2002, pp. 69-73.

- Collière Philippe, *La mise à disposition de locaux communaux au profit d'associations, de syndicats et de partis politiques*, ajda, n°33-2006, pp. 1817-1821.

- Colmou Yves, *Vade-mecum du député obstructeur*, pouvoirs, n°34, 1985, pp. 121-129.

- Commaille Jacques, *Droit et mœurs ou l'avènement d'un modèle d'illégitimité réciproque*, droits, n°19, 1994, pp. 63-75.

- Commaille Jacques, *L'exercice de la fonction de justice comme enjeu de pouvoir entre Justice et Médias*, Droit et Société, n°26-1994, pp. 11-18.

- Constant Benjamin, *La responsabilité des ministres*, commentaire, n°63, 1993, pp. 595-597.

- Constant Benjamin, *Vers le troisième parti*, commentaire, n°20, 1982, pp. 688-690.

- Conte Philippe, *Brèves remarques d'un pénaliste*, rdp, n°2-1999, pp. 401-408.

- Corten Olivier, *La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale*, Droit et Société, n°50, 2002, pp. 185-203.

- Cossart Paula, *Lorsque la réunion des citoyens fait peur. Commentaires juridiques sur la liberté de réunion en France depuis la loi libérale de 1881 jusqu'aux interdictions administratives des années 1930*, Cahiers d'histoire, Vol. 46, n°3/4-2001, pp. 517-537.

- Cossart Paula, *S'assembler en Provence sous la Révolution. Légitimité des réunions des sociétés populaires comme mode de participation collective au débat public (1791-1794)*, ahrf, n°1-2003, pp. 55-75.

- Cotteret Jean-Marie, *Les stratégies de communication des Présidents de la République*, pouvoirs, n°41, 1987, pp. 115-121.

- Cramier Pierre, *L'encadrement de la déontologie journalistique : le rôle des associations de téléspectateurs et la question de l'intérêt à agir du public*, lpa, n°124-1999, pp. 4-8.

- Crouzatier Jean-Marc, Le *rôle des commissions d'enquête du Congrès des États-Unis*, rdp, n°4-1975, pp. 997-1053.

- Crouzet Philippe, *La jurisprudence de la Commission des sondages (1978-1984)*, pouvoirs, n°33, 1985, pp. 57-69.

- Custos Dominique, *La Cour suprême et la liberté d'avortement*, rdp, n°5-1995, pp. 1119-1155.

- Dagnaux Monique, *L'âge médiatique de la démocratie*, esprit, n°3-4/1995, pp. 49-58.

- Darnoux Roland, Les *techniques de démocratie semi-directe sous la Vème République*, rdp, n°2-1995, pp. 413-448.

- De Béchillon Denys, *La notion de transdisciplinarité*, Revue du MAUSS, n°10, 1997, pp. 185-200.

- De Béchillon Denys, *L'imaginaire banal de la responsabilité*, critique, n°642, 2000, pp. 988-1000.

- De Bellescize Diane, *Droit à l'image et attentats*, lpa, n°196-2001, pp. 5-17.

- De Cazals Marie, *La Vème République face à l'instauration d'une destitution inédite du Président de la République. Retour sur la révision du titre IX de la Constitution du 4 octobre 1958*, rfdc, n°71, 2007, pp. 451-470.

- De Fontbressin Pascal, *La liberté d'expression et la protection de la santé et de la morale*, rtdh, 1993, pp. 129-146.

- De Lacharrière René, *Opinion dissidente*, pouvoirs, n°13, 1980, pp. 133-150.

- Delaunay Bénédicte, *Le débat public*, tdp, n°2-2003, pp. 283-294.

- Delaunay Bénédicte, *Le débat public*, ajda, n°42-2006, pp. 2322-2327.

- Delaunay Bénédicte, *Le droit d'accès aux documents administratifs : une nouvelle liberté publique*, tdp, n°2-2003, pp. 163-174.

- Delaunay Bénédicte, *Liberté d'accès aux documents administratifs et réutilisation des informations publiques*, ajda, n°26-2995, pp. 1377-1385.

- Delbouille Paul, *Aux sources de la démocratie libérale : Benjamin Constant*, rhlf, n°2-2006, pp. 259-270.

- Delcros Xavier et Schrameck Olivier, *La commission des sondages, un garant fragile de la démocratie*, ajda, 1988, pp. 386-390.

- Delos Thomas, *L'opinion, le Gouvernement d'opinion, le Gouvernement de Foule*, Cahiers de l'École des Sciences Sociales, Politiques et Économiques de Laval, Vol. 2, n°2-1943, pp. 3-35.

- Delporte Christian, *De la propagande à la communication politique. Le cas français*, le débat, n°138, 2006, pp. 29-45.

- De Lucas Stefano, *La pensée politique de Benjamin Constant entre libéralisme et démocratie*, Annales Benjamin Constant, n°23-24, 2000, pp. 247-258.

- De Maillard Jean, *Les maux et les causes. Á propos de la crise du droit pénal*, commentaire, n°67, 1994, pp. 613-623.

- Demichel André, *Le pouvoir judiciaire est de retour*, esprit, n°1-2001, pp. 212-218.

- Denquin Jean-Marie, *Approches philosophiques du droit constitutionnel*, droits, n°32, 2000, pp. 33-46.

- Denquin Jean-Marie, *Le déclin du référendum sous la Vème République*, rdp, n°5/6-1998, pp. 1582-1610.

- Denquin Jean-Marie, *Liberté d'expression et droit de mentir*, politeia, n°10, 2006, pp. 117-123.

- Denquin Jean-Marie, *Recherches sur la notion de majorité sous la Vème République*, rdp, n°4-1993, pp. 949-1016.

- Denquin Jean-Marie, *Repenser le droit constitutionnel*, droits, n°32, 2000, pp. 3-6.

- Denquin Jean-Marie, *Référendum consultatif*, pouvoirs, n°77, 1996, pp. 79-93.

- Derieux Emmanuel, *Communication audiovisuelle : dispositif anticoncentration et garanties du pluralisme*, lpa, n°16-2001, pp. 4-10.

- Derieux Emmanuel, *La Constitution pour l'Europe et le droit de la communication*, jcp, n°21-2005, pp. 947-951.

- Derieux Emmanuel, *Le droit de la communication à la lumière des Droits de l'Homme*, lpa, n°80-2004, pp. 4-10.

- Dermagne Jacques, *La société civile entre jacquerie et démocratie sociale*, rpp, n°1012, 2001, pp. 67-72.

- Derosier Jean-Philippe, *La montagne accouche d'une souris. Á propos d'une réforme manquée : la révision du règlement de l'Assemblée nationale du 7 juin 2006*, politeia, n°10, 2006, pp. 13-24.

- Descombes Vincent, *Le contrat social de Jürgen Habermas*, le débat, n°104, 1999, pp. 35-56.

- Descombes Vincent, *L'illusion nomocratique*, droits, n°31, 2000, pp. 89-100.

- Desmons Éric, *Le droit de résistance du fonctionnaire*, droits, n°15, 1992, pp. 101-111.

- Desmons Éric, *Le normativisme est une scolastique (Brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme progrès)*, droits, n°32, 2000, pp. 21-32.

- Desmons Éric, *L'exécutif sous la Vème République : le Président de la République et le Premier Ministre en représentation*, rdp, n°5/6-1998, pp. 1562-1581.

- Desmons Éric, *L'extension du domaine de la responsabilité pénale des représentants de l'autorité publique*, justices, n°2, 2000, pp. 49-69.

- Desmons Éric, *L'insurrection et le « despotisme représentatif »*, cités, n°17, 2004, pp. 73-86.

- Deumier Pascale, *La publication de la loi et le mythe de sa connaissance*, lpa, n°46-2000, pp. 6-11.

- Deysine Anne, *Argent et politique : quels horizons pour 2002 ?*, rfea, n°90, 2001, pp. 44-60.

- Di Manno Thierry, *Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°20, 2006, pp. 135-149.

- Diniz Guedes Thomaz, *Le pouvoir neutre et le pouvoir modérateur dans la Constitution brésilienne de 1824*, Annales Benjamin Constant, n°23-24, 2000, pp. 235-246.

- Dionnet Jean-Pierre, *La contribution de la pétition à l'évolution politique dans l'histoire contemporaine : évocation d'une difficile intégration*, droits, n°37, 2003, pp. 173-189.

- Docquir Pierre-François, *La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses ?*, rtdh, n°68, 2006, pp. 839-849.

- Doganis Carine, *Secret et transparence dans la démocratie athénienne*, cités, n°26, 2006, pp. 69-83.

- Donegani Jean-Marie et Sadoun Marc, *Des institutions en crise*, le débat, n°106, 1999, pp. 182-191.

- Donegani Jean-Marie et Sadoun Marc, *Les vertus dormitives de l'opium judiciaire*, le débat, n°108, 2000, pp. 45-53.

- Donegani Jean-Marie et Sadoun Marc, *Vie et mort de la Vème République*, le débat, n°106, 1999, pp. 151-159.

- Douaoui Malika-Diana, *La réparation du trouble médiatique*, d., n°17-2001, pp. 1333-1339.

- Drago Guillaume, *Justice constitutionnelle*, droits, n°34, 2001, pp. 119-129.

- Drago Guillaume, *La confection de la loi sous la Vème République : pouvoir législatif ou fonction partagée ?*, droits, n°43, 2006, pp. 61-71.

- Drago Guillaume, *Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif*, rdp, n°1-2006, pp. 45-64.

- Drago Roland, *L'État d'urgence et les libertés publiques*, rdp, 1955, pp. 670-705.

- Dreyer Emmanuel, *Les mutations du concept juridique de dignité*, rrj, n°1-2005, pp. 19-44.

- Dreyer Emmanuel, *Observations sur quelques applications récentes de l'article 10 de la Convention européenne (janvier 2006-janvier 2007)*, rtdh, n°71, 2007, pp. 615-639.

- Dromard Frédéric-Guillaume, *Réflexions sur l'unité de l'œuvre de Carré de Malberg*, droits, n°44, 2007, pp. 187-217.

- Dubourg-Lavroff Sonia, *Le droit de pétition en France*, rdp, n°6-1992, pp. 1734-1769.

- Dufernez Régis, *Le référendum local décidé par les collectivités territoriales*, Lamy – Collectivités territoriales, n°4-2005, pp. 46-48.

- Dumouchel Paul, *La religion comme problème politique*, Revue du MAUSS, n°22, 2003, pp. 235-246.

- Duprat Jean-Pierre, *Le référendum constitutionnel dans un système français dominé par une logique représentative*, ridc, n°2-2006, pp. 553-580.

- Duprat Jean-Pierre, *Transparence et démocratie*, rffp, n°71, 2000, pp. 31-46.

- Dupréel Eugène, *Y a-t-il une foule diffuse ? L'opinion publique*, hermès, n°2, 1988, pp. 212-225.

- Dutheillet de Lamothe Olivier, *L'expérience du Conseil constitutionnel français*, lpa, n°254-2006, pp. 10-13.

- Duverger Maurice, *Les institutions de la Vème République*, rfsp, Vol. 9, n°1-1959, pp. 101-134.

- Dworkin Ronald, *Controverse constitutionnelle*, pouvoirs, n°59, 1991, pp. 5-16.

- Dyens Samuel et Sales Éric, *Le conseil constitutionnel est-il herculéen ?*, ra, n°291, 1996, pp. 275-284 et n°292, 1996, pp. 390-398.

- Dyèvre Arthur, *La place des Cours constitutionnelles dans la production des normes : l'étude de l'activité normative du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle fédérale*, aijc, T. 21, 2005, pp. 39-55.

- Edelman Bernard, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, d., 1997, 23ème Cahier, Chron., pp. 185-188.

- Eisenmann Charles, *Le Consensus. Essai de définition*, pouvoirs, n°5, 1978, pp. 28-31.

- Eisenmann Charles, *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique*, apd, T. 11, 1966, pp. 25-43.

- Ellul Jacques, *Propagande et démocratie*, rfsp, Vol. 2, n°3-1952, pp. 474-497.

- Ellul Jacques, *Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception*, apd, T. 8, 1963, pp. 21-34.

- Elster Jon, *Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes*, rfsp, Vol. 44, n°2-1994, pp. 187-257.

- Emeri Claude, *Les partis politiques et les institutions constitutionnelles en France*, lpa, n°48-1996, pp. 9-14.

- Encinas de Munagorri Rafael, *La désobéissance civile : une source du droit ?*, rtdc, n°1-2005, pp. 73-78.

- Encinas de Munagorri Rafael, *Quel statut pour l'expert ?*, rfap, n°103, 2003, pp. 379-389.

- Esmein Adhémar, *Deux formes de gouvernement*, rdp, 1894, pp. 15-41.

- Fatin-Rouge Stefanini Marthe, *Le référendum et la protection des droits fondamentaux*, rfdc, n°53, 2003, pp. 73-101.

- Faure Christine, *Doléances, déclarations et pétitions, trois formes de la parole publique des femmes sous la Révolution*, ahrf, n°2-2006, pp. 5-26.

- Favoreu Louis, De *la démocratie à l'État de droit*, le débat, n°64, 1991, pp. 158-162.

- Favoreu Louis, *La légitimité du juge constitutionnel*, ridc, Vol. 46, n°2-1994, pp.557-581.

- Favoreu Louis, *Sur l'introduction hypothétique du recours individuel direct devant le Conseil constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°10, 2001, pp. 99-102.

- Fekete Rémy, *Pour la liberté de publication des sondages*, lpa, n°247-2000, pp. 12-17.

- Feldman Jean-Philippe, *Raison et préjugés dans les doctrines juridiques et politiques (XVIème - XXème siècles)*, rdidc, n°4-2003, pp. 411-460.

- Feldman Jean-Philippe, *Scholies sur l'interprétation du droit selon Hayek*, droits, n°33, 2001, pp. 181-190.

- Feldman Jean-Philippe, *Sur la proposition de loi constitutionnelle « tendant à renforcer l'autorité de la loi »*, d., n°6-2005, pp. 399-402.

- Fernandez Sarasola Ignacio, *Opinion publica y « libertades de expresion » en el constitucionalismo espanol (1726-1845)*, Giornale di storia costituzionale, n°6, 2003, pp. 195-215.

- Ferrarese Estelle, *Niklas Luhmann et l'opinion publique. L'autre de l'espace public*, Cahiers internationaux de sociologie, Vol. 116, 2004, pp. 97-115.

- Ferrari-Breeur Christine, *La participation du public aux décisions des collectivités*, jcpa, n°4-5/2002, pp.132-137.

- Ferretti Raymond, *Le référendum sous la Vème République ou l'ambivalence d'une institution*, lpa, n°136-1998, pp. 4-15.

- Ferry Jean-Marc, *Les transformations de la publicité politique*, hermès, n°4, 1991, pp. 15-26.

- Ferry Luc, *Tradition ou argumentation ? Des comités de « sages » aux comités de délibération*, pouvoirs, n°56, 1991, pp. 5-21.

- Février Jean-Marc, *Sur l'idée de légitimité*, rrj, n°1-2002, pp. 367-379.

- Fisher Louis et Mourtada-Sabbah Nada, *La Cour Suprême des États-Unis : interprète souverain de la constitution ?*, rdp, n°4-2002, pp. 1205-1245.

- Fisher Louis et Mourtada-Sabbah Nada, *Les pouvoirs inhérents du Président américain. Une menace pour les valeurs démocratiques ?*, pouvoirs, n°119, 2006, pp. 115-125.

- Flauss Jean-François, *La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme*, rtdh, n°62, 2005, pp. 313-331.

- Flauss Jean-François, *L'Histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, rtdh, n°1-2006, pp. 5-22.

- Flückiger Alexandre, *Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°21, 2006, pp. 74-78.

- Fontana Biancamaria, *Publicity and the "Res publica": the concept of public opinion in Benjamin Constant's writings*, Annales Benjamin Constant, n°12, 1991, pp. 53-63.

- Forderer Christof, *Volonté générale, droits de l'homme, opinion publique. Les positions de Camille Desmoulins et de Georg Forster concernant la politique de la Terreur*, Transversalités, n°89, 2004, pp. 51-72.

- Forey Elsa, *Le droit de pétition aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales. Réflexions sur l'article 72-1 alinéa 1 de la Constitution*, rdp, n°1-2005, pp. 151-169.

- Fortier Vincente, *La fonction normative des notions floues*, rrj, n°3-1991, pp. 755-768.

- Foucher Karine, *La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement. Quelle portée juridique ?*, ajda, n°42-2006, pp. 2316-2321.

- Foyer Jean, *La justice : histoire d'un pouvoir refusé*, pouvoirs, n°16, 1980, pp. 17-29.

- Fraissex Patrick, *L'interdiction du mandat impératif : réflexions à propos d'une « tradition républicaine »*, rrj, n°1-1997, pp. 155-174.

- François Bastien, *La perception du conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion*, pouvoirs, n°105, 2003, pp. 133-142.

- François Bastien, *Le juge, le droit et la politique ; éléments d'une analyse politiste*, rfdc, n°1, 1990, pp. 49-69.

- François Lyn, *De la vérité des faits diffamatoires et Convention européenne des droits de l'homme : confrontation des conceptions française et européenne*, d., n°21-2005, pp. 1388-1392.

- François Lyn, *Le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la réputation des droits d'autrui : la recherche d'un « juste équilibre » par le juge européen*, d., n°43-2006, pp. 2953-2959.

- Frayssinet Marie-Hélène, *Les lois de l'imitation chez Tarde, ou un processus normatif atypique*, rrj, n°3-2004, pp. 2311-2334.

- Frétigné Jean-Yves, *Gaetano Mosca et Vittorio Emanuele Orlando : deux idéologues majeurs de l'Italie transformiste*, rhmc, Vol. 50, n°2-2003, pp. 92-111.

- Frison-Roche Marie-Anne, *Le droit de la régulation*, d., n°7-2001, pp. 610-616.

- Frison-Roche Marie-Anne, *L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence*, rrj, n°4-1993, pp. 1271-1277.

- Frison-Roche Marie-Anne et Baranès William, *L'autorité en droit*, autrement, Série Mutations, n°163, 1996, pp. 45-59.

- Froment Jean-Charles, *Remarques sur les enjeux et la portée d'une « criminalisation » du droit administratif. Du développement de la responsabilité pénale en matière administrative à la naissance d'un « contentieux pénal de l'excès de pouvoir »*, rdp, n°2-2001, pp. 555-606.

- Fromont Michel, *La Cour constitutionnelle fédérale et le droit*, droits, n°11, 1990, pp. 119-130.

- Galabert Jean-Michel, *Il existe une réelle nécessité à l'absence de sondages la veille et le jour du scrutin*, lpa, n°72-2002, pp. 3-6.

- Galland Yannick, *Les obligations des journalistes dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, rtdh, n°51, 2002, pp. 854-874.

- Ganochaud Colette, *Opinion publique et changement social chez Jean-Jacques Rousseau*, rfsp, Vol. 28, n°5-1978, pp. 899-924.

- Garapon Antoine, *La justice est-elle « délocalisable » dans les médias ?*, Droit et Société, n°26, 1994, pp. 73-89.

- Garapon Antoine, *L'autorité est-elle télégénique ?*, esprit, n° 3-4/2005, pp. 115-127.

- Garapon Antoine, *Le législateur irrationnel*, esprit, n°10-1993, pp. 109-117.

- Garapon Antoine, *Pour une responsabilité civique*, esprit, n°3-4/1999, pp. 237-249.

- Garner James W., *La révocation des agents publics par le peuple aux États-Unis*, rdp, 1920, pp. 507-520.

- Garonne Pierre, *Le patrimoine électoral européen. Une décennie d'expérience de la Commission de Venise dans le domaine électoral*, rdp, n°5-2001, pp. 1417-1453.

- Garrido Ludovic, *Actualité de la responsabilité de l'État du fait des attroupements et des rassemblements*, jcpa, n°1-2/2006, pp. 35-42.

- Gauchet Marcel, *Contre-pouvoir, méta-pouvoir, anti-pouvoir*, le débat, n°138, 2006, pp. 17-29.

- Gauchet Marcel, *L'héritage jacobin et le problème de la représentation*, le débat, n° 116, 2001, pp. 32-45.

- Gaudemet Yves, *La loi administrative*, rdp, n°1-2006, pp. 65-83.

- Gauthier-Lescop Laure, *Une résolution du Parlement pour lutter contre l'inflation normative*, rdp, n°1-2007, pp. 111-129.

- Gautier Marie, *Le législateur, la liberté d'expression et la diffusion des sondages d'opinion : une occasion manquée ?*, lpa, n°72-2002, pp. 20-28.

- Gazier François et de Leusse Jean-François, *La commission des sondages face à l'élection présidentielle de 1988*, pouvoirs, n°48, 1989, pp. 145-157.

- Genard Jean-Louis, *La juridicisation de la société et ses effets sur le droit*, Regards sur l'actualité, n°271, 2001, pp. 37-52.

- Gerstlé Jacques, *La publicité politique. Quelques enseignements de l'expérience américaine*, hermès, n°4, 1991, pp. 203-213.

- Gerstlé Jacques, *Les campagnes ne sont plus ce qu'elles étaient. Le renouvellement des études sur les campagnes électorales*, politix, n°5, 1989, pp. 7-11.

- Ghevontian Richard, *La sincérité du scrutin*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°13, 2002, pp. 63-68.

- Gicquel Jean, *La justice et l'État*, lpa, n°213-2000, pp. 46-49.

- Gicquel Jean-Éric, *Faut-il introduire en France le référendum législatif d'initiative populaire ?*, lpa, n°20-2005, pp. 5-12.

- Gicquel Jean-Éric, *La promulgation-suspension de la loi*, rdp, n°3-2006, pp. 568-574.

- Godbout Jacques, *Pas de représentation sans représentativité ?*, Revue du mauss, n°26, 2005, 90-104.

- Gohin Olivier, *La liberté d'expression dans l'enseignement supérieur : le cas des universitaires*, politeia, n°10, 2006, pp. 125-138.

- Gonié Jean, *Internet et communication électorale : les principaux points de la recommandation du Forum des droits sur l'internet*, d., n°16-2003, pp. 1043-1044.

- Gounelle Max, *Démocratiser le mandat représentatif*, le débat, n°141, 2006, pp. 119-127.

- Grau Eros Roberto, *Notes sur les concepts juridiques*, rrj, n°3-1994, pp. 769-772.

- Grass Étienne, *L'inflation législative a-t-elle un sens ?*, rdp, n°1-2003, pp. 139-163.

- Grzegorczyk Christophe, *La rationalité de la décision juridique*, apd, T. 23, 1978, pp. 237-256.

- Grzegorczyk Christophe, *Le rôle du performatif dans le langage du droit*, apd, T. 19, 1974, pp. 229-241.

- Grunberg Gérard, *Les ennemis de l'opinion. L'opinion publique, les politologues et le suffrage universel*, le débat, n°66, 1991, pp. 44-53.

- Guastini Ricardo, *Michel Troper sur la fonction juridictionnelle*, droits, n°37-2003, pp. 111-122.

- Gueniffey Patrice, *La difficile invention du vote. L'expérience révolutionnaire du suffrage et ses apories*, le débat, n°116, 2001, pp. 17-31.

- Guigue Alexandre, *Autour des méthodes positivistes*, rrj, n°3-2006, pp. 1175-1192.

- Guinchard Serge, *Une class action à la française ?*, d., n°32-2005, pp. 2180-2186.

- Gutmann Amy et Thompson Denis, *Pourquoi la démocratie délibérative est-elle différente ?*, Philosophiques, Vol. 29, n°2-2002, pp. 193-214.

- Habermas Jürgen, *La désobéissance civile, test crucial d'un État de droit démocratique*, Revue M, n°44, 1991, pp. 25-32.

- Habermas Jürgen, *Trois versions de la démocratie libérale*, le débat, n°127, 2003, pp. 122-131.

- Hamon Francis, *Actualité du référendum*, le débat, n°96, 1997, pp. 51-66.

- Hamon Francis, *La crise du système référendaire*, droits, n°43, 2006, pp. 91-107.

- Hamon Francis, *L'extension du référendum*, pouvoirs, n°77, 1996, pp. 109-121.

- Hamon Léo, *Du référendum à la démocratie continue*, rfsp, Vol. 34, n°4-5/1984, pp. 1084-1101.

- Haupais Nicolas, *La « crise » de la pensée révolutionnaire au tournant du XXème siècle, la pensée « constitutionnelle » de Raymond Saleilles*, Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique, n°23, 2003, pp. 57-93.

- Hauriou André, *Le droit de révocation populaire*, rpp, Vol. 120, n°5-1924, pp. 63-75.

- Hayat Samuel, *La République, la rue et l'urne*, pouvoirs, n°116, 2006, pp. 31-44.

- Hayward Jack, *Groupes d'intérêt, pluralisme et démocratie*, pouvoirs, n°79, 1996, pp. 5-19.

- Heller Hermann, *Démocratie politique et homogénéité sociale*, cités, n°6, 2001, pp. 199-211.

- Herz Ruth, *Un juge à la télé. Le cas des émissions judiciaires allemandes*, esprit, n°3-4/2003, pp. 231-241.

- Hiscock-Lageot Céline, *La dimension universelle de la liberté d'expression dans la déclaration des droits de l'homme de 1948*, rtdh, n°42, 2000, pp. 229-239.

- Hoogaert Corinne, *Perelman et Toulmin. Pour une rhétorique néo-dialectique*, hermès, n°15, 1995, pp. 155-169.

- Hottelier Michel, *Suisse : réforme des droits populaires de rang fédéral*, rfdc, n°55, 2003, pp. 658-670.

- Ihl Olivier, *Conspirations et science du pouvoir chez François Guizot*, rfhip, n°19, 2004, pp. 125-156.

- Imbert Claude, *Télévision, émotion, opinion*, commentaire, n°61, 1993, p. 160.

- Jacquelot Fanny, *Le juge constitutionnel et le droit comparé*, lpa, n°12, 2007, pp. 8-14.

- Jan Pascal, *Élections américaines 2004 : système électoral en convalescence*, rdp, n°1-2005, pp. 113-117.

- Jan Pascal, *La Constitution de 1958 à l'épreuve de ses interprètes politiques*, rdp, n°3-2006, pp. 53-567.

- Jan Pascal, *Le citoyen face à l'État. Droit de résister ou de désobéir ? Réflexions sur la justification des « comportements citoyens »*, rdp, n°5-2006, pp. 1179-1181.

- Jan Pascal, *Les oppositions*, pouvoirs, n°108, 2004, pp. 23-43.

- Jan Pascal, *Modes de scrutin régional et européen et financement des partis politiques*, ajda, n°18-2003, pp. 939-947.

- Jaume Lucien, *Autour de Hobbes : représentation et fiction*, droits, n°21, 1995, pp. 95-103.

- Jaume Lucien, *Benjamin Constant au centre de nos préoccupations*, Annales Benjamin Constant, n°23-24, 2000, pp. 25-38.

- Jaume Lucien, *La réhabilitation de la fonction gouvernementale dans la constitution de 1958*, esprit, n°1-2002, pp. 86-99.

- Jaume Lucien, *La représentation, une fiction malmenée*, pouvoirs, n°120, 2006, pp. 5-15.

- Jaume Lucien, *Le concept de responsabilité des ministres chez Benjamin Constant*, rfdc, n°42, 2000, pp. 227-243.

- Jaume Lucien, *Le gaullisme et la crise de l'État*, esprit, n°2-2001, pp. 41-55.

- Jaume Lucien, *Légitimité et représentation sous la Révolution : l'impact du jacobinisme*, droits, n°6, 1987, pp. 57-67.

- Jaume Lucien, *Le public et le privé chez les Jacobins (1789-1794)*, rfsp, Vol. 37, n°2-1987, pp. 230-248.

- Jaume Lucien, *L'État républicain selon De Gaulle*, commentaire, n°51, 1990, pp. 523-532 (I) et n°52, 1990, pp. 749-755 (II).

- Jaume Lucien, *Loi*, Cités, n°8, 2001, pp. 231-237.

- Jaume Lucien, *Problèmes du libéralisme. De Mme de Staël à Tocqueville*, droits, n°30, 2000, pp. 151-162.

- Jaume Lucien, *Siéyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation*, droits, n°36, 2002, pp. 115-134.

- Jaume Lucien, *Tocqueville et le problème du pouvoir exécutif*, rfsp, Vol. 41, n°6-1991, pp. 739-755.

- Jaume Lucien, *Tocqueville face au thème de la « nouvelle aristocratie ». La difficile naissance des partis en France*, rfsp, Vol. 56, n°6-2006, pp. 969-983.

- Jegouzo Yves, *De la « participation du public » à la « démocratie participative »*, ajda, n°42-2006, p. 2314-2315.

- Jobert Bruno, *L'aménagement en politique ou ce que le syndrome NIMBY nous dit de l'intérêt général*, politix, n°42, 1998, pp. 67-92.

- Joly Pierre-Benoît et Marris Claire, *La gouvernance technocratique par consultation ? Interrogation sur la première conférence de citoyens en France*, csi, n°38, 1999, pp. 97-124.

- Joop Olivier, *Le contrôle de décisions politiques par le juge constitutionnel : l'exemple de la décision du Bundestag allemand*, lpa, n°148-2006, pp. 12-17.

- Jouanjan Olivier, *Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ?*, droits, n°43, 2006, pp. 73-89.

- Joulin Olivier, *La liberté d'expression des magistrats*, politeia, n°9, 2006, pp. 203-217.

- Kalifa Dominique*, Insécurité et opinion publique au début du XXème siècle*, csi, n°17, 1994, pp. 65-76.

- Kalinowski Georges, *Dialogue à trois voix. Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi*, apd, T. 19, 1974, pp. 63-74.

- Karila-Cohen Pierre, *La censure ou la parole bâillonnée*, autrement, n°185, 1999, pp. 61-90.

- Karpik Lucien, *L'avancée de la justice menace-t-elle la République ?*, le débat, n°110, 2000, pp. 238-258.

- Kaufmann Laurence, *L'opinion publique : oxymoron ou pléonasme ?*, Réseaux, Vol. 21, n°117, 2003, pp. 257-288.

- Kelsen Hans, *La notion d'État et la psychologie sociale. Á propos de la théorie freudienne des foules*, hermès, n°2, 1988, pp. 134-168.

- Kelsen Hans, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, rdp, 1928, pp. 197-257.

- Kervegan Jean-François, *Souveraineté et représentation chez Hegel*, rfhip, n°14, 2001, pp. 321-336.

- Kimmel Adolf, *Une crise de la Cour constitutionnelle fédérale ?*, pouvoirs, n°79, 1996, pp. 147-152.

- Kornhauser William*, Société de masse et ordre démocratique*, hermès, n°2, 1988, pp. 238-245.

- Kramer Larry, *Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ?*, rdp, n°4-2005, pp. 1027-1046.

- Krieg Jean-François, *La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique*, d., n°24-2005, pp. 1592-1596.

- Krulic Joseph, *Alexis de Tocqueville et la judiciarisation : contrepoids « aristocratique » dans la société ou phénomène « démocratique » de très longue durée ?*, jcpa, n°30/34-2005, pp. 1185-1192.

- Kuty Olgierd, *Le « mouvement blanc » en Belgique : un nouvel acteur dans le champ judiciaire*, Droit et Société, n°42-43/1999, pp. 287-310.

- Laborie Pierre, *De l'opinion publique à l'imaginaire social*, Vingtième siècle, Vol. 18, n°18, 1988, pp. 101-107.

- Lacchè Luigi, *Per una teoria costituzionale dell'opinione pubblica. Il dibattito italiano (XIX secolo)*, Giornale di storia costituzionale, n°6, 2003, pp. 273-290.

- Lafaille Franck, *La mission d'information parlementaire et le contrôle de l'action gouvernementale*, Droit et défense, n°2-1998, pp. 34-37.

- Lagarde Xavier, *Pourquoi le droit est-il complexe ?*, le débat, n°125, 2003, pp. 146-157.

- Lakrouf Slimane, *Le droit d'amendement*, rdp, n°2-1991, pp. 437-479.

- Lamberti Jean-Claude, *Tocqueville et les deux démocraties*, commentaire, n°13, 1982, pp. 476-483.

- Lamberti Jean-Claude, *Tocqueville et la Constitution de 1848*, commentaire, n°25, 1984, pp. 141-151.

- Lancelot Alain, *Sondage d'opinion et suffrage universel*, commentaire, n°10, 1980, pp. 217-221.

- Laquièze Alain, *Benjamin Constant et les lectures à l'Athénée royal consacrées à la Constitution anglaise*, Annales Benjamin Constant, n°23-24, 2000, pp. 155-171.

- Laquièze Alain, *État d'exception et coup d'État dans la pensée du groupe de Coppet*, Annales Benjamin Constant, n°27, 2003, pp. 39-60.

- Laquièze Alain, *Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX*ème *siècle*, Giornale di storia costituzionale, n°4, 2002, pp. 155-171.

- Laquièze Alain, *L'opinion publique des juristes*, Giornale di storia costituzionale, n°6, 2003, pp. 61-72.

- Larralde Jean-Manuel, *Intelligibilité de la loi et accès au droit*, lpa, n°231-2002, pp. 11-21.

- Larralde Jean-Manuel, *L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et la liberté de la presse*, rtdh, n°69, 2007, pp. 39-62.

- Lascoumes Pierre, *L'expertise, de la recherche d'une action rationnelle à la démocratisation des connaissances et des choix*, rfap, n°103, 2003, pp. 369-377.

- Lassale Jean-Pierre, *La puissance et la fragilité : chronique d'une destitution annoncée*, rdp, n°2-1999, pp. 535-555.

- Lasserre Bruno et Robineau-Israël Aurélie, *Administration électronique et accès à l'information administrative*, ajda, n°25-2003, pp. 1325-1329.

- Laugier Sandra, *Désaccord, dissentiment, désobéissance, démocratie*, cités, n°17, 2004, pp. 39-53.

- Lauvaux Philippe, *La démocratie majoritaire. Conception et discussion d'un modèle polaire*, pouvoirs, n°85, 1998, pp. 5-19.

- Lazar Judith*, La pression sociale de l'opinion publique*, Cahiers Vilfredo Pareto, Vol. 36, n°110, 1998, pp. 171-184.

- Leader Sheldon, *Le juge, la politique et la neutralité. Á propos des travaux de Ronald Dworkin*, Droit et société, n°2, 1986, pp. 29-52.

- Le Divellec Armel, *Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la Vème République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre « droit de la Constitution » et système de gouvernement)*, droits, n° 44, 2007, pp. 101-137.

- Lemaire Félicien, *Les missions d'information : une inutilité parlementaire ?*, rrj, n°4-2000, pp. 1515-1530.

- Lenoir Norbert, *Un problème de la légitimité politique dans la pensée de Rousseau*, Philosophiques, Vol. 27, n°2-2000, pp. 323-350.

- Lenoir Rémi, *Groupes de pression et groupes consensuels : contribution à une analyse de la formation du droit*, arss, n°64, 1986, pp. 30-39.

- Le Pourhiet Anne-Marie, *Délits d'opinion et tentation totalitaire. La dangereuse dérive du droit français*, politeia, n°10, 2006, pp. 219-229.

- Le Torrec Virginie, *L'adversatif et le stratégique cadrages de l'institution parlementaire dans l'information télévisée*, Cahiers politiques, n°5-2000, pp. 117-132.

- Lev-On Azi et Manin Bernard, *Internet, la main invisible de la délibération*, esprit, n°5-2006, pp. 195-212.

- Levinet Michel, *L'incertaine détermination des limites de la liberté d'expression. Réflexions sur les arrêts de la Cour de Strasbourg en 1995-1996 à propos de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme*, rfda, n°5-1997, pp. 999-1009.

- Leydet Dominique, *Représentation et présence : la démocratie représentative en question*, Politique et sociétés, Vol. 21, n°1-2002, pp. 67-88.

- Lijphart Arend, *Changement et continuité dans la théorie consociative*, ripc, Vol. 4, n°3-1997, pp. 679-697.

- Lijphart Arend, *Théorie et pratique de la loi de la majorité : la ténacité d'un paradigme parfait*, riss, n°129, 1991, pp. 515-525.

- Lingibé Patrick, *La promotion du bilan de mandat en période électorale. De quelques précisions à propos de l'article L. 52-1 alinéa 2 du code électoral*, jcpa, n°44/45-2003, pp. 1442-1445.

- Loschak Danielle*, Le principe de légalité : mythes et mystifications*, ajda, n°9-1981, pp. 387-392.

- Lowell Lawrence, *La crise des gouvernements représentatifs et parlementaires dans les démocraties modernes*, rdp, 1928, pp. 571-583.

- Luchaire François, *Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle*, rfdc, n°64-2005, pp. 675-684.

- Luchaire François, *De la méthode en droit constitutionnel*, rdp, n°2-1981, pp. 275-329.

- Luchaire François, *La liberté d'expression*, politeia, n°9, 2006, pp. 219-223.

- Luchaire François, *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? Contre : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, pp. 111-112.

- Luchaire François, *Le juge, l'élu et la Constitution*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°14, 2002, pp. 76-78.

- Luhmann Niklas, *L'opinion publique*, politix, Vol. 14, n°55, 2001, pp. 25-59.

- Mabileau Albert, *La personnalisation du pouvoir dans les gouvernements démocratiques*, rfsp, Vol. 10, n°1-1960, pp. 39-65.

- Maisl Herbert, Wiener Céline, Woehrling Jean-Marie, *L'administration et ses usagers. Un décret ne fait pas le printemps*, ajda, n°3-1984, pp. 137-148.

- Malaurie Philippe, *Laïcité, voile islamique et réforme législative*, jcp, n°14-2004, pp. 607-610.

- Magnette Paul, *Vers une citoyenneté européenne directe ? Pratiques du droit de pétition dans l'Union européenne*, ripc, Vol. 9, n°1-2002, pp. 65-78.

- Mallet-Poujol Nathalie, *La liberté d'expression sur l'internet : aspects de droit interne*, d., n°9-2007, pp. 591-599.

- Mallet-Poujol Nathalie, *Le double langage du droit à l'information*, d., n°31-2002, pp. 2420-2427.

- Manent Pierre, *Le totalitarisme et le problème de la représentation politique*, commentaire, n°26, 1984, pp. 205-213.

- Manin Bernard, *L'idée de démocratie délibérative dans la science politique contemporaine. Introduction, généalogie et éléments critiques*, politix, Vol. 15, n°57, 2002, pp. 37-55.

- Manin Bernard, *Volonté générale ou délibération. Esquisse d'une théorie de la délibération politique*, le débat, n°33, 1985, pp. 72-93.

- Mansfield Jr. Harvey, *Gouvernement représentatif et pouvoir exécutif*, commentaire, n°36, 1986/1987, pp. 664-672.

- Mansouri Amèle, *Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé*, rdidc, n°3-2006, pp. 173-196.

- Mariot Nicolas, *Le frisson fait-il la manifestation ?*, pouvoirs, n°116, 2006, pp. 97-109.

- Mariot Nicolas, *Les formes élémentaires de l'effervescence collective ou l'état d'esprit prêté aux foules*, rfsp, Vol. 51, n°5-2001, pp. 707-738.

- Maris Bernard, *Légitimation, autolégitimation, discours expert et discours savant*, Sciences de la société, n°55, 2002, pp. 109-121.

- Martin Pierre, *Modes de scrutin : mythes et réalités*, commentaire, n°73, 1996, pp. 85-91.

- Martucci Roberto, *Opinion frondeuse, opinion éclairée, opinion publique nella Francia di Antico regime*, Giornale di storia costituzionale, n°6, 2003, pp. 97-128.

- Masson Antoine, *De la possible influence de W. O. Holmes sur la conception de la liberté d'expression dans la convention européenne des droits de l'homme*, rdidc, n°3-2006, pp. 232-248.

- Mathieu Bertrand, *De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique*, d., n°25-2005, p. 1649.

- Mathieu Bertrand, *La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives*, rdp, n°1-2007, pp. 231-259.

- Mathieu Bertrand, *La normativité de la loi : une exigence démocratique*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°21, 2006, pp. 69-73.

- Mathieu Bertrand, *Le droit d'amendement : en user sans en abuser*, ajda, n°6-2006, pp. 306-307.

- Mathieu Bertrand, *Les « lois mémorielles » ou la violation de la Constitution par consensus*, d., n°44-2006, p. 3001.

- Mathieu Bertrand, *Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement*, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°15, 2003, pp. 145-152.

- Mathieu Bertrand, *Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle de droits de l'homme*, d., 1995, 27ème Cahier, Chron., pp. 211-212.

- Mathiot André, *Les « pressure groups » aux États-Unis*, rfsp, Vol. 2, n°3-1952, pp. 429-473.

- Matutano Edwin, *L'adoption de la norme juridique, l'opportunité politique et la communication institutionnelle : trois données en quête de synchronisme*, rrj, n°1-2006, pp. 41-49.

- Maulin Éric, *Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg*, droits, n°22, 1995, pp. 127-143.

- Mayer Nonna, *Le sondage délibératif au secours de la démocratie*, le debat, n°96, 1997, pp. 67-72.

- Maza Sarah, *Le tribunal de la Nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'Ancien Régime*, Annales, n°1-1987, pp. 73-90.

- Mbongo Pascal, *La nouvelle réglementation des sondages politiques*, d., n°12-2002, pp. 963-965.

- Mbongo Pascal, *Les caricatures de Mahomet et la liberté d'expression*, esprit, n°5-2007, pp. 145-149.

- Mbongo Pascal, *Les pétitions populaires à la chambre des députés sous la Monarchie de Juillet (1830-1835). Contribution à l'histoire du régime représentatif*, rrj, n°1-1999, pp. 251-274.

- Mbongo Pascal, *L'originalité statutaire du Parquet et la Constitution*, pouvoirs, n°11, 2005, pp. 167-176.

- Mbongo Pascal, *Secret des sources journalistiques et vérité judiciaire. Une aporie de la prééminence du droit*, d., n°11-2005, pp. 732-733.

- Mekhantar Joël, *Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946*, ajda, n°31-2004, pp. 1681-1690.

- Mella Élisabeth, *La loi technicienne sous la Vème République : The one best law ?*, lpa, n°134-2007, pp. 8-17.

- Mélonio Françoise, *Tocqueville et le despotisme moderne*, rfhip, n°6-1997, pp. 339-354.

- Meny Yves et Sadoun Marc, *Conception de la représentation et représentation proportionnelle*, pouvoirs, n°32, 1985, pp. 5-14.

- Mercier Arnaud, *Pour la communication politique*, hermès, n°38-2004, pp. 70-75.

- Merland Laure, *La télévision, instrument de démocratisation du droit ?*, rrj, n°5-2006, pp. 2707-2743.

- Mesnard André-Hubert. *La notion de loi d'orientation sous la Vème République*, rdp, 1977, pp. 1139-1205.

- Meunier Jacques, *Les décisions du conseil constitutionnel et le jeu politique*, pouvoirs, n°105, 2003, pp. 29-40.

- Meulders-Klein Marie-Thérèse, Jean-Marie, *Vie privée, vie familiale et droits de l'homme*, ridc, n°4-1992, pp. 767-794.

- Miaille Michel, *Le droit constitutionnel et les sciences sociales*, rdp, n°2-1984, pp. 276-297.

- Michaut Françoise, *La « bonne réponse » n'est-elle qu'une illusion ?*, droits, n°9, 1989, pp. 69-78.

- Michaut Françoise, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit*, ridc, n°2-1987, pp. 344-371.

- Michaut Françoise, *L'inscription de la décision judiciaire dans un système juridique. Réflexion sur l'évolution de la doctrine américaine*, rdp, n°4-1989, pp. 1010-1059.

- Milacic Slobodan, *Faut-il réinventer la démocratie ? Du « néodémocratisme » pour équilibrer le « néolibéralisme »*, rhdh, n°27, 2005, pp. 725-739.

- Milano Laure, *Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi*, rdp, n°3-2006, pp. 637-671.

- Millard Éric, *Qu'est-ce qu'une norme juridique ?*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°21, 2006, pp. 59-62.

- Mineur Didier, *Les partis politiques et la logique philosophico-juridique de la représentation politique*, Raisons politiques, n°20, 2005, pp. 89-109.

- Mirkine-Guetzevitch Boris, *Le problème de la rationalisation du pouvoir dans les constitutions de l'Europe d'après-guerre*, rdp, 1928, pp. 5-53.

- Mirkine-Guetzevitch Boris, *Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé*, ridc, Vol. 4, n°2-1952, pp. 397-417.

- Mirkine-Guetzevitch Boris, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, rdp, 1928, pp. 12-53.

- Moine-Dupuis Isabelle, *L'intention en droit pénal : une notion introuvable ?*, d., n°27-2001, pp. 2144-2148.

- Mondon Denis et Riera Ramiro, *Le pouvoir d'accuser : la procédure judiciaire comme arme politique*, justices, n°2, 2000, *L'État devant le juge pénal*, pp. 39-48.

- Mongin Olivier, *Le politique, le communicateur et l'opinion. Les racines du malaise français (II)*, esprit, n°2-1993, pp. 185-191.

- Mongin Olivier, *Le recours accrû au droit : raisons et portée*, Les Cahiers français, n°288, 1998, pp. 35-41.

- Mongin Olivier, *Quand règne l'opacité. Les malentendus de la démocratie d'opinion*, esprit, n°3-4, 1995, pp. 59-76.

- Monnet Yves, *Opinion publique et procédure pénale*, Gaz. Pal., 3-4 juillet 2002, pp. 1056-1058.

- Monnier Raymonde, *Démocratie et Révolution française*, Mots, n°59, 1999, pp. 47-68.

- Monteillet Sylvain, *L'état de nécessité peut-il résoudre un conflit de normes ? (Réflexions théoriques sur l'affaire dite des 49 faucheurs d'ogm d'Orléans)*, rrj, n°3-2006, pp. 1723-1747.

- Morand Charles-Albert, *Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation*, Droit et société, n°10, 1998, pp. 407-423.

- Morand-Deviller Jacqueline, *La participation ne se décrète pas*, jcpa, n°4-5/2002, pp. 130-132.

- Morange Jean, *La protection constitutionnelle et civile de la liberté d'expression*, ridc, n°2-1990, pp. 771-787.

- Moreau Jacques, *Un inconnu : le droit de pétition sous la IVème République. Essai sur la notion de recours parlementaire*, Travaux juridiques et économiques de l'université de Rennes, T. XXI, 1958, pp. 3-37.

- Mouffe Chantal, *Penser la démocratie moderne avec, et contre, Carl Schmitt*, rfsp, Vol. 42, n°1-1992, pp. 83-96.

- Mourgeon Jacques, *De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques*, d., Chron., 37ème Cahier, 1974, pp. 247-250.

- Moutouh Hugues, *La communication médiatique déterminant de l'action publique*, pouvoirs, n°113, 2006, pp. 15-27.

- Moutouh Hugues, *La dignité de l'homme en droit*, rdp, n°1-1999, pp. 159-196.

- Moutouh Hugues, *La loi et l'ordre*, d., n°11-2000, pp. 163-170.

- Moutouh Hugues, *Libres propos sur la responsabilité pénale des élus : la logique sacrificielle du bouc émissaire*, d., n°6-2000, pp. 6-7.

- Mucchielli Laurent, *Tardomania ? Réflexions sur les usages contemporains de Tarde*, rhsh, n°3-2000, pp. 161-184.

- Muhlmann Géraldine, *Le gros mot de contre-pouvoir*, pouvoirs, n°119, 2006, pp. 55-69.

- Muzny Petr, *Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi*, d., n°32-2006, pp. 2214-2219.

- Naim-Gesbert Éric, *Droit, expertise et société du risque*, rdp, n°1-2007, pp. 33-50.

- Natale Virginie, *Le droit à des élections libres ou la construction d'un véritable ordre démocratique européen*, rtdh, n°68, 2006, pp. 939-972.

- Nedjar Didier, *Initiative et référendum aux États-Unis. Contribution à l'étude des normes d'origine populaire et du droit référendaire*, rdp, n°6-1993, pp. 1585-1642.

- Noëlle-Neumann Élisabeth, *La spirale du silence. Une théorie de l'opinion publique*, hermès, n°4, 1989, pp. 181-191.

- Oetheimer Mario, *La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine*, rtdh, n°69, 2007, pp. 63-80.

- Oraison André, *La reconnaissance de la « démocratie participative » par l'article additionnel 72-1 de la Constitution (remarques sur les référendums locaux reconnus dans l'ensemble des collectivités territoriales de la République à la suite de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003)*, rdp, n°3-2004, pp. 633-658.

- Oraison André, *Réflexions sur le droit de pétition reconnu aux électeurs des diverses collectivités territoriales par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003*, lpa, n°160-2004, pp. 3-7.

- Orban Edmond, *La Cour Suprême et le processus démocratique*, rdp, n°1-1990, pp. 23-48.

- Orlando Victor-Emmanuel, *Du fondement juridique de la représentation politique*, rdp, 1895, pp. 1-39.

- Owen Bernard, *Aux origines de l'idée proportionnaliste*, pouvoirs, n°32, 1985, pp. 15-30.

- Palle Albert, *Le héros, l'opinion et la constitution*, commentaire, n°40, 1987, pp. 695-703.

- Papadopoulos Ioannis, *La philosophie pénale entre utilité sociale et morale rétributive*, apd, T. 45, 2001, pp. 159-175.

- Papadopoulos Ioannis, *Pèlerinage au Nouveau monde. Panorama des théories juridiques nord-américaines*, apd, T. 44, 2000, pp. 359-417.

- Pasquino Pasquale, *Emmanuel Sieyes, Benjamin Constant et le « gouvernement des modernes ». Contribution à l'histoire du concept de représentation politique*, rfsp, Vol. 37, n°2-1987, pp. 214-229.

- Pasquino Pasquale, *Urgence et État de droit. Le gouvernement d'exception dans la théorie constitutionnelle*, csi, n°51, 2003, pp. 9-27.

- Pech Thierry, *La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation*, d., HS, 2001, pp. 90-111.

- Péchillon Éric, *Les interdictions de publications sous le contrôle du juge. Retour sur la loi du 16 juillet 1949 instaurant une police administrative*, ajda, n°6-2006, pp. 298-305.

- Perelman Chaïm, *Le raisonnable et le déraisonnable*, apd, T. 23, 1978, pp. 35-42.

- Perraudeau Éric, *Le système des partis sous la Vème République*, pouvoirs, n°99, 2001, pp. 101-115.

- Pescatore Pierre, *La légitimité du juge en régime démocratique*, commentaire, n°90, 2000, pp. 335-350.

- Petit Philippe, *Financement et communication : les deux mamelles de l'élection*, La lettre du Cadre Territorial, n°187, 2000, pp. 3-6.

- Peylet Roland, *Quelques enseignements d'un débat public*, ajda, n°42-2006, pp. 2328-2332.

- Pfersmann Otto, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, ridc, Vol. 53, n°2-2001, pp. 275-288.

- Pfersmann Otto, *Norme de secret, normes secrètes et État moderne*, cités, n°26, 2006, pp. 15-126.

- Pichoustre Dominique, *La simplification de l'accès aux documents administratifs par l'ordonnance du 6 juin 2005*, lpa, n°225/226-2005, pp. 3-12.

- Pigeat Henri, *Liberté de presse, qualité de l'information. A la recherche d'une autorégulation*, commentaire, n°104, 2003, pp. 961-967.

- Pimentel Carlos Miguel, *Autorité judiciaire et pouvoir politique : quelles relations ?*, Cahiers français, n°332, 2006, pp. 69-75.

- Pimentel Carlos Miguel, *Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ?*, pouvoirs, n°102, 2002, pp. 119-131.

- Pimentel Carlos-Miguel, *L'opposition, ou le procès symbolique du pouvoir*, pouvoirs, n°108, 2004, pp. 45-61.

- Pinon Stéphane, *La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française*, politeia, n°10, 2006, pp.407-468.

- Pinon Stéphane, *Le pouvoir exécutif dans l'œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou*, Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique, n°24, 2004, pp. 119-163.

- Pinon Stéphane, *Regard critique sur les leçons d'un « maître » du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1843-1913)*, rdp, n°1-2007, pp.193-229.

- Pinto Roger, *Cour Suprême et avortement*, rdp, n°4-1993, pp. 907-938.

- Pires Alvaro, *La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique*, Sociologie et sociétés, Vol. 33, n°1-2001, pp. 179-204.

- Polin Raymond, *La désobéissance civile*, Cahiers de philosophie politique et juridique, n°12, 1987, pp. 185-196.

- Poncela Pierrette, *Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'État*, apd, T. 28, 1983, pp. 123-135.

- Ponthoreau Marie-Claire, *Le Président de la République. Une fonction à la croisée des chemins*, pouvoirs, n°99, 2001, pp. 33-44.

- Ponthoreau Marie-Claire, *Les sondages font-ils l'élection ? A propos de la loi du 19 février 2002*, ajda, n°20-2002, pp. 1267-1273.

- Ponthoreau Marie-Claire, *L'opposition comme garantie constitutionnelle*, rdp, n°4-2002, pp. 1127-1162.

- Pontier Jean-Marie, *Á quoi servent les lois ?*, d., n°4-2000, pp. 57-60.

- Pontier Jean-Marie, *Le rôle des intergroupes au Parlement français*, rfsp, Vol. 32, n°4/5-1982, pp. 810-836.

- Pontier Jean-Marie, *Les médias, un pouvoir institutionnalisé ?*, rdp, n°5-6/1998, pp. 1625-1639.

- Pontier Jean-Marie, *Sur la censure*, d., 1994, 6ème Cahier, Chron., pp. 45-49.

- Porret Michel, *Censure et opinion publique dans la République de Genève au siècle des Lumières*, Giornale di storia costituzionale, n°6, 2003, pp. 163-178.

- Portelli Hugues, *Arbitre ou chef de l'opposition ?*, pouvoirs, n°91, 1999, pp. 59-70.

- Prélot Pierre-Henri, *Le perdreau mort. L'irresponsabilité du Président de la République : inviolabilité personnelle, immunité fonctionnelle, privilège de juridiction*, d., n°12-2001, pp. 949-951.

- Protière Guillaume, *La démocratie représentative à l'épreuve des jurys citoyens*, politeia, n°11, 2007, 17p, à paraître.

- Prunier Guy, *Le statut des partis politiques en Europe*, rdp, n°3-2004, pp. 682-691.

- Puigelier Catherine, *Mots à sens multiples et règle de droit*, apd, T. 48, 2004, pp. 381-398.

- Quinty Danièle, *Le référendum local*, tdp, n°2-2003, pp. 247-266.

- Ravanas Jacques, *Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité*, d., n°30-2000, pp. 459-462.

- Raynaud Philippe, *Droit naturel et souveraineté nationale dans la pensée juridique française. Remarques sur la théorie de l'État chez Carré de Malberg*, commentaire, n°22, 1983, pp. 384-393.

- Raynaud Philippe, *La démocratie saisie par le droit*, le débat, n°87, 1995, pp. 97-115.

- Raynaud Philippe, *Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps. Deux points de vue*, droits, n°30, 2000, pp. 114-126.

- Raynaud de Lage Nicolas, *La notoriété*, d., n°34-2000, pp. 513-520.

- Redor Marie-Joëlle, *« C'est la faute à Rousseau… ». Les juristes contre les parlementaires sous la Troisième République*, politix, n°32, 1995, pp. 89-96.

- Renard-Biancotto Stéphanie, *Le droit de pétition sous la Cinquième République*, rrj, n°1-2000, pp. 223-240.

- Renoux Thierry, *Le droit au recours juridictionnel*, jcp, 1993, I, 3675, pp. 211-216.

- Renoux Thierry, *Le statut des magistrats, garant de la démocratie*, lpa, n°121-2003, pp. 4-12.

- Restier-Melleray Christiane, *Opinion publique et démocratie. Les débats parlementaires et la réforme de la saisine du conseil constitutionnel*, rdp, n°4-1991, pp. 1039-1078.

- Reynié Dominique, *La théorie de l'opinion publique à la recherche d'un nouveau souffle*, hermès, n°31, 2001, pp. 21-27.

- Reynié Dominique, *L'opinion publique organique. Auguste Comte et la vraie théorie de l'opinion publique*, Archives de philosophie, n°70, 2007, pp. 95-114.

- Reynié Dominique, *Théories du nombre*, hermès, n°2, 1988, pp. 95-104.

- Rials Stéphane, *Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme*, le débat, n°64, 1991, pp. 163-181.

- Rials Stéphane, *L'affaire Clinton et la philosophie du droit. Á propos d'un livre d'Élisabeth Zoller*, droits, n°29, 1999, pp. 125-133.

- Rials Stéphane, *Représentations de la représentation*, droits, n°6, 1987, pp. 3-9.

- Ribes Didier, *Le réalisme du Conseil constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, pp. 132-140.

- Ricoeur Paul, *L'acte de juger*, esprit, n°7-1992, pp. 5-25.

- Ricoeur Paul, *Le scandale du mal*, esprit, n°7/8-1988, pp. 57-63.

- Rihal Hervé, *Quand le droit pénal l'emporte sur le droit public : l'exemple de la mendicité agressive*, rdp, n°2-2003, pp. 371-374.

- Rigaux François, *La liberté d'expression et ses limites*, rtdh, 1995, pp. 401-415.

- Rivero Jean, *Consensus et légitimité*, pouvoirs, n°5, 1973, pp. 57-63.

- Rivière Emmanuel, *Les sondages peuvent-ils se tromper sans nous tromper ? Retour sur les enquêtes d'intentions de vote lors des élections présidentielles et législatives de 2002*, rpp, n°1020-1021, 2002, pp. 61-63 et pp. 78-79.

- Robbe François, *Les formes légales de propagande électorale*, jcpa, n°10-2004, pp. 316-320.

- Robert Jacques, *La manifestation de rue*, rdp, n°4-2006, pp. 829-846.

- Robert Jacques, *La Nation et ses juges*, rdp, n°3-2006, pp. 547-562.

- Robert Jacques, *Les situations d'urgence en droit constitutionnel*, ridc, n°2-1990, pp. 751-764.

- Robert Jacques, *Une novation constitutionnelle ? Propos et réflexions*, rdp, n°1/2-2002, pp. 13-35.

- Roché Sébastien, *Les victimes : de la communauté en passant par l'État*, Déviance et société, Vol. 4, n°19, 1995, pp. 355-370.

- Rolland Patrice, *Existe-t-il un droit au respect des convictions religieuses dans les médias ? Sur une jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, rfda, n°5-2004, pp. 1001-1008.

- Rolland Patrice, *La liberté des Anciens chez Benjamin Constant*, rfhip, n°6, 1997, pp. 251-264.

- Rolland Patrice, *Les droits garantis*, rfhip, n°18-2003, pp. 303-329.

- Roman Diane, *« Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé*, d., n°23-2005, pp. 1508-1516.

- Roman Joël, *Une démocratie de plaignants*, projet, n°252, 1997, pp. 19-28.

- Rosanvallon Pierre, *L'opinion et la représentation dans la démocratie moderne*, Pouvoirs locaux, n°3, 1989, pp. 72-77.

- Roure Sandrine, *La liberté d'expression en France dans le débat politique démocratique. Une liberté d'expression au service d'une liberté de choix*, politeia, n°10, 2006, pp. 269-286.

- Roure Sandrine, *L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public*, rfdc, n°68, 2006, pp. 737-779.

- Rousseau Dominique, *La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel*, le débat, n°96, 1997, pp. 73-88.

- Rousseau Dominique, *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ?, « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, pp. 113-114.

- Rousseau Dominique, *Pour une Cour constitutionnelle ?*, rdp, n°1/2-2002, pp. 363-375.

- Rousseau Dominique, *Une résurrection : la notion de constitution*, rdp, n°1-1990, pp. 5-22.

- Rouvillois Frédéric, *Se choisir un modèle : Michel Debré et le parlementarisme anglais en 1958*, rfhip, n°12, 2000, pp. 347-357.

- Roux André, *Constitution et partis politiques*, aijc, Vol. IX, 1993, pp. 135-156.

- Sabete Wagdi, *L'exigence de « portée normative » de la loi dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la notion de loi de programme. Éléments pour une théorie de la normativité de l'acte législatif à la lumière des décisions n°2005-512 du 21 avril 2005, loi d'orientation et de programme sur l'avenir de l'école et n°516 du 7 juillet 2005, loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, rrj, n°4-2005, Vol. 2, pp. 2237-2255.

- Sacriste Guillaume, *Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIX*ème *siècle*, rhsh, n°4-2001, pp. 69-94.

- Sadoun Marc, *Faut-il être compétent ?*, pouvoirs, n°120, 2006, pp. 57-69.

- Sadoun Marc, *Opposition et démocratie*, pouvoirs, n°108, 2004, pp. 5-21.

- Sadoun Marc, *Pouvoir d'incarnation et démocratie d'opinion*, Cahiers français, n°332, 2006, pp. 34-38.

- Sadun Bordoni Gianluca, *Diritto e opinione pubblica : Dicey e la crisi del liberalismo inglese*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, Vol. 77, n°4-2000, pp. 531-551.

- Saint-Bonnet François, *Droit et évidente nécessité. L'autonomie de l'État d'exception*, droits, n°30, 2000, pp. 29-43.

- Saint-Bonnet François, *Réflexions sur l'article 16 et l'État d'exception*, rdp, n°5-6/1998, pp. 1699-1718.

- Sainteny Guillaume, *Les médias font-ils l'élection ?*, médiaspouvoirs, n°30, 1993, pp. 5-11.

- Salas Denis, *Justice et pouvoir politique : une nouvelle frontière*, Les Cahiers français, n°288, 1998, pp. 51-60.

- Salas Denis, *Le juge aujourd'hui*, droits, n°34, 2001, pp. 61-71.

- Salas Denis, *Le moment pénal de notre démocratie*, justices, n°2, 2000, *L'État devant le juge pénal*, pp. 81-90.

- Salas Denis, *L'inquiétant avènement de la victime*, Sciences Humaines, Hors Série, n°47, 2006, pp. 90-93.

- Saleilles Raymond, *La représentation proportionnelle*, T. IX, 1898, pp. 215-234 et 385-413.

- Saulnier-Cassia Emmanuelle, *La protection de la jeunesse : limite à la liberté d'expression ?*, rdp, n°2-2006, pp. 401-438.

- Savatier René, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, d., 1977, 6ème Cahier, Chron., pp. 43-48.

- Schoettl Jean-Éric, *Les causes enchevêtrées du désordre normatif*, pouvoirs, n°116, 2006, pp. 155-159.

- Scoffoni Guy, *États-Unis : la garantie de l'autorité judiciaire*, Problèmes économiques et sociaux, n°679, 1992, pp. 15-21.

- Scoffoni Guy, *Justice constitutionnelle et démocratie aux États-Unis*, crises, n°4-1994, pp. 149-164.

- Scoffoni Guy, *Le juge constitutionnel aux États-Unis*, ridc, n°2-1999, pp. 243-280.

- Scuccimarra Luca, *La trasparenza del politico. Habermas e il paradigma della sfera pubblica*, Giornale di storia costituzionale, n°6, 2003, pp. 35-59.

- Ségur Philippe, *Prévoir en politique*, Annales des Sciences sociales de Toulouse, T. 44, 1996, pp. 135-156.

- Ségur Philippe, *Qu'est-ce que la responsabilité politique ?*, rdp, n°6-1999, pp. 1599-1624.

- Serna Pierre, *Rigomer Bazin et la Restauration : penser la République dans la monarchie*, ahrf, n°325, 2001, pp. 53-76.

- Sidjanski Dusan, *La Suisse : le pouvoir des gouvernés le pouvoir des préjugés*, pouvoirs, n°7, 1978, pp. 115-119.

- Sinkondo Marcel, *Le droit de dire et rire dans une société démocratique. Réflexions libérales sur l'enracinement international de la liberté d'expression inspirées par la décision du tribunal correctionnel de Paris sur l'affaire des caricatures de Mahomet*, politeia, n°10, 2006, pp. 287-312.

- Sintomer Yves, *Aux limites du pouvoir démocratique : la désobéissance civile et droit à la résistance*, Actuel Marx, *Habermas une politique délibérative*, n°24, 1998, pp. 85-102.

- Slama Alain-Gérard, *Peut-on gouverner contre les médias ? L'idéologie sans visage*, le débat, n°88, 1996, pp. 62-67.

- Smend Rudolf, *Á propos du problème du public et de l'espace public (öffentlichkeit)*, droits, n°22, 1995, pp. 163-174.

- Sniderman Paul, *Les nouvelles perspectives de la recherche sur l'opinion publique*, politix, n°41, 1998, pp. 123-175.

- Sommaco Valérie, *Les fonctions politiques de l'amendement*, lpa, n°119-2003, pp. 6-11.

- Soria Carlos, *Le droit à l'information dans la Constitution espagnole*, rdp, n°5-1985, pp. 1205-1238.

- Sorlin Pierre, *Le mirage du public*, rhmc, n°39, 1992, pp. 103-126.

- Strickler Yves, Après *la crise de l'affaire d'Outreau, L'émotion et la procédure pénale*, lpa, n°149-2006, pp. 8-11.

- Sunstein Cass, *Interests Groups in American Law*, Stanford Law review, Vol. 38, n°1-1985, pp. 29-87.

- Supiot Alain, *Le jeu de miroirs du droit et des médias*, Droit et société, n°16, 1990, pp. 313-321.

- Taillon Patrick, *Pour une redéfinition du référendum consultatif*, ridc, n01-2007, pp. 14-155.

- Tchakhotine Serge, *Le symbolique et la propagande politique*, hermès, n°2, 1988, pp. 189-211.

- Tercinet Marcel-René, *La liberté de manifestation en France*, rdp, n°4-1979, pp. 1009-1038.

- Terrier Jean, *Pouvoir législatif, opinion publique et participation politique dans la philosophie du droit de Hegel*, rfhip, n°13, 2001, pp. 57-72.

- Terneyre Philippe, *Le droit constitutionnel au juge*, lpa, n°145-1991, pp. 4-11.

- Testu François Xavier, *La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?*, d., 37ème Cahier, Chron., 1998, pp. 345-355.

- Touraine Alain, *La crise de la représentation politique*, Sociologie et sociétés, Vol. 15, n°1-1993, pp. 131-140.

- Touzet Alexandre, *Le double rejet des notions de majorité et d'opposition pour organiser le débat politique*, ra, n°355, 2007, pp. 77-82.

- Travers Émeric, *Constant et Chateaubriand, deux défenses de la monarchie*, rfhip, n°19, 2004, pp. 89-123.

- trémeau Jérôme, *Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété*, ajda, n°13-2003, pp. 653-658.

- Troper Michel, *Hans Kelsen et la jurisprudence*, apd, T. 30, 1985, pp. 84-94.

- Troper Michel, *Justice constitutionnelle et démocratie*, rfdc, n°1, 1990, pp. 31-48.

- Troper Michel, *La Constitution de 1791 aujourd'hui*, rfdc, n°9, 1992, pp. 3-14.

- Troper Michel, *La fonction de juger est-elle un pouvoir ?*, rpp, n°354, 1991, pp. 31-34.

- Troper Michel, *La loi Gayssot et la Constitution*, Annales, Vol. 54, n°6-1999, pp. 1239-1255.

- Troper Michel, *La Vème République et la séparation des pouvoirs*, droits, n°43, 2006, pp. 33-44.

- Troper Michel, *L'avenir du droit constitutionnel*, rbdc, n°2-2001, pp. 129-137.

- Troper Michel, *Le réalisme du juge constitutionnel*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, 2007, pp. 125-131.

- Troper Michel, *Les classifications en droit constitutionnel*, rdp, n°4-1989, pp. 945-956.

- Troper Michel, *Sur l'usage des concepts juridiques en histoire*, Annales, Vol. 47, n°6-1992, pp. 1171-1183.

- Troper Michel, *Système juridique et État*, apd, T. 31, 1986, pp. 29-44.

- Turpin Dominique, *Crise de la démocratie représentative*, ra, n°226, 1985, pp. 330-337.

- Turpin Dominique, *Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui !*, commentaire, n°58, 1992, pp. 381-390.

- Turpin Dominique, *Pouvoir ou autorité juridictionnelle*, rdp, n°spécial VIème République, 2002, pp. 383-392.

- Turpin Dominique, *Représentation et démocratie*, droits, n°6, 1987, pp. 79-90.

- Tusseau Guillaume, *Jeremy Bentham et les droits de l'Homme : un réexamen*, rtdh, n°50, 2002, pp. 407-431.

- Tusseau Guillaume, *Sur le panoptisme de Bentham*, rfhip, n°19, 2004, pp. 3-37.

- Valembois Anne-Laure, *La sécurité juridique : une constitutionnalisation en marche mais non aboutie (Bilan de la jurisprudence constitutionnelle de 2005)*, lpa, n°117-2006, pp. 9-15.

- Vallet Élisabeth, *Les commissions d'enquête parlementaires sous la Vème République*, rfdc, n°54, 2003, pp. 250-277.

- Van de Kerchove Michel, *Fondement et limites du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Aux confins de la légalité*, Sociologie et sociétés, Vol. 18, n°1-1986, pp. 77-96.

- Van drooghenbroeck Sébastien, *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ?*, rtdh, n°46, 2001, pp. 541-566.

- Van Hoecke Mark, *Définitions légales et interprétations de la loi*, Droit et société, n°8, 1988, pp. 101-113.

- Varela Suanzes-Carpegna Joaquin, *L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode*, rfdc, n°68, 2006, pp. 675-689.

- Varga Csaba, *Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques*, apd, T. 18, 1973, pp. 215-241.

- Vedel Georges, *Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme*, pouvoirs, n°45, 1988, pp. 149-160.

- Vedel Georges, *Le rôle de l'opinion publique en démocratie*, Semaines Sociales de France, 53ème session, 1966, pp. 305-326.

- Vedel Georges, *Neuf ans au Conseil constitutionnel*, le débat, n°55, 1989, pp. 48-56.

- Vedel Georges, *Schengen et Maastricht*, rfda, n°2-1992, pp. 173-184.

- Vedel Georges, *Vers le Régime Présidentiel ?*, rfsp, Vol. 14, n°1-1964, pp. 20-32.

- Vedel Thierry, *La révolution ne sera plus télévisée. Internet, information et démocratie*, pouvoirs, n°119, 2006, pp.41-54.

- Verdier Marie-France, *Á propos d'une triple entrave à la liberté d'expression*, politeia, n°9, 2006, pp. 1-25.

- Verdier Marie-France, *Le droit de dissolution sous la Vème République : Essai de typologie d'un pouvoir discrétionnaire*, politeia, n°1, 2001, pp. 67-101.

- Verdussen Marc, *Le financement public d'un parti raciste est-il légitime dans un État démocratique ?*, rtdh, n°46, 2001, pp. 649-663.

- Vérin Jacques, *Téléviser les débats judiciaires ?*, rsc, 1984, pp. 811-815.

- Verpeaux Michel, *L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ?*, d., n°4-2007, pp. 258-259.

- Verpeaux Michel, *La procédure contradictoire et le juge constitutionnel*, rfda, n°2-2001, pp. 339-352.

- Verpeaux Michel, *Le faux impeachment à la française ou la nouvelle combinaison du pénal et du politique. Á propos de la révision du Titre IX de la Constitution*, jcp, n°15-2007, pp. 14-19.

- Verpeaux Michel, *Neutrons législatifs et dispositions réglementaires : la remise en ordre imparfaite*, d., n°38-2005, pp. 1886-1890.

- Verpeaux Michel, *1791, première Constitution française ?*, rfdc, n°13, 1993, pp. 3-21.

- Veysman Nicolas, *La mise en scène de l'opinion publique dans la littérature des Lumières*, Dix-huitième siècle, n°37, 2005, 445-465.

- Viandier Alain, *La crise de la technique législative*, droits, n°4, 1987, pp. 75-80.

- Videlin Jean-Christophe, *La mission d'information parlementaire*, rfdc, n°40, 1999, pp. 693-723.

- Viguier Jacques, *Gestes et mots symboliques de la passation des pouvoirs présidentiels*, lpa, n°69-1995, pp. 3-7.

- Viguier Jacques, *Référendum local et référendum national : chronique d'un déclin amorcé ?*, Lamy – Collectivités territoriales, n°4-2005, pp. 54-56.

- Vilain Jean-Paul, *Les victimes : entre disculpation de soi et accusation de l'État*, justices, n°2, 2000, *L'État devant le juge pénal*, pp. 103-117.

- Villaverde Ignacio, *Historia de una paradoja : los origines de la libertad de expresion*, Giornale di storia costituzionale, n°6, 2003, 181-194.

- Vital-Durand Emmanuel, *Candidat et écrivain : séduire l'électeur ou les électeurs ?*, jcpa, n°39-2003, pp. 1217-1220.

- Voisset Michèle, *Une formule originale de pouvoirs de crise : l'article 16*, pouvoirs, n°10, 1979, pp. 105-113.

- Wachsmann Patrick, *Liberté d'expression et négationnisme*, rtdh, n°46, 2001, pp. 585-599.

- Wachsmann Patrick, *Participation, communication, pluralisme*, ajda, n° spécial, 1998, pp. 165-176.

- Wachsmann Patrick, *Un sujet de droit peut-il se révolter ?*, apd, T. 34, 1989, pp. 89-102.

- Wahnich Sophie, *Fragments d'institutions parlementaires. Faire circuler la parole du Souverain*, politix, Vol. 5, n°20, 1992, pp. 119-128.

- Waline Marcel, *Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français*, rdp, 1928, pp. 441-462.

- Weidenfeld Katia, *L'affirmation de la liberté d'expression : une œuvre de la jurisprudence administrative ?*, rfda, n°6-2003, pp. 1074-1080.

- Wilson Franck, *Les groupes d'intérêt sous la Cinquième République. Test de trois modèles théoriques de l'interaction entre groupes et gouvernement*, rfsp, Vol. 33, n°2-1983, pp. 220-254.

- Wolton Dominique, *Communication et démocratie*, médiaspouvoirs, n°38, 1995, pp. 84-90.

- Wolton Dominique, *Le local, la petite madeleine de la démocratie*, hermès, n°26-27, 2000, pp. 89-108.

- Wroblewski Jerzy, *Les langages juridiques : une typologie*, Droit et société, n°8, 1988, pp. 15-30.

- Wrona Adeline, *La notion d'imitation dans les théories des foules à la fin du XIXème siècle*, hermès, n°22, 1998, pp. 27-33.

- Zagrebelsky Gustavo, *Cinquante ans d'activité de la Cour constitutionnelle italienne*, rdp, n°1-2007, pp. 131-144.

- Zagrebelsky Gustavo, *La doctrine du droit vivant*, aijc, Vol. II, 1986, pp. 55-77.

- Zaret David, *Petitions and the « Invention » of Public Opinion in the English Revolution*, The American Journal of Sociology, Vol. 101, n°6-1996, pp. 1497-1555.

- Zarka Jean-Claude, *À propos de l'inflation législative*, d., n°10-2005, pp. 660-661.

- Zarka Jean-Claude, *La réforme du statut pénal du chef de l'État*, lpa, n°39-2007, pp.3-6.

- Zarka Yves-Charles, *Démocratie et pouvoir médiatique*, cités, n°10, 2002, pp. 119-129.

- Zask Joëlle, *L'écrit, le public, le politique*, projet, n°290, 2006, pp. 85-90.

- Zawadzki Paul, *Les nouvelles formes de servitude. Penser la face sombre de l'individualisme démocratique*, Raisons Politiques, n°1-2001, pp. 11-35.

- Ziembinski Zygmunt, *La notion de rationalité du législateur*, apd, T. 23, 1978, pp. 175-187.

- Zoller Elisabeth, *Entre le pénal et le politique, la procédure d'impeachment*, justices, n°2, 2000, Hors Série, pp. 91-101.

- Zoller Elisabeth, *La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française*, ridc, n°3-2001, pp. 559-574.

- Zoller Elisabeth, *Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps. Deux points de vue*, droits, n°30, 2000, pp. 97-114.

- Zoller Elisabeth, *Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'État*, apd, T. 49, 2005, pp. 109-122.

- Zoller Elisabeth, *Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°20, 2006, pp. 104-109.

- Zoller Elisabeth, *Procès équitable et due process of law*, d., n°8-2007, pp. 517-523.

- Zoller Elisabeth, *Splendeurs et misères du constitutionnalisme. Les enseignements de l'expérience américaine*, rdp, n°1-1994, pp. 157-184.

3.4. Articles électroniques, sitographie

- http://www.bundesverassungsgericht.de (site de la Cour constitutionnelle fédérale allemande)

- http://www.boe.es/g/es (site du Tribunal constitutionnel espagnol)

- http://www.conseil-constitutionnel.fr (site du Conseil constitutionnel français)

- http://www.droitconstitutionnel.org/ (site de l'Association Française de Droit Constitutionnel)

- http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/ (site de la Cour suprême canadienne)

- http://www.echr.coe.int/echr/ (site de la Cour européenne des droits de l'homme

- http://www.ejls.eu/ (site de la revue European Journal of Legal Studies)

- http://gallica.bnf.fr/ (site de la bibliothèque numérique de la Bibliothèque Nationale de France)

- http://hc.rediris.es (site la revue Historia Constitucional)

- http://www.ihej.org (site de l'Institut des Hautes Études sur la Justice)

- http://www.law.cornell.edu/ (site d'accès aux arrêts de la Cour suprême américaine)

- Barré Christelle et Garel Guillaume, *Les pétitions adressées à la Chambre des députés dans les années 1830*, in *Journée d'étude : réflexions sur les sources écrites de la « biographie politique ». Le cas du XIXème siècle*, 13 novembre 1999, http://biosoc.univ-paris1.fr/pdf/colHinck.PDF, pp. 69-85.

- Bautier Roger et Cazenave Elisabeth, *La presse pousse-au-crime selon Tarde et ses contemporains*, Champ pénal, Les criminologiques de Tarde, 14 septembre 2005, http://champpenal.revues.org/document253.html

- Capitani Amandine, *Le droit à l'information et le droit à la participation en matière environnementale, une avancée constitutionnelle ?*, Actes du Colloque organisé par l'Association Française des Constitutionnalistes, Montpellier, 2005, www.afdc.org

- Elliott Mark, *La « guerre » contre le terrorisme et la Constitution du Royaume-Uni*, European Journal of Legal Studies, Vol. 1, 2007, http://www.ejls.eu/

- Épineuse Harold, *La déontologie internationale des juges. De la vieille Amérique à la nouvelle Europe*, www.repid.fr, n°3-2003.

- Idoux Pascale, *La contradiction en droit constitutionnel français*, Actes du Colloque organisé par l'Association Française des Constitutionnalistes, Montpellier, 2005, www.afdc.org

- Jaume Lucien, *Carl Schmitt, la politique de l'inimitié*, Historia Constitucional, n°5, 2004, pp. 536-550, http://hc.rediris.es/05/articulos/pdf/11.PDF

- Jaume Lucien, *Le libéralisme français après la Révolution française, comparé au libéralisme anglais*, Historia Constitucional, n°4, 2003, en ligne, http://hc.rediris.es/04/Numero04.html?id=12

- Kaufmann Otto, *Le droit social comparé*, Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 8, mars 2004, en ligne http://www.ejcl.org/81/art81-1.html;

- Laquièze Alain, *La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIXème et du XXème siècles*, Historia Constitucional, n°6, 2005, pp. 229-261, http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/10.pdf

- Mazeaud Pierre, *La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité*, 2 octobre 2005, 15 pages, en ligne sur le site du Conseil constitutionnel.

- Papadopoulos Ioannis, *L'affirmative action aux États-Unis : débat moral et juridique*, 3 avril 2003, www.ihej.org.

- Papadopoulos Ioannis, *Pénalisation du négationnisme et Premier Amendement*, 19 juin 2003, www.ihej.org.

- Papapolychroniou Sophia, *Le juge constitutionnel, garant de la liberté individuelle dans le contexte de la lutte contre le terrorisme*, Actes du Colloque organisé par l'Association Française des Constitutionnalistes, Montpellier, 2005, www.afdc.org.

- Primus Richard, *Double-Consciousness in Constitutional Adjudication*, 2007, http://ssrn.com/abstract=997930

- Roland Anne, *La Cour suprême du Canada et les partis politiques*, Bulletin n°6 de l'accpuf, 2006, pp. 21-26, en ligne sur le site de l'accpuf, http://www.accpuf.org/images/pdf/publications/bulletins/b6/tome1/Bulletin6-TI-Ch1.1-Canada.pdf

- Salas Denis, *La sécurité peut-elle justifier un droit d'exception ? Réflexion sur le rôle du juge gardien des libertés*, 20 février 2006, www.ihej.org.

- Sunstein Cass, *If People would be outraged by their rulings, should judges Care?*, 2007, http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html

- Tabaka Benoît, *Internet en campagne : diffusion des sondages électoraux, l'impossible réforme*, www.journaldunet.com

- Tabaka Benoît, *Le site Internet, outil de propagande électorale ?*, 15 décembre 2001, www.rajf.org.

3.5. Notes de jurisprudence, Conclusions des Commissaires du Gouvernement

- Augé Philippe, *Les conséquences de la diffusion d'un message télévisé en faveur d'un candidat le jour du scrutin*, note sous Cons. const., 28 juillet 1998, AN, 1ère circonscription du Var, Mme Le Chevallier, LPA, n°3-1999, pp. 19-22.

- Avril Pierre, *L'improbable « statut de l'opposition » (Á propos de la décision 537 DC du Conseil constitutionnel sur le règlement de l'Assemblée nationale)*, LPA, n°138-2006, pp. 7-10.

- Avril Pierre et Gicquel Jean, *Droit d'amendement : la fin des « limites inhérentes »*, LPA, n°139-2001, pp. 5-7.

- Avril Pierre et Gicquel Jean, *Le triomphe de « l'entonnoir » (Á propos de la décision « Lutte contre le terrorisme du Conseil constitutionnel)*, LPA, n°33-2006, pp. 6-9.

- Beaud Olivier, *La reconnaissance de la compétence concurrente pour juger des ministres,* D., 1998, Chron., pp. 177-182.

- Beignier Bernard et De Lamy Bertrand, *L'inconventionnalité du délit d'offense envers les chefs d'État étrangers*, note sous CEDH, 25 juin 2002, D., n°11-2003, pp. 715-719.

- Bernaz Nadia, *L'abolition de la peine de mort pour les mineurs aux États-Unis : quelques remarques à propos de l'arrêt Roper Vs. Simmons du 1er mars 2005*, RFDC, n°66, 2006, pp. 437-448.

- Berthe Antoine, *Le compte-rendu d'audience et « l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire »*, note sous CEDH, Worm c. Autriche, 29 août 1997, RTDH, n°35, 1998, pp. 619-637.

- Besson Élise, *Un pas de plus sur la voie de la sécurité juridique : la reconnaissance de l'exigence constitutionnelle de clarté et de sincérité du débat parlementaire*, RFDC, n°66, 2006, pp. 338-348.

- Bonichot Jean-Claude, *Le contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur le contenu de la campagne radio-télévisée des partis politiques*, Concl. sur CE, Sect., 26 mars 1993, Parti des travailleurs, RFDA, n°3-1993, pp. 506-510.

- Bonichot Jean-Claude, *L'interdiction de publier des sondages pendant la semaine précédant une élection au regard de la CEDH*, Concl. sur CE Sect., 2 juin 1999, Meyet, LPA, n°113-1999, pp. 11-16.

- Braud Xavier, *Le refus de location d'une salle communale à un groupement politique et la liberté de réunion*, note sous CE, Ord. réf., 19 août 2002, Front National, Institut de formation des élus locaux (IFOREL), AJDA, n°15-2002, pp. 1017-1023.

- Braud Xavier, *Refus de mise à disposition d'une salle communale à un parti politique*,note sous TA Caen, 18 février 2003, M. Alain Gruenais, AJDA, n°7-2004, pp. 402-403.

- Brunet Pierre, *La consécration du principe de sécurité juridique*, note sous CE, Ass., 24 mars 2006, Société KPMG, Société Ernst & Young Audit et Autres, Société Deloitte et Associés et Société Grant Thornton, Société Pricewaterhousecoopers Audit, RDC, n°3-2006, pp. 850-854.

- Brunet Pierre, *L'empire du principe de transparence ou le côté obscur de la force*, RDC, avril 2006, pp. 487-495.

- Bück Valentine, *Compétence de la Cour de justice de la République au regard des attributions d'un ministre*, D., n°8-2001, pp. 660-663.

- Burgorgue-Larsen Laurence, *Propos négationnistes, présomption d'innocence et obligation de neutralité : un équilibre subtil*, note sous CE, 14 mars 2005, Bruno Gollnisch, AJDA, n°29-2005, pp. 1633-1635.

- Calley Grégoire, *Le Conseil d'État et la divulgation des sondages en rapport avec une élection*, note sous CE, 27 juillet 2001, Perruchot, LPA, n°37-2002, pp. 7-16.

- Camby Jean-Pierre, *La loi et la norme. (Á propos de la décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005)*, RDP, n°4-2005, pp. 849-863.

- Camby Jean-Pierre, *La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle, note sous CE, 24 mars 2006 Société KPMG*, RDP, n°5-2006, pp. 1169-1176.

- Camby Jean-Pierre, *Sondages, liberté d'expression et élection (Á propos de la décision du Conseil constitutionnel « Hauchemaille VII » du 13 décembre 2001, et de la loi du 19 février 2002)*, LPA, n°72-2002, pp. 13-19.

- Camby Jean-Pierre, *Un parti politique ne peut pas financer un parti français*, note sous CE, 8 décembre 2000, Parti nationaliste basque ERI-PNB, LPA, n°184-2001, pp. 12-15.

- Capitani Amandine, *L'état de nécessité entre loi, droit communautaire et Constitution. Á propos de l'affaire dite des « 49 faucheurs volontaires »*, note sous Tribunal correctionnel d'Orléans, 9 décembre 2005, LPA, n°83-2006, pp. 13-17.

- Cassia Paul, *La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes*, D., n°18-2006, pp. 1190-1195.

- Cassia Paul, *Le site internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ?*, note sous CE, 9 novembre 2005, Moitry, JCPA, n°8-9/2006, pp. 263-270.

- Champeil-Desplats Véronique, *Les clairs-obscurs de la décision du 13 janvier 2005*, note sous Cons. const., 13 janvier 2005, Loi de programmation pour la cohésion sociale, AJDA, n°16-2005, pp. 905-909.

- Chamussy Damien, *Le Conseil constitutionnel et la qualité de la législation*, note sous les Décisions n°2004-499 et 2004-500 DC du 29 juillet 2004 et les décisions n°2004-501 et 2004-502 DC du 5 août 2004, RDP, n°6-2004, pp. 1739-1760.

- Chamussy Damien, *Le règlement de l'Assemblée nationale devant le Conseil constitutionnel : oui à l'amélioration du travail législatif ; non à la déclaration d'appartenance à la majorité ou à l'opposition*, note sous Cons. const., 22 juin 2006, LPA, n°177-2006, pp. 8-15 et LPA, n°178-2006, pp. 4-13.

- Combrexelle Jean-Denis, *Sondages électoraux, informatique et libertés*, Concl. sous CE, Sect., 9 juillet 1997, Chambre syndicale Syntex Conseil, AJDA, n°9-1997, pp. 695-699.

- Coustos Dominique, *Liberté d'expression des adultes et protection des mineurs sur le réseau Internet selon la Cour suprême des États-Unis*, RDP, n°6-1997, pp. 1637-1672.

- De Bellescize Diane, *Cour de Justice de la République et loi sur la presse (À propos de l'affaire Ségolène Royal)*, note sous CJR, 15 et 16 mai 2000, 2 arrêts ; Cass. Ass. Plén., 12 juillet 2000, LPA, n°192-2000, pp. 12-19.

- Deffigier Clotilde, *La préméditation des actes peut exclure la qualification d'attroupement ou de rassemblement*, note sous CE, 26 mars 2004, Société BV Exportslachterij Appeldoorn Esa, AJDA, n°42-2004, pp. 2349-2354.

- De Fontbressin Patrick, *Le militantisme du juge, un danger pour les libertés ? (En marge à l'arrêt Perna de la Cour européenne du 6 mai 2003)*, RTDH, n°5-2004, pp. 424-434.

- De Fontbressin Patrick, *Les arrêts du 17 décembre 2004 de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre). Vers un principe de dignité de l'information ?*, RTDH, n°62, 2005, pp. 385-400.

- De Fontbressin Patrick, *Liberté d'expression, vie privée et impartialité du juge*, note sous CEDH, De Haes et Gijsels c/ Belgique, 24 février 1997, RTDH, n°35, 1998, pp. 581-588.

- Delaunay Bénédicte, *L'accès des mouvements sectaires aux documents administratifs les concernant*, note sous Ce, 3 juillet 2006, Ministre de l'Intérieur c/ Fédération chrétienne des Témoins de Jéhovah de France, AJDA, n°29-2007, pp. 1603-1607.

- Delaunay Béatrice, *La convention d'Aarhus n'implique pas obligatoirement l'organisation d'un débat public*, note sous CE, 20 avril 2005, Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et Migne-Auxences, AJDA, n°32-2005, pp. 1787-1791.

- Delaunay Béatrice, *Le contentieux de la procédure de débat public*, AJDA, n°30-2006, pp. 1661-1668.

- Derieux Emmanuel, *Abus de liberté d'expression par voie radiophonique (Approbation par la Cour européenne de la condamnation prononcée par les juridictions françaises)*, note sous CEDH, 30 mars 2004, Radio France c/ France, LPA, n°102-2005, pp. 3-13.

- Derieux Emmanuel, *La CEDH condamne la France pour violation de la liberté d'expression*, note sous CEDH, 7 juin 2007, Dupuis et autres c/ France, JCP, n°28-2007, pp. 28-32.

- Derieux Emmanuel, *L'affaire des « Caricatures de Mahomet » : liberté de caricature et respect des croyances*, JCP, n°19-2007, pp. 27-30.

- Derieux Emmanuel, *Liberté d'information et respect de la présomption d'innocence*, note sous Cass. Civ. 2ème, 20 juin 2002, G.L. c. France 2, LPA, n°184-2002, pp. 17-20.

- Derieux Emmanuel, *Limites à la liberté d'expression au nom de la vie privée*, LPA, n°4-2005, pp. 5-13.

- Derieux Emmanuel, *Limites de la liberté d'expression (protection de la vie privée et de la présomption d'innocence)*, note sous Cass. Civ. 2ème civ., 5 juin 2003, Sté du Figaro c/ Anouilh, LPA, n°257/258-2003, pp. 8-11.

- Desforgères Éric, *Diffusion de sondages : loi française et Convention européenne des droits de l'homme*, note sous TGI Paris, 17ème Chambre, 15 décembre 1998, Ministère public c/ MM. Amaury et de Barrigue de Montvallon, AJDA, n°6-1999, pp. 521-523.

- Desmoulin Gil, *Sondages pré-électoraux et liberté d'expression*, note sous CE, Sect., 2 juin 1999, Meyet, RDP, n°2-2000, pp. 563-582.

- Dieu Frédéric, *Nice ne peut pas rendre un hommage public à Jacques Médecin*, Conclusions sous TA Nice, 24 mars 2006, Préfet des Alpes-Maritimes, AJDA, n°19-2006, pp. 1038-1039.

- Dieu Frédéric, *La « soupe au porc » et le juge des référés du Conseil d'État de France : la validité de l'interdiction d'une manifestation discriminatoire du fait de sa nature même*, RTDH, n°71, 2007, pp. 885-908.

- Docquir Pierre-François, *Participation aux débats d'intérêt général : vers la reconnaissance d'un droit d'accès à la tribune médiatique*, note sous CEDH, Vgt verein gegen Tierfabriken c / Suisse, 28 juin 2001, rtdh, n° 51, 2002, pp. 1045-1053.

- Dord Olivier, *Suspension d'un enseignant du secondaire ayant tenu des propos négationnistes dans l'exercice de ses fonctions*, note sous CE, 22 novembre 2004, Ministre de la Jeunesse, de l'Éducation nationale et de la recherche, ajda, n°13-2005, pp. 734-737.

- Dreyer Emmanuel, *La Cour de cassation et le désarroi des croyants*, note sous C. Cass., 1ère civ., 14 novembre 2006, d., n°29-2007, pp. 2072-2076.

- Dreyer Emmanuel, *La Cour de cassation s'oppose au pugilat verbal*, note sous C. Cass., crim., 10 mai 2006, d., n°32-2006, pp. 2220-2223.

- Fatin-Rouge Stefanini Marthe et Mastor Wanda, *La Cour suprême américaine et la réforme du financement des campagnes électorales aux États-Unis : la décision Mc Connel vs FEC du 10 décembre 2003*, rfdc, n°59, 2004, pp. 473-502.

- Feldman Jean-Philippe, *Les « faucheurs d'ogm » et la Charte de l'environnement. Sur le jugement du Tribunal correctionnel d'Orléans du 9 décembre 2005*, d., n°12-2006, pp. 814-819.

- Feldman Jean-Philippe, *Les « faucheurs » fauchés par la Cour de cassation*, d., n°19-2007, pp.1310-1313.

- François Lyn, *Le délit français de recel de violation de secret de l'instruction ou professionnel et la Convention européenne des droits de l'homme*, note sous CEDH, 7 juin 2007, Dupuis et autres c/ France, Gaz. Pal., 29-31 juillet 2007, pp. 2-7.

- Frydman Patrick, *L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. Á propos des « lancers de nains »*, note sous CE, Ass., 27 octobre 1995, Ville d'Aix-en-Provence et commune de Morsang-sur-orge, rfda, n°6-1995, pp. 1204-128.

- Genevois Bruno, *La politique des films : l'affaire du « Pull-over rouge »*, conclusions sous CE, 26 juillet 1985, Ville d'Aix-en-provence, rfda, n°3-1986, pp. 439-433.

- Georgopoulos Théodore, *Libertés fondamentales communautaires et droits fondamentaux européens : le conflit n'aura pas lieu*, lpa, n°6-2004, pp. 8-14.

- Gounin Yves, *Le contentieux des actes préparatoires du référendum du 29 mai 2005*, AJDA, n°22-2005, pp. 1211-1215.

- Gras Frédéric, *Affichage publicitaire et liberté d'expression : l'affaire Larry Flint*, LPA, n°24-1997, pp. 10-16.

- Gridel Jean-Pierre, *Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité*, D., n°11-2001, pp. 872-877.

- Guedj Alexis, *Le grand secret de François Mitterrand devant la Cour européenne des droits de l'homme*, note sous CEDH, Plon c/ France, 18 mai 2004, D., n°26-2004, pp. 1838-1841.

- Guedj Alexis, *Saisies, écoutes téléphoniques et protection du secret des sources journalistiques*, note sous C. Cass.,crim., 30 octobre 2006, D., n°18-2007, pp. 1240-1244.

- Haïm Victor, *Les conditions de légalité d'u arrêté règlementant la circulation des mineurs*, Concl. sous CAA Paris, 17 décembre 2002, AJDA, n°6-2003, pp. 296-300.

- Hul Sylvain, *Quand l'absence d'illégalité manifeste vient au secours de la moralité publique*, note sous CE, 8 juin 2005, Commune de Houilles, AJDA, 2005, pp. 1851-1853.

- Jan Pascal, *Les objectifs de valeur constitutionnelle et le contentieux administratif : de beaux principes seulement*, note sous CE, Ord. réf., 3 mai 2002, Association de réinsertion sociale du Limousin, LPA, n°193-2002, pp. 15-19.

- Jean-Pierre Didier, *Disparues de l'Yonne : annulation de la sanction de déplacement d'office d'un ancien procureur de la République*, note sous CE, 12 janvier 2004, JCPA, n°11-12/2004, pp. 376-377.

- Julien-Laferrière François, *Pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel pour faire respecter le pluralisme*, note sous CE, 18 décembre 2002, Association Promouvoir, AJDA, n°14-2003, pp. 745-748.

- Klebes-Pelissier Anne, *Internet et la liberté d'expression. Á propos de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis Reno v. American Civil Liberties Union (A.C.L.U.) du 26 juin 1997*, RUDH, Vol. 10, n°11/12-1998, pp. 393-401.

- Krenc Frédéric, *La règle de l'immunité parlementaire à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme* (Á *propos de l'arrêt CEDH, 17 décembre 2002, A. c. Royaume-Uni)*, RTDH, n°55, 2003, pp. 813-821.

- Krust Delphine, *Droit d'expression des élus dans les supports d'information locale en période électorale : quand prudence n'est pas mère de sûreté*, Lamy Collectivités locales, n°25, 2007, pp. 65-66.

- Landais Claire et Lenica Frédéric, *Contentieux de la légalité de l'état d'urgence*, note sous CE, Ass., 24 mars 2006, Rolin et Boisvert, AJDA, n°19-2006, pp. 1033-1036.

- Larralde Jean-Manuel, *La liberté d'expression et le blasphème*, note sous CEDH, Wingrove c. Royaume-Uni, 25 novembre 1996, RTDH, 1997, pp. 725-732.

- Lecuq Olivier, *L'expression cinématographique, le juge administratif et la constitution*, note sous CE, 30 juin 2000, Association Promouvoir, Mazaudier et autres, LPA, n°250-2000, pp. 9-16.

- Legrand André*, Liberté d'expression des enseignants et protection de l'ordre public dans les universités*, note sous CE, 26 octobre 2005, Gollnisch, AJDA, n°10-2006, pp. 506-509.

- Lemaire Félicien, *Le conseil constitutionnel et le droit non écrit. A propos de la décision n°98-397 DC du 6 mars 1998*, RRJ, n°3-1999, pp. 831-846.

- Leroy Michel, *La parodie religieuse n'est pas une injure*, RTDH, n°71, 2007, pp. 875-884.

- Leroy Anne-Marie, *La régularité de l'élection des représentants au Parlement européen*, Concl. sous CE, Ass., 20 octobre 1989, Horblin, RFDA, n°1-1990, pp. 86-96.

- Levinet Michel, *Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du « lancer de nains » devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, RTDH, n°55, 2003, pp. 1024-1042.

- Levinet Michel, *La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme. Observations sous la Décision du 24 juin 2003, Garaudy c. France*, RTDH, n°59, 2004, pp. 653-662.

- Levinet Michel, *Vers un infléchissement de l'autolimitation du juge européen des droits de l'homme en matière d'exercice des droits politiques*, note sous CEDH, 19 février 1998, Bowman c/ Royaume-Uni, RTDH, n°1-2002, pp. 54-75.

- Lienhard Claude, *Catastrophe, diffusion de fausses nouvelles et diffamation*, note sous Trib. Corr. de Toulouse, 27 juin 2002, D., n°39-2002, pp. 2972-2976.

- Maligner Bernard, *Le juge du « référé-liberté » et les débats télévisés lors des campagnes électorales*, note sous CE, ord. réf., 24 février 2001, Tibéri, RFDA, n°3-2001, pp. 629-647.

- Maligner Bernard, *Le principe d'équité entre les candidats devant les médias* note sous CE, ord. réf., 11 janvier 2007, Corinne Lepage, , AJDA, n°12-2007, pp. 641-645.

- MALIGNER Bernard, *Annulation d'une élection en raison d'imputations diffamatoires contre un candidat*, note sous CE, 29 juillet 2002, Élections municipales de Vitrolles, AJDA, n°1-2003, pp. 35-36.

- MALIGNER Bernard, *Les conséquences d'un tract tardif en présence d'un faible écart de voix*, note sous CE, 11 janvier 2006, Élections cantonales de Trets, AJDA, n°28-2006, pp. 1564-1567.

- MALIGNER Bernard, *Les pouvoirs du juge dans le contentieux du remboursement des dépenses électorales*, note sous CE, 10 août 2005, Le Drian, AJDA, n°37-2005, pp. 2070-2072.

- MARGUÉNAUD Jean-Pierre, *Le droit à la liberté d'expression des militants écologistes*, D., n°24-2007, pp. 1704-1707.

- MARGUÉNAUD Jean-Pierre, *Le secret des sources journalistiques aveuglément protégé par la Cour de Strasbourg*, RTDC, n°4-1996, pp. 1026-1028.

- MARGUÉNAUD Jean-Pierre, *Tranquillité du domicile et droit de l'homme à l'environnement*, note sous CEDH, 3ème Section, 2 novembre 2006, Giacomelli c. Italie, D., n°19-2007, pp. 1324-1327.

- MARTIN Pierre, *L'honneur des juges britanniques. Chambre des Lords, 16 décembre 2004*, D., n°16-2005, pp. 1055-1057.

- MATHIEU Bertrand, *Le droit d'amendement : en user sans en abuser*, AJDA, n°5-2006, pp. 306-307.

- MATHIEU Bertrand, Les *lois de finances au crible de la sécurité juridique Á propos des décisions 2005-230 DC et 2005-231 DC du 29 décembre 2005 du Conseil constitutionnel*, LPA, n°10-2006, pp. 4-7.

- MATHIEU Bertrand, *L'examen juridique de la constitutionnalité du contrat première embauche (Á propos de la décision du Conseil constitutionnel du 30 mars 2006)*, LPA, n°74-2006, pp. 4-11.

- MBONGO Pascal, *Police des publications dangereuses pour la jeunesse et « mauvais genres » littéraires*, D., n°34-2005, pp. 2360-2364.

- MELLERAY Fabrice, *Le juge du référé-liberté fondamentale peut statuer par des mesures ne présentant pas un caractère provisoire*, note sous CE, Ord. réf., 30 mars 2007, Ville de Lyon, DA, n°6-2007, pp. 32-33.

- MORANGE Jean, *Censure, liberté, protection de la jeunesse*, note sous CE, 30 juin 2000, Association Promouvoir, Mazaudier et autres, RFDA, n°6-2000, pp. 1311-1316.

- MOREAU Jacques, *À quelles conditions, et selon quelle procédure le maire (ou le préfet) peut-il légalement interdire une manifestation ?*, note sous CE, 25 juin 2003, Association « SOS Tout petits » et M. L., JCPA, n°44-45/2003, pp. 1437-1438.

- MOREAU Jacques, *Le ministre de l'Intérieur peut-il légalement refuser d'interdire la vente aux mineurs d'un ouvrage contenant des passages pornographiques ou pédophiles ?*, note sous CE, 10 mars 2004, Association Promouvoir, JCPA, n°16-2004, p. 558.

- PAVIA Marie-Luce, *L'existence du pluralisme, fondement de la démocratie*, note sous n°89-271 DC du 11 janvier 1990 « Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification des activités politiques », RA, n°256, 1990, pp. 320-331.

- PEYROU-PISTOLEY Sylvie, *L'extension regrettable de la liberté d'expression à l'insulte*, note sous CEDH, Oberschlick c/ Autriche, 1er juillet 1997, RTDH, n°35, 1998, pp. 593-607.

- ROBBE François, *L'incompétence du juge pénal pour statuer sur la responsabilité du Président de la République (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 98-408 D. C. du 22 janvier 1999)*, Gaz. Pal., 12 novembre 1999, pp. 1765-1772.

- ROBLOT-TROIZIER Agnès et SORBARA Jean-Gabriel, *Les règles constitutionnelles devant la Cour européenne des droits de l'homme*, note sous CEDH, Py c. France, 11 janvier 2005, RFDA, n°1-2006, pp. 139-150.

- ROETS Damien, *Epilogue européen dans l'affaire Garaudy : les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme*, note sous CEDH, 24 juin 3003, Garaudy c. France, D., n°4-2004, pp. 240-244.

- ROLLAND Patrice, *La critique, l'outrage et le blasphème*, note sous TGI Paris (Ord. réf.), 10 mars 2005, et CA Paris (14ème Chambre B), 8 avril 2005, D., n°20-2005, pp. 1326-1331.

- ROLLAND Patrice, *Liberté d'expression et délit d'opinion. La démocratie peut-elle se protéger en défendant une histoire officielle ?*, note sous CEDH, 21 septembre 1998, Lehideux et Isorni c/ France, D., 1999, 16ème Cahier, Jur., pp. 226-229.

- ROUX Jérôme, *Le Conseil constitutionnel et la modification du calendrier électoral de l'année 2002 (Á propos de la décision n°2001-444 DC du 9 mai 2001)*, RDP, n°6-2001, pp. 1245-1266.

- SCANVIC Frédéric, *Diffusion et publication de sondages d'opinion pendant la semaine qui précède une élection*, Concl. sous CE, IFOP et autres, 18 juin 1993, RA, n°274, 1993, pp. 322-325.

- SCHOETTL Jean-Éric, *Contentieux des actes préalables à l'élection présidentielle de 2007 : la décision de la CNC refusant d'homologuer le matériel de propagande de M. Schivardi*, LPA, n°125-2007, pp. 10-22.

- SCHOETTL Jean-Éric, *La recommandation du CSA en vue de l'élection de 2007, note sous l'avis du Conseil constitutionnel du 26 octobre 2006*, LPA, n°239-2006, pp.15-21.

- SCHOETTL Jean-Éric*, Le conseil constitutionnel et l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002*, LPA, n°214-2002, pp. 4-15

- SCHOETTL Jean-Éric, *Le Conseil constitutionnel, le CSA, l'élection présidentielle et les sondages d'opinion*, note sous Cons. const., 13 décembre 2001, LPA, n°251-2001, pp. 27-29.

- SCHOETTL Jean-Éric, *L'exposé des motifs distribués aux électeurs entache-t-il la sincérité du référendum du 29 mai 2005 ?*, LPA, n°105-2005, pp. 14-17.

- SZYMCZAK David, Le *dualisme fonctionnel du Conseil d'État au révélateur de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvelles réponses, nouvelles incertitudes. Á propos de l'arrêt Sacilor-Lormines*, JCPA, n°1/2-2007, pp. 28-31.

- TABAKA Benoît, *Le Conseil d'État confirme l'utilisation d'Internet comme outil électoral*, note sous CE, 8 juillet 2002, Élections municipales de Rodez, www.rajf.org, 12 juillet 2002.

- TAVIEAUX-MORO Nicolas, *Le débat politique télévisé et l'appréciation de la bonne foi*, note sous CA Lyon, 7 décembre 1998, D., n°12-2000, pp. 270-271.

- TOUVET Laurent, *La définition du parti ou du groupement au regard de la législation sur le financement des campagnes électorales*, note sous CE, Ass., 30 octobre 1996, Élections municipales de Fos-sur-Mer, RFDA, n°1-1997, pp. 59-72.

- VERPEAUX Michel, *Des avantages de la dualité de juridiction. Observations sur l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 septembre 2001, Amaury*, RFDC, n°48, 2001, pp. 793-799.

- VERPEAUX Michel, *Le financement des partis politiques : la loi nationale et l'Europe. (Á propos de l'arrêt du Conseil d'État, 8 décembre 2000, Parti nationaliste basque ERI-PNB)*, RFDA, n°1-2002, pp. 59-64.

- VERPEAUX Michel, *Du bon et du mauvais usage des référendums locaux*, AJDA, n°16-2006, pp. 873-876.

- Vincent Jean-Yves, *Peine complémentaire ou peine automatique… Malaise autour de l'article L. 7 du code électoral*, note sous CA de Versailles, 1er décembre 2004, Alain Juppé et autres, AJDA, n°8-2005, pp. 435-437.

- Von Walter André, *La protection de la dignité humaine face au droit communautaire*, note sous CJCE, 14 octobre 2004, Omega, AJDA, n°3-2005, pp. 152-155.

- Wachsmann Patrick, *La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme*, RUDH, Vol. 6, n°12-1994, 441-449.

3.6. Articles parus dans un quotidien

- Avril Pierre, *Destituer plutôt que juger*, Le Monde, 22 juillet 2003.

- Badinter Robert, *La destitution du Président de la République*, Le Monde, 12 juillet 2003.

- Badinter Robert, *Lettre à une jeune juge*, Le Monde, 22 février 2006.

- Bavay Francine et alii, *Les OGM sont inconstitutionnels*, Le Monde, 19 janvier 2006.

- Blachèr Philippe, *Imbroglio au Conseil constitutionnel*, Le Monde, 9 février 2007.

- Bourdieu Pierre, *Hommes politiques, médias, citoyens. La vertu civile*, Le Monde, 16 septembre 1988.

- Canivet Guy, *Discours à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 6 janvier 2006*, Le Monde, 7 janvier 2006.

- Carcassonne Guy, *Le CSM a une étrange vision de la séparation des pouvoirs*, Le Monde, 19-20 février 2006.

- Carcassonne Guy, *Statut présidentiel : la nécessaire réforme*, Le Monde, 17 janvier 2007.

- Debré Michel, *Le consensus social*, Le Monde, 20 août 1976.

- Ellul Jacques, *Opinion publique et démocraties*, Le Monde, 20 février 1958.

- Feldman Jean-Philippe, *Il faut abroger la loi Gayssot*, Le Monde, 28 octobre 2006.

- Garay Alain, *La République des rapporteurs*, Le Monde, 6 mars 2004.

- Habermas Jürgen, *Il faut sauver la presse de qualité*, Le Monde, 22 mai 2007.

- Houillon Philippe, *Outreau : le choix de la méthode*, Le Monde, 10 janvier 2006.

- Jeanneney Jean-Noël, *Un monstre dans le prétoire : l'anachronisme*, Le Monde, 22 Janvier 1999.

- Karpik Lucien, *L'affaire Marie L. révèle une société obsédée par ses victimes*, Le Monde, 23 août 2004.

- Mbongo Pascal, « *Il faut plus de garanties juridiques ». Á propos du débat sur la protection des sources journalistiques*, Libération, 23 janvier 2006.

- Michaud Yves, *Une justice sans contrôle et sans limites ?*, Le Monde, 24 février 2006.

- Monfort Jean-Yves, *La part de responsabilité des journalistes*, Le Monde, 8 février 2006.

- Rosanvallon Pierre, *L'Amérique, entre renouveau militant et démocratie de marché*, Le Monde, 18 octobre 2004.

- Rosanvallon Pierre, *Le mythe du citoyen passif*, Le Monde, 26 juin 2004.

- Rousseau Dominique, *La loi ? Un instrument de communication*, Le Monde, 4 février 2005.

- Rousseau Dominique, *Le quinquennat a accentué la présidentialisation*, L'Humanité, 20 septembre 2006.

- Rousseau Dominique, *Une montée en puissance… par défaut*, Le Monde, 19 novembre 1999.

- Rouvillois Frédéric, *La proportionnelle, maintenant*, Le Monde, 29 juin 2007.

- Troper Michel, *Comment décident les juges constitutionnels*, Le Monde, 13 février 1999.

- Troper Michel, *Les procureurs ne sont pas des juges*, Le Monde, 19 novembre 1999.

- Walzer Michael, *Pour une sanction par les urnes*, Le Monde, 18 mai 2004.

Index nominum

[Les chiffres se réfèrent aux numéros de pages de l'exemplaire papier.]

-A-

- **Abel**, Olivier : 495n, 502n
- **Aberdam**, Serge : 272n
- **Accoyer**, Bernard : 451n
- **Ach**, Nelly : 202n
- **Ackerman**, Bruce : 463n, 470n, 586n, 593n
- **Alain** (Emile-Auguste Chartier dit): 304, 635n
- **Albert**, Nathalie : 239n, 279n
- **Albertini**, Pierre : 384n
- **Alcaraz**, Hubert : 247n
- **Alland**, Denis : 44n, 46n, 115n, 116n, 191n, 247n, 281n, 294n 404n, 441n, 448n, 449n, 451n, 516n, 576n, 611n, 638n
- **Allport**, Gordon : 53n
- **Alt**, Eric : 551n
- **Amoudry**, Jean-Paul : 224n
- **Amselek**, Paul : 402-404, 617n
- **Andriantsimbazovina**, Joël : 45n
- **Arbour**, Louise : 180n
- **Ardant**, Philippe : 453n, 501n
- **Arendt**, Hannah : 196n, 417n

- **Atias**, Christian : 612n, 632n

- **Aubert**, Jean-François : 276n

- **Auby**, Jean-Bernard : 217, 315n, 390n

- **Auby**, Jean-Marie : 213n

- **Aubry**, Paul : 535n

- **Auge**, Philippe : 155n, 156n

- **Austin**, John : 404n

- **Avril**, Pierre : 44n, 86n, 93n, 95, 106, 109, 112n, 163n, 164, 165n, 230, 377n, 380n, 382n, 385n, 386n, 431n, 439n, 452, 473n, 474, 475, 476n, 488n, 490n, 495-499n, 504n, 607n

-B-

- **Bacot**, Guillaume : 61, 67n, 68n, 80n, 111n, 358n, 438n

- **Badinter**, Robert : 183n,499n,552, 580n, 599

- **Bagehot**, Walter: 16, 17, 21n, 23, 30, 60n, 312n, 340, 346n, 381, 443n, 449n, 450n, 474n

- **Baka**, Andras : 183n

- **Baker**, Keith Michael : 9, 35n, 55n, 57, 58n, 79n, 85n, 359n, 637n

- **Bandrac**, Monique : 547n

- **Barak**, Aharon : 580n, 610n, 612n, 618n, 634n

- **Baranès**, William : 226n, 228n, 387n

- **Baranger**, Denis : 8n, 43n, 116n, 430n, 471n, 474, 477n, 486, 487n, 490n, 491n, 501, 505n, 509, 567n, 587n, 633n

- **Barber**, Benjamin : 272n, 273n, 302n, 312, 327

- **Barkan**, Steven : 415n

- **Barloy**, François : 300n

- **Barnave**, Antoine : 349n, 434

- **Barni**, Jules : 50n

- **Barodet**, Désiré : 112n

- **Baron**, Charles : 604n

- **Barrère**, Alain : 246n, 440n

- **Barrot**, Odilon : 195

- **Bart**, Jean: 288n, 290n

- **Barthe**, Yannick : 300n, 326n, 327n

- **Barthélémy**, Joseph: 31, 32n, 43, 73n, 83, 112,118n, 279n, 280n, 286, 291n, 292, 337n, 345n, 347, 349n, 351, 354-356, 362, 365n, 362, 368, 586n

- **Bastarache**, Michel : 168, 169n, 181n, 187n, 627n

- **Baume**, Sandrine : 99, 105n, 308n, 376n, 379n, 578n

- **Baumont**, Didier : 131n

- **Bautier**, Roger : 535n

- **Bavaresco**, Agemir : 8n

- **Bayrou**, François : 180n

- **Bazin**, Rigomer : 635n

- **Beaud**, Olivier : 35n, 36, 43n, 44n, 80n, 109n, 129, 301n, 337n, 382n, 449n, 459n, 460, 471-473n, 477, 478n, 483, 484n, 486, 488-500n, 506n, 518n, 525n, 526n, 554-557n, 567n, 637n, 638n

- **Beaud**, Paul : 3n

- **Beaudoin**, Gérald : 282n

- **Beaufumé**, Bruno : 324

- **Beccaria**, Cesare : 549n

- **Bedier**, Pierre: 489n

- **Behrendt**, Christian: 227n

- **Beigner,** Bernard: 246n

- **Bély**, Lucien : 6n

- **Ben Achour**, Rafaâ : 2n, 3n, 301n, 327n, 497n

- **Bénétullière**, Sébastien : 295n, 403n, 605n

- **Benoît**, Francis-Paul : 33

- **Bentham**, Jeremy : 209n, 226n, 335n, 348, 382, 473n, 477, 504, 505

- **Berlin**, Isaiah: 47, 459n

- **Berlusconi**, Silvio : 558n

- **Bernard**, Elsa : 293n

- **Bernaz**, Nadia : 614n

- **Berns**, Thomas : 549n

- **Bernstein**, Serge : 65n

- **Berrelson**, Bernard : 300n

- **Bertauld** : 444n

- **Berthoud**, Arnaud : 617n

- **Besson**, Elise : 226n, 361n

- **Bidégaray**, Christian : 43n, 179n, 281n, 378n, 430n, 483n

- **Bigot**, Christophe : 135n

- **Binczak**, Pascal : 384n

- **Bioy**, Xavier : 42n, 44, 259n, 278n

- **Bird**, Karen : 604n

- **Bizeau**, Jean-Pierre : 100n

- **Blachèr**, Philippe : 379n, 515n, 575n, 584n, 585, 591n, 594n

- **Blackstone**, William : 618

- **Blair**, Tony : 485

- **Blanc**, Hubert : 317n

- **Blanco**, Ismaël : 322n

- **Blanquer**, Jean-Michel : 187n, 229, 382n, 449n, 471n, 472n, 485n, 504n, 564, 607, 628n, 631, 632n

- **Blin**, Cécile : 442n

- **Blondiaux**, Loïc : 4, 5, 15n, 18n, 23n, 35n, 52- 54n, 66n, 168n, 172n, 296-298n, 301n, 305n, 308n, 320n, 325-326n, 329n, 331n, 336n

- **Blumler**, Jay. G: 149n

- **Bluntschli**, Johaan Kaspar: 87

- **Bobbio**, Norberto: 32, 37n, 98n, 121n, 122n, 205n, 424, 510n, 631n, 644n, 648

- **Bödecker**, Hans Erich: 6n, 41n

- **Bodiguel**, Jean-Luc:562n

- **Boespflug**, François : 261n

- **Boissard**, Sophie : 222n

- **Boivin**, Dominique : 366n

- **Bon**, Pierre : 102n, 141n

- **Bonaparte**, Louis-Napoléon : 438

- **Bonaparte**, Napoléon : 296

- **Bonello**, Giovanni : 212n

- **Bonichot**, Jean-Claude : 152, 153n, 165n, 167n, 169

- **Bonneville**, Luc : 382n, 510n

- **Bonneville**, Nicolas (de) : 69, 351

- **Bork**, Robert : 604n

- **Bornhak**, Conrad: 334n

- **Boudon**, Julien : 66n, 68n, 72, 288n, 289n

- **Boudon**, Raymond : 204n

- **Bouissou**, Michel : 277n

- **Boulad-Ayoub**, Josiane : 309n, 328n, 409n, 510n

- **Bourdieu**, Pierre : 4, 172n, 239n, 299, 305n, 313n, 418n, 476n, 592n, 652n

- **Bouretz**, Pierre : 8, 268n, 416n, 613n

- **Bousquet**, François-Charles : 381n

- **Boutin**, Christophe : 86n, 87n, 92n, 102n

- **Bouvier**, Vincent : 574n

- **Boy**, Daniel : 310n, 321, 327n

- **Boyer**, Alain : 241n, 243n

- **Brandeis**, Louis : 611n, 619n

- **Braud**, Philippe : 149n, 365n

- **Braud**, Xavier : 107n, 283n

- **Brausch**, Géraldine : 415n

- **Brechon**, Pierre : 140n, 232n, 463n

- **Brechon-Moulenes**, Christine : 518n

- **Bredin**, Jean-Denis : 30n, 91

- **Bremond**, Jules-Xavier : 511n

- **Brennan**, William : 590n

- **Breyer**, Stephen : 126, 178n, 184-186, 573, 580n, 604n, 606, 608, 609n, 621

- **Brisse**, Pierre : 237

- **Brody**, Richard : 463n

- **Broglie**, Victor (de) : 251n

- **Brunet**, Pierre : 37n, 40n, 80n, 82n, 113n, 218n, 229n, 359, 415-417n, 433-435n, 438n, 440, 452n, 461n, 472n, 520n, 582, 583n, 587n, 590n,

- **Bryce**, James : 17, 18, 20, 22, 23, 24n 27, 43, 89, 94, 95, 96n, 97, 103, 108n, 110, 119, 129n, 188n, 190, 194, 197, 207, 210, 211n, 275, 277n, 279n, 284, 285, 296-298, 343n, 349n, 383, 527n, 566, 576, 595, 606, 607n, 610n, 640n, 645

- **Bück**, Valentine : 491n

- **Burdeau**, Georges : 1n, 32, 43n, 56, 89n, 106n, 275n, 308n, 364n, 381n, 387, 395n, 404, 412n, 425n, 432n, 433, 436, 438, 554, 644, 646n

- **Burgaud**, Fabrice : 481, 522, 561n

- **Burgelin**, Jean-François : 532n

- **Burke**, Edmund: 82, 88n, 650

- **Burnand**, Léonard : 91, 350n, 429n, 506n

- **Bush**, George W. : 188n

- **Busson**, Benoît : 318n

-C-

- **Cabanel**, Patrick : 22n, 48n, 511n

- **Cabanis**, André : 444n

- **Cabral-Barreto**, Ireneu : 209n

- **Cadiet**, Loïc : 419n, 558n

- **Calley**, Grégoire : 164n

- **Callon**, Michel : 300n, 314n, 326n, 327n

- **Cambiano**, Giuseppe : 196n

- **Camby**, Jean-Pierre : 144n, 145, 146n, 158n, 163n, 169n, 175n, 182n, 184, 229n, 285n, 399n

- **Camy**, Olivier : 388n, 407n, 415n, 565n

- **Candela-Soriano**, Mercedes : 265n

- **Canedo**, Marguerite : 256n

- **Canivet**, Guy : 520n, 558-561n

- **Cannon**, Lawrence : 197n

- **Cantrill**, Hadley : 53n

- **Capitani**, Amandine : 220n, 422n

- **Capitant**, Henri : 213n, 392n

- **Capitant**, René : 43n, 44, 46n, 125n, 274, 286n, 345, 374n, 434n, 439, 440n, 445, 446, 478n, 487n, 495

- **Cappelletti**, Mauro : 550n

- **Carbonnier**, Jean : 227n, 391-394, 396n, 494, 502n

- **Carcassonne**, Guy : 182n, 226, 385n, 405n, 489, 494n, 523n, 567n, 595n, 649n

- **Cardozo**, Benjamin : 201n, 611n

- **Carignon**, Alain : 489n, 491n

- **Cario**, Robert : 535n, 552n

- **Carius**, Manuel : 233n, 579n

- **Caro**, Edme Marie : 7n

- **Caron de Beaumarchais**, Augustin : 9n

- **Carpentier**, Elise : 442n, 562n

- **Carré de Malberg**, Raymond : 43n, 50n, 79-81, 83, 85n, 111n, 113, 285, 286n, 337n, 338n, 362, 429, 431n, 442, 445, 448n, 467, 547n, 583

- **Cartier**, Emmanuel : 214n, 227n

- **Casadevall**, Josep : 529n

- **Casey**, Ralph : 53n

- **Cassia**, Paul : 229n, 600n

- **Castagna**, Bernard : 305n, 310n

- **Castberg**, Frede : 467

- **Cattoir-Jonville**, Vincent : 578n

- **Caullet**, Jean-Yves : 147n

- **Cavell**, Stanley : 413n

- **Cayla**, Olivier : 116n, 259n, 492n, 571n, 574n, 608, 633n

- **Cayrol**, Roland : 150n, 449n, 450n

- **Cazenave**, Elisabeth : 535n

- **Cazeneuve**, Bertrand : 482n

- **Cazzaniga**, Gian Mario : 66n, 70n

- **Chabot**, François : 69

- **Chagnollaud**, Dominique : 43n, 229n, 427n, 497n

- **Champagne**, Patrick : 4n, 12n, 146n, 171n, 234n, 301n, 396n, 451n

- **Champeil-Desplats**, Véronique : 230n, 231n, 398n, 399, 403, 404n, 497n, 629, 630n

- **Chamussy**, Damien : 229n, 380n, 386n

- **Chappey**, Jean-Luc : 233n, 296n

- **Chapsal**, Jacques : 274n

- **Chartier**, Roger : 6n

- **Charvin**, Robert : 53n

- **Chateaubriand**, François René (de) : 30, 193, 199, 200n, 208n, 232, 336n, 345n, 351n, 384n, 427, 469, 472, 509n

- **Chaussin**, Joëlle : 6n, 9n, 57n, 76n, 233n, 267n

- **Chavegrin**, Ernest : 69n

- **Chavrier**, Géraldine : 278n

- **Chazel**, François : 381

- **Chêne**, Jeannine : 240n

- **Chevallier**, Jacques : 205n, 223n, 224n, 226, 329, 330n, 363, 369n, 389n, 390, 405n, 431, 613n

- **Chevènement**, Jean-Pierre : 180n

- **Chrestia**, Philippe : 475n, 488n, 489n, 492n

- **Clam**, Jean : 391n

- **Clavreul**, Colette : 84

- **Clay**, Thomas : 559n

- **Clémenceau**, Georges : 236n, 455n, 564n, 637n

- **Clément**, Jean-Paul : 199n

- **Clément**, Pascal : 542n

- **Clère**, Jean-Jacques : 288n, 290n

- **Clinton**, Bill : 501

- **Cochin**, Auguste : 93

- **Coenen-Huther**, Jacques : 92n

- **Cohen**, Joshua : 272n

- **Cohen-Jonathan**, Gérard : 140n, 197n, 221n, 227n, 262n

- **Cohen-Tanugi**, Laurent : 366n

- **Cohendet**, Marie-Anne : 272n, 414n

- **Collière**, Philippe : 108n

- **Colliot-Thélène**, Catherine : 194n, 314n

- **Colmou**, Yves : 384n

- **Commaille**, Jacques : 37n, 38n, 312n, 390n, 395n, 514n

- **Commaret**, Dominique : 170n

- **Communier**, Jean-Michel : 218n

- **Conac**, Gérard : 537n

- **Condorcet**, (Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, Marquis de) : 82, 83n, 211, 407n

- **Constant**, Benjamin : 8n, 23n, 47, 88n, 126n, 127, 196, 199n, 204n, 212n, 235, 251n, 271, 290n, 347, 351n, 379n, 380, 381, 392, 407, 431, 435, 443, 454, 477n, 497n, 575, 586n, 517, 635n, 639, 640

- **Constantinesco**, Vlad : 293n

- **Contamin**, Jean-Gabriel : 290n

- **Conte**, Philippe : 492n

- **Cormenin**, Louis Marie de Lahaye, vicomte (de) : 291

- **Cornudet**, Emile : 117n

- **Corten**, Olivier : 454n

- **Cory**, Peter : 357n, 427n

- **Cossart**, Paula : 106n, 236n, 237n, 289n

- **Costa**, Jean-Paul : 131n, 209n, 543n

- **Costa-Lascoux**, Jacqueline : 82n

- **Cote**, Pierre-André : 392n, 402n

- **Cotteret**, Jean-Marie : 371n, 378n, 450n

- **Cottier**, Bertil : 392n

- **Courvoisier**, Claude : 286n, 290n, 378n, 455n

- **Coutel**, Charles : 233n, 579n

- **Coutu**, Michel : 414n, 431n

- **Couvrat**, Pierre : 391n

- **Couthon**, Georges : 72, 288

- **Crépin**, Thierry : 202n

- **Crouzatier**, Jean-Marie : 484n

- **Crouzet**, Philippe : 165n

- **Custos**, Dominique : 606n

-D-

- **Dacre-Wright**, Gildas : 238n

- **Dagnaud**, Monique : 161n

- **Dahl**, Robert : 320, 326, 377n

- **Dailly**, Etienne : 163n

- **Daire**, Eugene : 353n

- **D'Alembert**, (Jean Le Rond dit) : 5n

- **Danblon**, Emmanuelle : 311n

- **D'Arcy**, François : 91n, 109n, 301n, 330

- **Daunou**, Pierre Claude François : 3n, 537n, 575n

- **Dauteribes**, André : 537n

- **Davis**, Gray : 119n

- **Dayan**, Daniel : 450n

- **De Baecque**, Francis : 449n

- **De Béchillon**, Denys : 38, 492n, 605n

- **De Bellescize**, Diane : 492n, 552n

- **De Fontbressin**, Patrick : 213n, 318n, 530n, 531

- **De Geouffre de la Pradelle**, Géraud : 405n

- **De Lacharrière**, René : 592n

- **De Laubadère**, André : 73n, 108n, 117n, 430n

- **De Maillard**, Jean : 546n

- **De Montalivet**, Pierre : 203n, 208n, 209n, 217n, 226n, 229n, 230n, 421n

- **De Schutter**, Olivier : 549n, 568n

- **De Silva**, Isabelle : 256n

- **De Staël**, Germaine : 210, 233

- **Debard**, Thierry : 145n, 150n, 179n, 293n, 475n

- **Debbasch**, Charles : 157n

- **Debré**, Michel : 29n, 431n, 436, 446n

- **Deffigier**, Clotilde : 238n

- **Defossez**, Alexandre : 265n

- **Deguergue**, Maryse : 559n

- **Delannoi**, Gil : 47n

- **Delannoy**, Cécile : 481

- **Delaunay**, Bénédicte : 222n, 224n, 315n, 317, 318n, 328n, 481n

- **Delcros**, Xavier : 173n

- **Delmas-Marty**, Mireille : 536n, 538n, 540n

- **Delmas Saint- Hilaire**, Jean-Pierre :404n

- **Delolme**, Jean Louis : 77

- **Delporte**, Christian : 188n

- **Delruelle**, Edouard : 415n

- **Demichel**, André : 518n

- **Denni**, Bernard : 426n

- **Denoix de Saint Marc**, Renaud : 226n

- **Denquin**, Jean-Marie : 41, 277n, 278n, 280, 281n, 520n, 592, 645

- **Derieux**, Emmanuel : 200n, 232n, 246n, 263n, 542n, 543n

- **Derosier**, Bernard : 170n

- **Derosier** Jean-Philippe : 102n

- **Deschamps**, Marie : 181n

- **Descombes**, Vincent : 401n, 419n

- **Desforgères**, Eric : 165n

- **Desmons**, Eric : 408n, 412, 413n, 438n, 468n, 496n, 590n, 633n

- **Desmoulin**, Gil : 170n

- **Deumier**, Pascale : 227n

- **Dewey,** John : 329

- **Di Manno**, Thierry : 616n

- **Dicey**, Albert Venn : 16, 17, 21, 22n, 205n, 241n, 284, 383, 388, 393, 395, 462n, 607n

- **Diderot**, Denis : 5n, 325n

- **Dionnet**, Jean-Pierre : 288n, 291n, 294n

- **Docquir**, Pierre-François : 206n, 263n, 297n

- **Doganis**, Carine : 216n, 311n

- **Doise**, Willem : 194n

- **Dokhan**, David : 561n

- **Donegani**, Jean-Marie : 105n, 438n, 441n

- **Donnat**, Francis : 600n

- **Dord**, Olivier : 215n

- **Dosière**, René : 177n

- **Doumergue**, Gaston : 450

- **Drago**, Guillaume : 396-398n, 400n, 496n, 518, 562n, 577n, 588n, 591n, 630n

- **Drago**, Roland : 355n, 457n

- **Dreyer**, Emmanuel : 135n, 206n, 246n, 260n, 263n

- **Dromard**, Frédéric-Guillaume : 34n, 36n, 49n, 286n, 581n,

- **Dubernard**, Jean-Michel : 451n

- **Dubos**, Olivier : 88n

- **Dubourg-Lavroff**, Sonia : 287n, 288n, 290n, 291n

- **Duez**, Paul : 31, 32n, 83, 112, 118n, 279n, 280n, 286, 345n, 349n, 351, 355n, 365n, 368, 469n

- **Dufernez**, Régis : 278n

- **Duguit**, Léon : 77, 78, 292n, 416n, 421, 467, 611n

- **Duhamel**, Olivier : 453n, 651n

- **Dumont**, Hélène : 333n

- **Dumont**, Hugues : 546n

- **Dumont**, Louis : 554

- **Dumouchel**, Paul : 564

- **Dumoulin**, Laurence : 37n, 312n

- **Dumoulin**, Marc : 303n

- **Duport**, Adrien : 396

- **Duprat**, Georges : 194n, 282n

- **Duprat**, Jean-Pierre : 218n, 277n, 355n, 356, 515n

- **Durkheim**, Emile : 467n, 545, 549, 569

- **Duso**, Giuseppe : 85n, 98n

- **Duverger**, Maurice : 43n, 86n, 368, 377, 430n, 437n

- **Duvergier de Hauranne**, Ernest : 100, 486n

- **Dworkin**, Ronald : 406, 407n, 411, 412n, 415n, 524n, 525n, 580n, 603, 604n, 608, 612, 613, 616, 618, 622, 624, 635

- **Dyens**, Samuel : 622n

- **Dyèvre**, Arthur : 630n

-E-

- **Eck**, Laurent : 36n, 42n, 385n

- **Edelman**, Bernard : 215n, 258n

- **Eisenmann**, Charles : 34, 39, 44, 49, 62n, 84, 308, 337n, 338, 523n, 525n, 526n, 578n, 581, 637n, 643

- **Elias**, Norbert : 268n, 566

- **Elkin**, Stephen : 304n

- **Ellul**, Jacques : 53n, 141n, 190, 397n, 463n

- **Elster**, Jon : 311, 329, 354n

- **Emeri**, Claude : 43n, 103n, 281n, 483n

- **Encinas de Munagorri**, Rafael : 326n, 417n

- **Épineuse**, Harold : 559-561n

- **Esmein**, Adhémar : 24n, 69n, 77-79, 89, 106, 112n, 114, 117, 118, 272-274, 277, 278n, 281n, 282, 285n, 287, 337n, 360n, 369, 370n, 373, 447, 448n, 652

- **Eule**, Julian : 283n

-F-

- **Falconnet**, Ernest : 530n

- **Fatin-Rouge Stefanini**, Marthe : 185n, 186n, 283n

- **Fauré**, Christine : 76n, 287n

- **Favoreu**,Louis : 86n, 574n, 578n, 579, 581n, 582n, 591n, 594n, 595n, 601, 612n

- **Favre**, Pierre : 234n, 236n

- **Fekete**, Remy : 171n

- **Feldman**, Jean-Philippe : 209, 210n, 215n, 398n, 422-424n

- **Ferrarese**, Estelle : 310n, 413n

- **Ferrari-Breeur**, Christine : 316n

- **Ferretti**, Raymond : 278n

- **Ferrière**, Georges : 78n

- **Ferry**, Jean-Marc : 161, 321

- **Ferry**, Luc : 321n

- **Février**, Jean-Marc : 476n, 511n

- **Feyerabend**, Paul : 39n

- **Filleule**, Olivier : 234n

- **Finkielkraut**, Alain : 558n

- **Fish**, Morris J. : 181n

- **Fisher,** Louis : 466n, 612n

- **Fishkin**, James : 304n, 319n, 320

- **Flauss**, Jean-François : 203n, 214n, 612n

- **Flückiger**, Alexandre : 230n, 231n

- **Fontana**, Biancamaria : 8n

- **Fontbaustier**, Laurent : 191n, 467n

- **Ford**, Gérald : 499

- **Forderer**, Christof : 629n

- **Forey**, Elsa : 293n

- **Forster**, Georg : 6n, 41n, 629n

- **Fortier**, Vincente : 321n, 628n

- **Foucault**, Michel : 7n

- **Foucher**, Karine : 318n

- **Fouillée**, Alfred : 343n

- **Fournier-Poncelet,** Jean : 235

- **Foyer**, Jean : 398n, 515n

- **Fraenkel**, Ernst : 11n

- **Fraissex**, Patrick : 110n

- **François**, Bastien : 37n, 577n, 588n, 562n, 595n, 596n, 598n, 600, 630n

- **Frankfurter**, Felix : 611

- **Frazer**, James-George : 564, 565n

- **Frémont**, Jacques : 392n, 621n

- **Frétigné**, Jean-Yves : 93n

- **Freund**, Julien : 466n

- **Freund**, Sigmund : 235n

- **Friedrich**, Carl : 86n, 282n, 329n, 348n, 366n, 469, 470n, 573n

- **Frison-Roche**, Marie-Anne : 174n, 226n, 228n, 387n, 531n, 613n

- **Froment**, Jean-Charles : 568n

- **Fromont**, Michel : 398n, 594n, 612n

- **Frümer**, Philippe : 221

- **Frydman**, Benoît : 7n, 47n, 311n, 549n, 635

- **Frydman**, Patrick: : 258n, 259

- **Furet**, François : 70n

-G-

- **Gaboriau**, Simone : 259n, 531n, 558n

- **Gaïa**, Patrick : 595n

- **Galaber**t, Jean-Michel : 173n, 174n

- **Galland**, Yannick : 138n

- **Gallup**, George : 296, 297n, 298n, 320n

- **Ganochaud**, Colette : 58-60n, 63, 64n, 65n

- **Garant**, Patrice : 228n

- **Garapon**, Antoine : 167n, 405n, 502, 503n, 504n, 525n, 526n, 539n, 547-549n, 552n, 554n, 555, 557n, 562, 565n, 566n, 567n, 570, 573n, 637, 651n

- **Garay**, Alain : 486n

- **Garel**, Guillaume : 291n

- **Garner**, James W. : 119n

- **Garrido**, Ludovic : 237n

- **Garrone**, Pierre : 161n

- **Gauchet**, Marcel : 69n, 71, 72n, 339, 344n 511, 557, 575n, 577, 586n, 587n, 646, 649, 650n, 651, 652n

- **Gaulle**, Charles (de) : 96n, 429n, 430n, 431, 436, 438n, 443, 450, 451n, 462n, 495, 518

- **Gaultier**, Jean : 251

- **Gauthier-Lescop**, Laure : 398n

- **Gautier**, Marie : 163n, 171n

- **Gautier**, Yves : 293n

- **Gaxie**, Daniel : 328n, 449n, 570

- **Gay**, Laurence : 421n

- **Gaymard**, Hervé : 472n

- **Gazier**, Albert : 189n

- **Gazier**, François : 174

- **Gélard**, Patrice : 109

- **Genevois**, Bruno : 257n, 496n

- **Georgel**, Jacques : 445n

- **Georgopoulos**, Théodore : 241n

- **Gerard**, Philippe : 311n, 333n, 415n, 417n

- **Gerard**, Valérie : 381n

- **Gerbier**, Laurent : 240n

- **Gerhardt**, M. J. : 499n

- **Gerstle**, Jacques : 125n, 156, 157n, 158n, 273n, 275n, 328n, 463n

- **Gervereau**, Laurent : 141n

- **Geslot**, Christophe : 149n

- **Ghevontian**, Richard : 126n, 144, 145n, 160n

- **Gibout**, Christophe : 303n

- **Gicquel**, Jean : 2n, 3n, 274n, 301n, 327n, 357n, 363, 385n, 396n, 430n, 496n, 521n, 522n, 555, 556n

- **Gicquel**, Jean-Éric : 284n, 451-453n

- **Girard**, Alain : 33n, 163n

- **Girard**, René : 564, 565, 651n

- **Giraud**, Emile : 84n, 111, 275n, 371, 392

- **Giraux**, Denis : 119n, 120n

- **Giscard d'Estaing**, Valéry : 163n, 449n, 496n

- **Giudicelli**, Julien : 283n, 284n

- **Godbout**, Jacques : 371n

- **Gohin**, Olivier : 86n, 215n

- **Golcuklu**, Feyyaz : 513n

- **Gonthier**, Charles Doherty : 168n

- **Gosnell**, Harold : 298n

- **Gounelle**, Max : 286n

- **Gouttes**, Régis (de) : 497n

- **Goyard-Fabre**, Simone : 197n, 388n, 410n, 425n

- **Gras**, Frédéric : 254n

- **Grass**, Etienne : 393n

- **Grassi**, Giuseppe : 285n

- **Grau**, Eros Roberto : 34n

- **Gret**, Marion : 315n

- **Grewe**, Constance : 42n, 590n, 592n

- **Gridel**, Jean-Pierre : 248n

- **Groensteen**, Thierry : 202n

- **Gros**, Dominique : 388n, 407n, 415n, 465n, 468n

- **Gros**, Frédéric : 548n, 551n

- **Grosclaude**, Laurence : 240n

- **Grunberg**, Gérard : 298n

- **Grzegorczyk**, Christophe : 404n, 627n, 630n

- **Guarnieri**, Carlo : 547n, 556n, 562

- **Guastini**, Ricardo : 402n, 586

- **Guellec**, Laurence : 267n

- **Guesde**, Jules : 244n

- **Guigue**, Alexandre : 40n

- **Guilhaumou**, Jacques : 35n, 76n

- **Guilhem**, Evelyne : 482n

- **Guillaume**, Marc : 224n

- **Guinchard**, Serge : 101n 550n

- **Guizot**, François : 25n, 211n, 233n, 348, 349n, 381

- **Guldner**, Erwin : 245n

- **Guyard**, Jacques : 130n

-H-

- **Haarscher**, Guy : 47n, 197n, 207n, 268n, 410n, 632n

- **Habermas**, Jürgen : 5, 7, 10, 11n, 12n, 16, 57, 58n, 62, 193, 194n, 195, 198n, 216, 226n, 272n, 279n, 295n, 300n, 304-307, 309, 311, 312n, 326, 335n, 408n, 412n, 414n, 415-417, 455

- **Hamilton**, Alexander : 365n, 500n

- **Hamon**, Francis : 276-279n, 284n, 463n

- **Hamon**, Leo : 221n, 384n, 478

- **Hart**, Herbert Lionel Adolphus : 231n, 244n, 416, 488n

- **Hauriou**, André : 82n, 113n, 121n

- **Hauriou**, Maurice : 25, 31, 49n, 81, 108, 113n, 122, 129n, 189n, 200, 216, 244, 245n, 257, 352, 360, 361, 363, 369, 377n, 426, 477, 611n, 621

- **Hautebert**, Joël : 516n

- **Hayat**, Samuel : 244n

- **Hayek**, Friedrich August (von) : 215n

- **Hayward**, Jack : 365n

- **Hecquard-Théron**, Maryvonne : 44n, 287n

- **Hegel**, Georg W. F. : 8n, 214n, 335n, 352

- **Heller**, Hermann : 29, 100, 161

- **Hennis**, William : 7n

- **Herault-Sechelles**, Jean-Marie : 323

- **Herrera**, Carlos-Miguel : 29n, 38n, 431n, 581n, 645n

- **Herz**, Ruth : 539n

- **Heurtin**, Jean-Philippe : 348-352n

- **Hirschman**, Albert : 275n

- **Hiscock-Lageot**, Céline : 200n

- **Hobbes**, Thomas : 51n, 301, 408n, 409n, 412n, 433, 564

- **Hollande**, François : 479n

- **Holmes**, Oliver W. : 22n, 201n, 211, 603n, 611n, 627n

- **Holmes**, Stephen : 10, 347n, 353n

- **Hoogaert**, Corinne : 631n

- **Hostiou**, René : 316n

- **Hottelier**, Michel : 283n

- **Houillon**, Philippe : 481n

- **Hourquebie**, Fabrice : 519n, 555n

- **Howard**, Dick : 570n

- **Hubrecht**, Hubert : 236n

- **Hulsman**, Louk : 638n

- **Hume**, David : 6n, 16

- **Hummel**, Jacky : 79n

- **Hutton**, Ingrid : 485

-I-

- **Iacobucci**, Frank : 181n

- **Idoux**, Pascale : 598n

- **Ihering**, Rudolf (von) : 547n

- **Ihl**, Olivier : 211n, 240n

-J-

- **Jackson**, Robert : 461, 462n, 611, 620

- **Jacob**, Robert : 555n

- **Jambrek**, Peter : 183

- **Jan**, Pascal : 145n, 176n, 187, 380n, 410n, 422n, 452n

- **Janowitz**, Morris : 300n, 364n

- **Jaspers**, Karl : 502n

- **Jaume**, Lucien : 4n, 9n, 17n, 28n, 65-75n, 82, 83n, 85n, 91n, 100n, 198n, 199n, 208n, 210, 251n, 267n, 269n, 295n, 301n, 343n, 365n, 386n, 389n, 407n, 429-436n, 438n, 440, 443n, 444n, 448n, 454n, 461n, 477n, 556n, 586n, 617n, 640n, 650n

- **Jeanneney**, Jean-Noël : 493n

- **Jeanneney**, Pierre-Alain : 163n

- **Jean-Pierre**, Didier : 215n

- **Jellinek**, Georg : 1, 16, 39, 100n, 196n, 296

- **Jestaz**, Philippe : 34n

- **Jobert**, Bruno : 329n

- **Johnson**, Andrew : 500

- **Joop**, Olivier : 446n

- **Josende**, Lauriane : 248n

- **Jospin**, Lionel : 473n, 485

- **Josserand**, Louis : 392n

- **Jouanjan**, Olivier : 23n, 31n, 40n, 79n, 323n, 573n, 590n, 592n, 593n, 597, 602n, 634, 636, 644n

- **Jowell**, Roger : 319n

- **Jungwiert**, Karel : 209n, 529n

- **Juppé**, Alain : 180n, 475n, 521, 557, 558n

-K-

- **Kalifa**, Dominique : 389n

- **Kant**, Emmanuel : 9n, 216n

- **Kantorowicz**, Ernst : 516n, 565

- **Karila-Cohen**, Pierre : 268n

- **Karpik**, Lucien : 514n, 553n, 567

- **Katz**, Elihu : 150n, 450n

- **Kaufmann**, Laurence : 312, 396n

- **Kaufmann**, Otto : 42n

- **Kellerhals**, Jean : 486n

- **Kelsen**, Hans : 30n, 37n, 49n, 84n, 87, 97n, 99, 100n, 101, 109, 112, 115, 129n, 308n, 338, 340, 364, 376-379, 383, 386, 414n, 574, 575, 579, 581, 582, 592, 593, 595n, 597, 600, 630n, 637n, 643n

- **Kerry**, John : 187n, 188n

- **Kimmel**, Adolf : 612n

- **Kitchener**, Horatio Herbert (dit Lord) : 142n

- **Klebes-Pelissier**, Anne : 255n

- **Koehl**, Eléonore : 322n

- **Koselleck**, Reinhardt : 9, 40n

- **Kovler**, Anatoly : 626

- **Kramer**, Larry : 621n

- **Krauthammer**, Charles : 563n

- **Krenc**, Frederic : 131n

- **Krieg**, Jean-François : 560n

- **Kriegel**, Blandine : 516, 517n

- **Krynen**, Jacques : 44n, 287n

- **Kuhn**, Thomas : 40n, 377n

- **Kuty**, Olgierd : 551n

-L-

- **Labayle**, Henri : 515n

- **Laboulaye**, Edouard : 438, 444n

- **La Bourdonnaye**, François-Régis (de) : 290

- **Lacchè**, Luigi : 447n, 511n, 640n

- **Lachapelle**, Guy : 168n

- **Lachaume**, Jean-François : 421n, 623

- **Lacroix**, Bernard : 405n

- **Lacroix**, Jean : 246

- **Lafaille**, Franck : 483n

- **Lafferrière,** Julien : 111n, 114, 115, 120n, 337n

- **Lagarde**, Xavier : 229n

- **Lagroye,** Jacques : 595n

- **Laignel**, André : 591

- **Lakrouf**, Slimane : 384n

- **Lambert**, Pierre : 538n

- **Lamberti**, Jean-Claude : 195n, 204n, 267n

- **Lamizet**, Bernard : 305n

- **Lamy**, Bertrand (de) : 134n

- **Lancelot**, Alain : 298n

- **Landi**, Sandro : 5n

- **Landowski**, Eric : 358n

- **Languin**, Noëlle : 486n

- **La Palombara**, Joseph : 88

- **Lapointe**, Alexis : 40n

- **Laquièze**, Alain : 1, 16n, 21n, 28n, 38, 39n, 47n, 77n, 85n, 86n, 291n, 370, 435n, 443n, 444, 454n, 479n, 486n, 578n

- **Larralde**, Jean-Manuel : 226n

- **Lascoumes**, Pierre : 300n, 326-328n, 396n

- **Lassale**, Jean-Pierre : 120n, 501n

- **Laufer**, Romain : 395n

- **Laugier**, Sandra : 413n

- **Lauvaux**, Philippe : 378n, 473n, 498-500n

- **Lavicomterie**, Louis : 351

- **Lavroff**, Dmitri : 78n

- **Lazarsfeld**, Paul : 150

- **Lawson**, Kay : 96n

- **Leader**, Sheldon : 618n

- **Le Bart**, Christian : 329n

- **Lebel**, Louis : 181n

- **Le Bon**, Gustave : 12, 13, 15n, 235n, 238, 240n

- **Lebreton**, Gilles : 245n, 257n, 259n

- **Le Chapelier**, Isaac : 287, 289

- **Leclerc**, Jacques : 334n

- **Le Coustumer**, Jean-Christophe : 201n

- **Lécuyer**, Guillaume : 247n

- **Le Divellec**, Armel : 363n, 471n, 472n

- **Leete**, Alfred : 142n

- **Lefebvre**, Rémi : 314n, 329n

- **Lefort**, Claude : 61, 336, 367n, 557n

- **Lefrançois**, David : 273n

- **Legendre**, Pierre : 502, 546n, 562n

- **Leisner**, Walter : 569n

- **Lemaire**, Félicien : 78n, 482n

- **Le Marc 'Hadour**, Tanguy : 233n, 579n

- **Le Mercier de la Rivière**, Sébastien : 69n

- **Lenoël**, Pierre : 396n

- **Lepage**, Agathe : 171n, 303n

- **Le Quang Sang**, Julie : 389n

- **Leroy**, Anne-Marie : 154

- **Leton**, André : 377n

- **Le Torrec**, Virginie : 356n

- **Leusse**, Jean-François (de) : 174n

- **Levasseur**, Alain : 614n

- **Lev-On**, Aziz : 304n

- **Levinet**, Michel : 52n, 183n, 250n, 259n

- **Leydet**, Dominique : 82n

- **L'Hospital**, Michel (de) : 559n

- **Libois**, Boris : 197n, 207n, 268n, 649n

- **Lienhard**, Claude : 212n

- **Lijphart**, Arendt : 377n, 378n

- **Linden**, Elisabeth : 536, 538n

- **Linguet**, Simon Nicolas Henri : 506n, 517

- **Lippmann**, Walter : 53, 324n

- **Lochak**, Danièle : 251n, 265, 405n, 415n, 459n, 629n

- **Locke**, John : 110, 338n, 434n, 455, 465n, 468n, 469n

- **Loizou**, Andréas : 183

- **Longuet**, Gérard : 489n

- **Lowell**, Abbott Lawrence : 17, 19, 20, 26, 44n, 96, 105, 116, 117n, 120, 275, 277n, 279, 282n, 284, 285n, 298n, 322, 327, 371, 462, 480

- **Luchaire**, François : 230n, 267n, 384n, 498n, 522n, 601n, 603

- **Luciani**, Massimo : 285n

- **Luhmann**, Niklas : 413, 414n

- **Luskin**, Robert : 319n

-M-

- **Mabileau**, Albert : 344n, 441n

- **Macaulay**, Stewart : 652n

- **Machelon**, Jean-Pierre : 475n, 537n

- **Machiavel**, Nicolas : 5n, 431, 455n

- **Mac Luhan**, Marshall : 651

- **Mac Mahon**, Patrice (de) : 501n

- **Madison**, James : 55n, 283n, 371n, 499n, 519n

- **Maestre**, Jean-Claude : 412n, 418n

- **Magnette,** Paul : 293n

- **Maillard Desgrées du Lou**, Dominique : 47n, 78n

- **Maine**, Henry : 19n

- **Maisl**, Herbert : 223n

- **Majza**, Béatrice : 87n

- **Malaret**, Elisenda : 222n, 224n

- **Malaurie**, Philippe : 405n

- **Malesherbes**, Chrétien-Guillaume de Lamoignon (de) : 9, 637n

- **Maligner**, Bernard : 147n, 154n, 155n, 160n, 179n, 181n, 188n

- **Mallet-Poujol**, Nathalie : 221n, 255n

- **Mamère**, Noël : 180n, 213n

- **Manent**, Pierre : 18n, 25n, 71n, 564n

- **Manin**, Bernard : 7n, 8n, 11, 21n, 29n, 56, 76n, 83n, 161n, 162, 191, 239, 298n, 300n, 302, 304n, 310n, 311, 322n, 368, 427n, 651

- **Mansfield**, Harvey C. Jr : 461n

- **Mansouri**, Amèle : 42n

- **Marcuse**, Herbert : 34n

- **Marguénaud**, Jean-Pierre : 213n, 221n, 541n

- **Mariot**, Nicolas : 12n

- **Marshall**, John : 605n, 618

- **Martens**, Paul : 259n, 263n, 527, 548n, 549n, 551n

- **Martin**, Gilles : 391n

- **Martin**, Michel-Louis : 444n

- **Martin**, Pierre : 377n, 466n

- **Marty**, Thomas : 372n

- **Marx**, Karl : 438

- **Mason**, George : 499n

- **Massieu**, Virginie : 596n

- **Masson**, Antoine : 212n

- **Mastor**, Wanda : 185n, 186n

- **Mathien**, Michel : 255n

- **Mathieu**, Bertrand : 42n, 72n, 203, 219- 221n, 228n, 229n, 259n, 261n, 319n, 385n, 386, 398n, 401n, 403n, 599n

- **Mathiot**, André : 73, 190, 108n, 114n, 117n, 185, 366n, 430n, 459n, 620n

- **Matutano**, Edwin : 391n

- **Mattei**, Jean-François : 482n

- **Maublanc**, Jean-Pierre : 401n

- **Maugüe**, Christine : 615n

- **Mauguin-Helgeson**, Murielle : 347n, 363n, 384n

- **Maulin**, Eric : 80n, 81n, 85n, 285n, 590n, 592n

- **Maurras**, Charles : 513n

- **Maus**, Didier : 86n, 496n, 595n, 596n

- **Mayer**, Daniel : 598

- **Mayer**, Nonna : 319n

- **Maza**, Sarah : 526n, 530n

- **Mazeaud**, Pierre : 395, 615

- **Mbongo**, Pascal : 102n, 165n, 167n, 214n, 247n, 258n, 263n, 268n, 291, 393, 394n, 514n, 542n, 543n

- **McCormick**, Neil : 617n, 625n

- **McIntyre**, William Rogers : 627

- **McLachlin**, Beverley : 617

- **Mead**, Margaret : 13n

- **Mehdi**, Rostane : 229n

- **Mekhantar**, Joel : 413n

- **Mélin-Soucramanien**, Ferdinand : 452n, 605n

- **Melkevik**, Bjarne : 309n, 328n, 367n, 409n

- **Mélonio**, Françoise : 204n

- **Menanteau**, Maurice : 235, 236n, 237n

- **Mendès-France**, Pierre : 450

- **Meny**, Yves : 119n, 179n, 257, 372n, 373n

- **Mercier**, Louis-Sébastien : 629

- **Mercuzot**, Benoît : 279n

- **Mesnard**, André-Hubert : 400n

- **Mestre**, Achille : 217n, 236

- **Meulders-Klein**, Marie-Thérèse : 246n

- **Meyer**, Michel : 311n, 632n

- **Miaille**, Michel : 39n, 406n

- **Michallet**, Isabelle : 315n

- **Michaud**, Yves : 522n

- **Michaut**, Françoise : 608n, 611n, 621n

- **Michel**, Valérie : 293n

- **Michelot**, Vincent : 186n

- **Michels**, Roberto : 87n, 92, 93, 95, 104n, 441n

- **Michoud**, Léon : 511n

- **Migaud**, Didier : 381n

- **Milacic**, Slobodan : 2n, 3n, 27n, 29n, 268, 299n, 300, 301n, 313n, 327n, 331, 332n, 339n, 414n, 418, 499n, 639, 641n, 646n

- **Milano**, Laure : 229n, 547n

- **Mill**, John Stuart : 8n, 22, 25n, 30n, 51, 168, 204, 211, 225, 244n, 251n, 268, 310n, 327n, 345, 346n, 347n, 357, 364n, 375, 376, 380n, 473n, 531n, 569n, 640

- **Millard**, Eric : 398n, 473n, 611n

- **Miller**, Henry : 254n

- **Mineur**, Didier : 82n, 89n, 372n, 375

- **Milton**, John : 168, 650n

- **Mirabeau**, Honoré (de) : 66n, 129n, 210, 211n, 434, 435n, 442, 443, 468n,

- **Mirkine-Guetzevitch**, Boris : 40n, 42, 284n, 285n

- **Mirman**, Léon : 373

- **Mitterrand**, François : 163n, 453n, 496n, 524n, 622

- **Moine-Dupuis**, Isabelle : 502n

- **Molfessis**, Nicolas : 391n, 577n, 588n, 630n

- **Mondon**, Denis : 547n

- **Mongin**, Olivier : 652n

- **Monière**, Denis : 303n

- **Monnier**, Raymonde : 35n, 76n, 110n, 289n, 351n, 414n

- **Monteillet**, Sylvain : 419n

- **Montesquieu** : 51, 77, 228, 272n, 337n, 338, 340n, 434n, 455, 519, 520n, 522n, 548, 639n

- **Monfort**, Jean-Yves : 514n

- **Moore**, Michael : 547n

- **Morand**, Charles-Albert : 229n, 389n, 392n, 405n

- **Morange**, Jean : 129n, 133n, 134, 140n, 199n, 205n, 261n

- **Moreau**, Jacques : 292

- **Moreau**, Pierre-Yves : 287n, 319n, 354n

- **Morelle**, Aquilino : 503n

- **Moro-Giafferi**, Vincent (de) : 514n

- **Mosca**, Gaetano : 92n

- **Moscovici**, Serge : 194n

- **Mounier**, Jean-Jospeh : 90

- **Mourgeon**, Jacques : 250n

- **Mourtada-Sabbah**, Nada : 466n, 612n

- **Mouton**, Stéphane : 42n, 45n, 278n, 563n

- **Moutouh**, Hugues : 2, 3n, 259n, 563n, 622n

- **Mouzet**, Pierre : 609n

- **M'Rad**, Hatem : 3n, 645n

- **Mucchielli**, Laurent : 13n

- **Muhlman**, Géraldine : 648n

- **Munck**, Jean (de) : 568n

- **Muzny**, Petr : 230n

-N-

- **Naim-Gesbert**, Eric : 325n

- **Natale**, Virginie : 52n

- **Necker**, Jacques : 9, 29, 58, 60, 267n, 350, 429, 506, 507n

- **Neveu**, Catherine : 329n

- **Noelle-Neumann**, Elisabeth : 299n

-O-

- **Oberdorff**, Henri : 171n

- **O'Connor**, Sandra : 187, 619

- **Oetheimer**, Mario : 128n, 146n, 263n

- **Olbrechts-Typeca**, Lucie : 127n, 311n, 631n

- **Ollivier-Yaniv**, Caroline : 188n

- **Olson**, Terry : 238, 239

- **Oraison**, André : 293n, 294

- **Orban**, Edmond : 614n

- **Orlando**, Victor-Emmanuel : 83n, 87n, 111,
115, 116n, 573n

- **Orucu**, Esin : 42n

- **Orwell**, George : 169n

- **Ost**, François : 34n, 38n, 39n, 310n, 311n, 313, 333n, 391, 417n, 546n, 603n

- **Ostrogorski**, Mosei : 93, 94, 103-105

- **Owen**, Bernard : 119n, 143n, 280n, 335n, 369n

- **Ozouf**, Mona : 6n, 9-11n, 59n, 70-72n, 312n

-P-

- **Pactet**, Pierre : 401n, 471n, 474n, 500n, 593n

- **Paine**, Thomas : 110n

- **Paoletti**, Marion : 278

- **Papadopoulos**, Ioannis : 206n, 282n, 323n, 547n

- **Paradeise**, Catherine : 395n

- **Pardini**, Jean-Jacques : 252n, 461n

- **Pariente**, Alain : 518n, 519n, 639n

- **Parodi**, Jean-Luc : 86n

- **Pasquino**, Pasquale : 7n, 8n, 29, 51n, 83n, 90n, 378, 455n, 461n, 515n, 580n

- **Patel**, Marylin Hall : 462n

- **Pauliat**, Hélène : 259n, 421n, 531n, 558n, 623

- **Pauvert**, Bertrand : 102n, 243n, 558n

- **Pavlov**, Ivan Petrovitch : 141n

- **Pécaut**, Daniel : 336n, 549n

- **Pech**, Laurent : 250n, 255n

- **Pech**, Thierry : 50n, 259n, 525n, 548n, 549n

- **Péchillon**, Eric : 202n

- **Péchu**, Cécile : 234n

- **Pederzoli**, Patricia : 547n, 556n

- **Peiser**, Gustave : 96n, 179n

- **Perelman**, Chaïm : 127n, 266n, 311, 525,
  628, 630, 631n, 632, 633n

- **Perraudeau**, Eric : 96n

- **Perrineau**, Pascal : 122n, 302n, 321n, 418n

- **Pertué**, Michel : 287n

- **Pétion**, Jérôme : 56, 67

- **Petit**, Philippe : 174n

- **Petot**, Jean : 639n

- **Peuchet**, Jacques : 193n, 628n, 645n

- **Peylet**, Roland : 329n

- **Peyrou-Pistouley**, Sylvie : 137n

- **Pfersmann**, Otto : 41n, 42n, 216, 404n, 610

- **Philip-Gay**, Mathilde : 284n, 293n

- **Pichoustre**, Dominique : 224n

- **Pierre**, Eugène : 128n, 473n, 479n, 483n

- **Pigeat**, Henri : 268n

- **Pimentel**, Carlos Miguel : 340n, 379n, 382,
  520n

- **Pinon**, Stéphane : 79n, 81n, 273n, 282n,
  373n, 588

- **Pinto**, Roger : 621n

- **Pires**, Alvaro : 488n, 493n

- **Pitkin**,Hanna : 115

- **Pizzorno**, Alessandro : 557n

- **Plantin**, Christian : 126n, 312n

- **Pleven**, René : 475n

- **Poher**, Alain : 163n

- **Polin**, Raymond : 413

- **Poncela**, Pierrette : 396n, 551n

- **Ponthoreau**, Marie-Claire : 173n, 381n, 440n, 449n, 476n, 478n

- **Pontier**, Jean-Marie : 226n, 268n, 364n, 390n, 391n, 650

- **Popper**, Karl : 8n, 40n, 51n, 215, 535n

- **Porret**, Michel : 6n, 199n

- **Portalis**, Jean-Étienne-Marie : 392, 399, 520n

- **Portelli**, Hugues : 453n

- **Posner**, Richard : 303n

- **Pound**, Roscoe : 611

- **Powell**, Lewis Franklin : 618n, 624

- **Prélot**, Marcel : 16n, 46

- **Prélot**, Pierre-Henri : 497n

- **Pressac**, Pierre (de) : 450n

- **Prétot**, Xavier : 496n

- **Preuss**, Hugo : 460n

- **Prévost-Paradol**, Anatole : 269n, 372n, 444n

- **Primoratz**, Igor : 547n

- **Protière**, Guillaume : 321n, 322n, 324n

- **Prunier**, Guy : 88n

- **Pufendorf**, Samuel (von): 420n

- **Puigelier**, Catherine : 227n, 628n, 633n

-Q-

- **Quanquin**, Hélène : 187n

- **Quermonne**, Jean-Louis : 436n, 449n

- **Quilès**, Paul : 482n, 483n

- **Quinty**, Danièle : 278n, 294n

-R-

- **Rabault**, Hugues : 414n

- **Ramel-Nogaret**, Dominique-Vincent : 69n

- **Rangeon**, François : 424n

- **Rappard**, William : 118n

- **Ravanas**, Jacques : 264n

- **Ravasi**, Viviana : 87n

- **Rawls**, John : 388n, 407n, 410-412

- **Raynal**, Guillaume Thomas François : 331n, 644n

- **Raynaud**, Philippe : 8n, 10n, 46n, 85n, 88n, 90, 333n, 337n, 359n, 376n, 388n, 433n, 469n, 569n, 576n, 604n

- **Redor**, Marie-Joëlle : 81n, 257n, 362n, 588n

- **Rehnquist**, William : 619

- **Renard-Biancotto**, Stéphanie : 292n

- **Renoux**, Thierry : 523n, 547n

- **Restier-Melleray**, Christine : 594n

- **Reynié**, Dominique : 4n, 7n, 8n, 13, 14n, 20, 29n, 122n, 196n, 232n, 235n, 237, 285n, 418

- **Rials**, Stéphane : 8n, 10n, 44n, 46n, 57n, 88n, 115n, 116n, 191n, 247n, 250n, 265, 266n, 281n, 294n, 337n, 359n, 388n, 404n, 433n, 441n, 448n, 449n, 451n, 469n, 504n, 516n, 576n, 602n, 611n, 638n, 652

- **Ricci**, Roland : 283n

- **Richard**, Marcel : 286n

- **Ricoeur**, Paul : 442, 551n, 570, 571n

- **Riera**, Ramiro : 547n

- **Rigaux**, François : 245, 264n, 603n

- **Rihal**, Hervé : 570n

- **Ripert**, Georges : 394n

- **Ritschard**, Gilbert : 486n

- **Rivero**, Jean : 24, 73n, 108n, 117n, 222n, 304, 305n, 308n, 365n, 389n, 426n, 430n

- **Robbe**, François : 27n, 120n, 141n, 145n, 150n, 179n, 278n, 283n, 284n, 293n, 295n, 314n, 315n, 318n, 475n, 497n, 501n

- **Robert**, Cécile : 37n, 312n

- **Robert**, François : 351

- **Robert**, Jacques : 111n, 234n, 356n, 456n, 464n, 523n, 571n

- **Robert**, Pierre : 309n, 409n

- **Robertson**, James : 357n

- **Robespierre**, Maximilien (de) : 65-70, 72, 287, 358, 558n

- **Rocher**, Guy : 414n, 431n

- **Roederer**, Pierre-Louis : 82n, 91, 233, 295, 296

- **Roets**, Damien : 534n

- **Rolland**, Patrice : 128n, 204n, 214n, 262n, 264n, 266, 289, 588n

- **Roman**, Diane : 260, 615n

- **Roman**, Joël : 547n, 569n

- **Rosanvallon**, Pierre : 32n, 50n, 82n, 85, 88n, 100n, 120n, 121, 152n, 188n, 244n, 287n, 304, 323n, 324n, 348n, 349n, 353, 367n, 372n, 373n, 375n, 380n, 384n, 385n, 396n, 491n, 553, 557, 583n, 585n, 588, 647n

- **Rosen**, Frederick : 478n

- **Rosenfeld**, Michel : 207n, 209-211n

- **Rossetto**, Jean : 491n

- **Rossi**, Pellegrino : 119, 286n, 343, 349n, 463n

- **Rousseau**, Dominique : 3, 45n, 51, 111n, 191, 274n, 299n, 300, 307n, 391n, 470n, 522n, 558n, 575n, 577, 582n, 583n, 585n, 586n, 587-589, 593n, 598n, 599-601, 602n, 616n, 623n, 625, 631, 635n, 650, 651n

- **Rousseau**, Jean-Jacques : 42n, 57-64, 67, 85, 167n, 183n 199n, 219n, 252, 272, 281n, 288n, 290n, 343, 358, 363, 392, 399n, 408, 409, 429, 430, 470, 474n, 494n, 498n, 501n, 550n, 551n, 598n

- **Roussin**, Michel : 489n

- **Rouvillois**, Frédéric : 86n, 87n, 92n, 102n, 369n, 431n, 446n

- **Roux**, André : 102n, 595n, 596n

- **Roux**, Jérôme : 475n

- **Royer**, Jean-Pierre : 518n

- **Royer-Collard**, Pierre-Paul : 24, 233n, 291n, 357n,

- **Rudelle**, Odile : 65n

- **Ruffieux**, Roland : 331n, 645n

- **Russo**, Carlo : 513n

-S-

- **Sabete**, Wagdi : 400n, 403n

- **Saboureault**, Didier : 559n

- **Sacriste**, Guillaume : 43n

- **Sadoun**, Marc : 105n, 324n, 346n, 372n, 373n, 382n, 432n, 436n, 438-442n, 648n

- **Sadran**, Pierre : 327n, 329n, 332n

- **Sadurski**, Wojciech : 379n

- **Saez**, Guy : 91n, 330

- **Saint-Bonnet**, François : 454, 455n, 459n, 460n, 463n, 464, 465n, 467n, 468, 469n

- **Sainteny**, Guillaume : 150n

- **Saint Just**, Louis Antoine (de) : 566n

- **Saint-Simon** : 564

- **Salas**, Denis : 167n, 419n, 431n, 466n, 513n, 515n, 518, 520n, 525n, 545n, 546n, 553n, 555n, 556, 557n, 560n, 565n, 600n, 637n, 638n

- **Saleilles**, Raymond : 374

- **Sales**, Éric : 622n

- **Sardi**, Massimo : 486n

- **Sarkozy**, Nicolas : 182n, 496n, 522n

- **Sartori**, Giovanni : 328n, 510n, 556, 647

- **Saulnier-Cassia**, Emmanuelle : 258n

- **Savatier**, René : 392n

- **Scalia**, Antonin : 604n, 614n

- **Scanvic**, Frédéric : 164n

- **Schattschneider**, Elmer Eric : 463n

- **Schmitt**, Carl : 15, 25n, 27, 28, 31, 48, 50, 53n, 56n, 87n, 98, 99, 104, 115n, 129n, 239n, 240n, 271n, 301, 302, 310n, 344, 349, 359, 431, 442, 458, 460, 461n, 493, 510n, 570, 635

- **Schnapper**, Dominique : 74, 300n

- **Schoettl**, Jean-Eric : 143n, 153n, 169n, 180n, 232n, 396n, 399n

- **Schrameck**, Olivier : 173n, 599n

- **Schumann**, Maurice : 475n

- **Schumpeter**, Joseph Aloïs : 52n, 314n, 563n

- **Scoffoni**, Guy : 120n, 225n, 255n, 283n, 284n, 466n, 613n, 620n

- **Sébastian**, Javier Fernandez : 6n, 9n, 55n, 57n, 76n, 81n, 233n, 267n

- **Ségur**, Philippe : 48n, 453n, 471n, 473n, 476n, 478n, 503n, 564n

- **Seiler**, Daniel-Louis : 88n

- **Serna**, Pierre : 635n

- **Serrand**, Pierre : 238n

- **Serverin**, Évelyne : 617n

- **Seurin**, Jean-Louis : 405n

- **Sfez**, Lucien : 14n, 226n, 441n, 448, 449n, 453

- **Sidjanski**, Dusan : 283

- **Sieyes**, Emmanuel-Joseph: 57, 74, 75n, 76, 82, 353, 355, 359, 363, 434, 435, 647

- **Simon**, Denys : 515n

- **Sintomer**, Yves : 305n, 313, 314n, 315n, 322n, 324n, 331n, 336n, 414n

- **Sismondi**, Léonard Sismonde (de) : 588n

- **Skinner**, Quentin : 40n

- **Slama**, Alain-Gérard : 649n

- **Smend**, Rudolf : 10, 41, 590, 591n, 648

- **Smith**, Adam : 17n, 21n, 309n

- **Sniderman**, Paul : 4n

- **Soboul**, Albert : 287n

- **Soltan**, Karol Edward : 304n

- **Sommaco**, Valérie : 384n

- **Sonnleiter**, Willibald : 187n

- **Soria**, Carlos : 212n

- **Sorj**, Bernardo : 336n, 649n

- **Sorlin**, Pierre : 11n

- **Soulez-Larivière**, Daniel : 197n

- **Sourioux**, Jean-Louis : 392n

- **Sousa Santos**, Boaventura (de) : 652n

- **Souter**, David : 619, 620

- **Spitz**, Jean-Fabien : 409n

- **Stevens**, John Paul : 145n, 177, 187, 619

- **Stirn**, Bernard : 139n, 160n

- **Stoetzel**, Jean : 33, 163n, 235

- **Stone**, Alec : 630n

- **Strauss-Kahn**, Dominique : 489n

- **Sudre**, Frédéric : 242n, 250n, 515n, 532n

- **Sunstein**, Cass : 366n

- **Supiot**, Alain : 650n

-T-

- **Tabaka**, Benoît : 171n

- **Tackett**, Timothy : 57n, 354

- **Taillon**, Patrick : 277n

- **Tallon**, Denis : 115n

- **Talpin**, Julien : 327n

- **Taney**, Roger Brooke : 604n, 605

- **Tapie**, Bernard : 489n

- **Tarde**, Gabriel : 11-14, 15n, 17n, 235, 237, 239, 276n, 535

- **Tavernier**, Paul : 253n

- **Tavieaux-Moro**, Nicolas : 136n

- **Tchakhotine**, Serge : 141n

- **Teitgen**, Pierre-Henri : 245n, 518n

- **Temple**, William : 6n

- **Tercinet**, Marcel-René : 236n

- **Terneyre**, Philippe : 548n

- **Terrier**, Jean : 352n

- **Testu**, François Xavier : 569n, 570n

- **Teubner**, Gustave : 621n

- **Tiefenbrun**, Susan : 388n

- **Thiers**, Adolphe : 195n, 429n, 473n

- **Thirion**, Didier : 70

- **Thoma**, Richard : 645n

- **Thoreau**, Henry-David : 387n, 413n

- **Thoveron**, Gabriel : 149n

- **Tocqueville**, Alexis (de) : 17n, 18n, 94, 204, 208n, 210, 226, 267, 268, 310n, 323n, 365n, 371, 392, 439, 440, 470n, 539, 551n, 554, 578n, 640, 643, 648

- **Touvet**, Laurent : 88n

- **Touzet**, Alexandre : 155n, 380n

- **Trémeau**, Jérôme : 421n

- **Tribe**, Lawrence : 473n

- **Tronchin**, Jean-Robert : 199n

- **Troper**, Michel : 18n, 38, 40n, 46n, 48n, 80n, 85n, 113, 197n, 210n, 214n, 337n, 338, 339n, 365n, 376n, 379n, 417n, 432, 435n, 451-453n, 460n, 461n, 463n, 472n, 490n, 496n, 509n, 520, 549n, 581n, 582n, 583, 584, 586n, 587n, 590n, 603n, 608, 612n, 613n, 617n, 624, 627, 629, 630, 632n, 633n

- **Trotabas**, Louis : 1n, 24n, 205n, 274n

- **Truman**, David : 365n

- **Tulkens**, François : 546n

- **Turchetti**, Mario : 566n

- **Turenne**, Sophie : 388n

- **Turpin**, Dominique : 109n, 438n, 513n, 516n, 518n

- **Tusseau**, Guillaume : 23n, 29n, 304n, 477n, 478, 505n

- **Tzitzis**, Stamatios : 421n

-U-

- **Urfalino**, Pierre : 312n

-V-

- **Valadier**, Paul : 268n

- **Valembois**, Anne-Laure : 228n, 229n

- **Vallemont**, Serge : 317n

- **Vallet**, Elisabeth : 473n, 480n, 481n, 483- 486n

- **Valticos**, Nicolas : 513n

- **Van Compernolle**, Jacques : 551n

- **Van de Kerchove**, Michel : 34n, 38n, 39n, 310, 311n, 313, 405n, 147n, 525n, 638n

- **Vander Elst**, Raymond : 266n, 525n

- **Van Drooghenbroeck**, Sébastien : 214n, 333n, 546n

- **Van Hoecke**, Mark : 230n, 603n

- **Varela Suanzes-Carpegna**, Joaquin : 40n

- **Varga**, Csaba : 39n

- **Vaublanc**, (Vincent-Marie Vienot, Comte de) : 479

- **Vedel**, Georges : 26, 31n, 43n, 44n, 45, 56n, 73n, 86, 96, 103, 105, 106, 108n, 109n, 117n, 123, 125n, 189n, 300n, 340n, 364, 370n, 378, 395, 426, 429n, 430n, 448, 461, 471n, 480n, 483, 517n, 573, 580, 581n, 596, 597n, 598n, 600n, 601n, 607, 634n, 646, 648n

- **Vedel**, Thierry : 297n, 302n, 303n

- **Verdier**, Marie-France : 331n, 446n

- **Verdussen**, Marc : 177n, 533n

- **Vérin**, Jacques : 537n

- **Verpeaux**, Michel : 42n, 167n, 183n, 199n, 219n, 281n, 288n, 290n, 399n, 434n, 474n, 494n, 498n, 501n, 550n, 551n, 598n

- **Veysman**, Nicolas : 7n, 59, 211n, 325n

- **Vial**, Eric : 240n,

- **Viala**, Alexandre : 40n, 594n, 609n

- **Vialle**, Pierre : 613n

- **Viandier**, Alain : 389

- **Viansson-Ponté**, Pierre : 463n

- **Videlin**, Jean-Christophe : 481n, 482n

- **Viguier**, Jacques : 222n, 256n, 277n, 464n

- **Vilain**, Jean-Paul : 554n, 563, 566n

- **Villa**, Vittorio : 36n

- **Villepin**, Dominique (de) : 449n, 492n

- **Vincent**, François : 238n

- **Vincent**, Jean-Yves : 281n, 588n

- **Viola**, André : 278n

- **Virilio**, Paul : 152

- **Vital-Durand**, Emmanuel : 180n

- **Vitrolles**, (Eugène-François-Auguste d'Arnaud, Baron de) : 122n, 472n

- **Voisset**, Michèle : 459n, 462n

- **Voltaire**, (François Marie Alouet dit) : 191n, 199n, 211n, 232

- **Von Holtzendorff**, Franz : 19n

- **Von Mohl**, Robert : 471n

- **Von Rotteck**, Karl : 23n, 79n, 644

- **Von Walter**, André : 260n

-W-

- **Wachsmann**, Patrick : 45n, 80n, 127n, 202n, 215n, 221n, 232n, 264n, 295n, 468n, 469n, 590n, 592n

- **Wahl**, Nicholas : 449n

- **Wahnich**, Sophie : 346n, 358n

- **Waline**, Marcel : 575n

- **Walzer**, Michael : 476n

- **Warren**, Earl : 161n, 177

- **Washington**, George : 606

- **Waterlot**, Ghislain : 240n

- **Weber**, Max :

- **Weidenfeld**, Katia : 257n409, 431n, 441n, 449, 495

- **Weil**, Prosper : 265

- **Weiner**, Myron : 88

- **Welles**, Orson : 643n

- **Wiener,** Céline : 223n

- **Wilson**, Franck L. : 365n

- **Wilson**, Woodrow : 360n

- **Witkowski**, Didier : 394n

- **Woehrling**, Jean-Marie : 223n

- **Wolton**, Dominique : 329n, 649n

- **Wroblewski**, Jerzy : 403n

- **Wrona**, Adeline : 13n

-Z-

- **Zagrebelsky**, Gustavo : 42n, 601n, 607n, 610

- **Zarka**, Jean-Claude : 390n, 399n, 494n

- **Zarka**, Yves Charles : 66n, 70n, 539n, 649n

- **Zask**, Joëlle : 15n

- **Zawadzki**, Paul : 268n

- **Ziembinski**, Zygmunt : 394n

- **Zogg**, Serge : 284n

- **Zoller**, Elisabeth : 161n, 177n, 186n, 333n, 366, 371n, 462n, 466n, 499-501n, 519n, 604n, 605n, 618n, 619n, 620, 629n

- **Zupancic**, Bostjan : 550

Index Analytique

[Les chiffres se réfèrent aux numéros de pages de l'exemplaire papier.]

- A -

- Accès aux documents administratifs : 222 et s.

- Amendement (droit d') : 393 et s.

- C -

- Censure :

- voir Liberté d'expression
- Autocensure : 214 et s., 268
- Droit de représentation : 62 et s.

- Citoyenneté : 74, 223, 287, 295, 303, 408, 537, 546, 566

- Clarté :

- Loi : 229 et s., 361, 372, 386, 395, 401
- Théorie de l'acte clair : 230, 232n, 451

- Consensus : 19, 27 et s.,85, 193, 268, 305, 313, 319 et s.,377, 378, 412, 417, 566, 611 et s., 646

- Constitution :

- Conventions de la Constitution : 475n, 617
- Constitution vivante : 619 et s.

- Constitutionnalisme : 10, 16, 46, 48, 336, 470, 475, 495, 574, 645

- Criminalisation du droit public : 570

- D -

- Délibération :

- Débat public : 315 et s.
- Délibération parlementaire : 348 et s, 358 et s.
- Démocratie délibérative : 306 et s.

- Désobéissance civile : 388, 406 et s.

- Dignité : 259 et s., 552

- Dissolution :

- Dissolution des Assemblées parlementaires : 26, 434, 442 et s., 495, 501
- Dissolution des partis politiques : 112, 178, 626

- Doctrinaires : 76n, 90, 208n, 239, 243, 261, 349n

- Droit propriété : 421, 469, 622

- Droit de résistance à l'oppression : 410, 464, 467

- E –

- Esprit public : 14, 15, 65, 71, 93, 94, 96, 235, 288, 295, 651, 426, 454

- F -

- Foule : 11 et s., 53, 100, 235 et s., 282, 375

- G -

- Groupes de pression :

- Campagnes électorales (et) : 26, 177, 182 et s., 283

- Processus législatif (et): 364 et s.

- I-

- Immunité : 128 et s., 497 et s., 635

- Internet :

- Droit électoral (et) : 153, 165, 170
- Démocratie électronique : 302 et s.

- Interprétation :

- Originaliste : 614 et s.
- Théorie réaliste de l'interprétation : 201n, 452, 499, 582n, 633n

- J –

- Jacobins : 58, 65 et s., 288, 647

- Jury :

- Jury populaire : 70, 121, 321 et s.
- Jury de droit commun : 251, 322

- L –

- Légitimité : 12, 20, 85, 218, 305, 307, 310, 330, 340, 371, 395, 414 et s., 555 et s.

- Liberté des Anciens et des Modernes : 47n, 126n, 273, 299n, 644, 646

- Liberté d'association : 45, 71, 101, 107, 178, 187, 242, 243, 334, 556

- Liberté d'expression : 14, 24, 45, 126 et s., 152, 161, 163, 166, 168, 176, 182, 196 et s., 33, 528, 536, 590, 620, 635, 648, 650

- Liberté de manifestation : 76n, 233 et s., 240, 242, 243

- Liberté de réunion : 107, 178, 234, 235, 241, 242, 334

- Loi :

- Normativité de la loi : 388 et s.
- Désobéir à (voir Désobéissance civile) :

- M -

- Magistrat :

- Impartialité : 531 et s., 558
- Responsabilité : 558 et s.

- Mandat impératif : 68, 82, 110 et s., 324, 358, 373

- Moralité publique : 245, 252 et s., 352, 628

- O -

- Obscénité : 251, 254, 261, 627

- Opposition parlementaire : 368, 379 et s., 595

- P -

- Partis politiques :

- Critique des partis politiques : 89 et s.
- Financement des partis politiques : 142, 174 et s., 557
- Rôle des partis politiques en démocratie : 97 et s.
- Voir Dissolution des partis politiques :

-Pétition : 121, 286 et s., 344

-Physiocrates : 3, 69, 312, 353n

- Pluralisme : 22, 71, 89, 97, 102, 103 et s., 140, 151, 154, 161, 175, 197 et s., 227, 266, 320, 363, 368, 371, 380, 409, 496, 511, 551, 578, 580, 588, 593, 626, 645

- Publicité :

- Publicité commerciale en matière politique : 142, 149, 151, 158 et s., 187, 189
- Principe de publicité : 8, 31, 42, 196, 148 et s., 382, 484, 531, 597, 600

- R -

- Recall : 119 et s., 298

- Référendum : 26, 114, 120, 156, 164, 275 et s., 298, 373, 442, 495

- Rhétorique : 55, 96, 114, 126, 312, 393, 511, 607, 629 et s.

- Responsabilité des gouvernants :

- Civique : 502 et s.
- Pénale : 69n, 134n, 392, 452, 472n, 475, 487 et s., 563n, 565n, 568n
- Politique : 30, 95, 382, 419, 430, 448, 470 et s., 513, 556, 567, 570

- S -

- Sincérité :

- du débat parlementaire : 361, 386
- du scrutin : 125, 141, 144, 147, 155, 158, 162, 166, 270, 361

- Sondages :

- Critique (des) : 3 et s.,
- Délibératifs : 297 et s.
- Electoraux : 162 et s.

- Standards : 254, 256, 614n, 628

- T –

- Télévision : 53n, 151 et s., 208n, 356, 449, 481, 537 et s., 652

- Transparence : 2, 101, 125, 134, 174, 176, 183, 191, 197, 209, 216 et s., 311, 317, 526, 531, 536, 538, 649

- Tribunal de l'opinion publique : 10, 14, 29, 31, 40, 46, 94, 121, 216, 219, 223, 227, 232, 304, 336, 351, 382, 469, 471, 473, 477, 505, 507, 511, 588, 590, 601, 625, 635, 639, 640, 647

- Tyrannie de l'opinion : 94, 204n, 268, 539, 606, 649

- V -

- Vérité : 8, 10, 21, 24, 25, 51, 63, 134, 177, 197, 210 et s., 306, 352, 353, 359, 398, 491, 548, 602, 636, 639, 645

- Vie privée (droit au respect de la) : 134, 220, 224, 246 et s.

- Volonté générale : 49, 51, 56, 57, 61 et s., 75, 85, 87, 98 et s., 288, 300, 302, 343, 344, 358, 367, 379, 387 et s., 396, 400, 408, 433, 557, 580, 584 et s., 646