



N° d'ordre NNT : 2021LYSE3016

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON
opérée au sein de

L'Université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale n° 492

Discipline de doctorat :
Droit public

Soutenue publiquement le 13 Janvier 2021, par :
Aïda MANOUGUIAN

**La juridictionnalisation du droit
constitutionnel français.
Étude d'un phénomène doctrinal**

Devant le jury composé de :

Mme **Wanda MASTOR**, Professeur des universités, Université Toulouse I Capitole,
Rapporteur

M. **Bruno DAUGERON**, Professeur des universités, Université Paris V Descartes,
Rapporteur

M. **David MONGOIN**, Professeur des universités, Université Jean Moulin Lyon III

M. **François SAINT-BONNET**, Professeur des universités, Université Paris II Panthéon-Assas

M. **Alexandre VIALA**, Professeur des universités, Université de Montpellier

M. **Philippe BLACHÈRE**, Professeur des universités, Université Jean Moulin Lyon III,
Directeur de thèse

À Léone, ma chère grand-mère

Pour mes bien-aimés parents

REMERCIEMENTS

Arrivée au terme de ce travail de recherche, il me tient à cœur d'adresser de sincères remerciements :

À M. le Professeur Philippe Blachèr, pour la confiance qu'il m'a accordée en acceptant de diriger cette thèse. Avec toute l'humanité et l'honnêteté intellectuelle qui le singularisent, il a toujours veillé à préserver la liberté scientifique à laquelle il me sait tant attachée et à m'encourager à aller au bout de mes idées. Mais, semblable à un Contre-monde, il n'a également eu de cesse de m'inciter à observer une distance avec mes propres présupposés, qu'il s'employait à éprouver. Qu'il soit assuré de ma fidèle reconnaissance.

À Madame le Professeur Wanda Mastor et Messieurs les Professeurs Bruno Daugeron, David Mongoin, François Saint-Bonnet et Alexandre Viala, qui me font l'honneur de prendre part à la soutenance de cette thèse.

À Monsieur le Professeur Stéphane Caporal, qui fut le premier guide de mes travaux de recherche en Master 2.

Aux professeurs de l'Université Jean Moulin Lyon 3 sous la direction desquels j'ai eu le privilège et la joie d'enseigner.

À tous les professeurs qui m'ont accordé de leur temps pour discuter de ce travail et dont les échanges exaltants ont enrichi mes réflexions. À ceux, en particulier, qui m'ont appris que la quête de la vérité ne vise pas à formuler des certitudes mais, bien souvent, à tenter de poser les bonnes questions et réinterroger, derrière l'apparente continuité des mots, les représentations du réel.

À Raphaël Robert et Jean-Pierre Rouanet, agents administratifs de la Bibliothèque Universitaire de l'Université Jean Moulin Lyon 3, pour leur constante gentillesse.

À Grégory Bligh, dont l'amitié et la bienveillance ont été décisives, singulièrement lorsqu'elles consistaient, durant ces innombrables débats dont on ne comptait pas les heures, à briser mes certitudes à coups de marteau.

À ceux qui m'ont fait l'amitié de relire avec soin certains passages de ce travail : À Mohesh Balnath, Grégory Bligh, Alexis Fourmont et Benjamin Morel pour leurs précieux conseils ; À Émilie Barbin, Guilhem Baldy, Hugo Devillers et Benjamin Lecoq pour leurs bons soins jusque dans les derniers jours.

À mes amis exceptionnels, qui n'auront aucun mal à se reconnaître, pour la constance de leurs encouragements durant cette aventure intellectuelle si singulière, à laquelle ils ont donné tant d'humanité. J'adresse des remerciements particuliers à deux de mes fidèles amis qui ont rendu ces années inoubliables : À Hugo Devillers, auprès de qui les doutes se transforment toujours en espérances ; À Benjamin Lecoq, auprès de qui la vie est un voyage dans le temps.

À Sophie Lachassagne, mon irremplaçable marraine de cœur qui, depuis l'enfance, m'a toujours soutenue jusque dans mes extravagances.

À mes chers parents, enfin, qui m'ont appris que le savoir est la condition de la liberté. Ils ignorent tout ce que je leur dois ; puissent-ils un jour le mesurer. En attendant, cette thèse leur est dédiée.

ABRÉVIATIONS ÉDITORIALES

AFDA	Association française de droit administratif
AJDA	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
APD	<i>Archives de philosophie du droit</i>
CCC	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
CURAPP	Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie
JCP G	<i>Juris Classeur Périodique, Édition générale</i>
JORF	<i>Journal Officiel de la République française</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	<i>Les petites affiches</i>
NCCC	<i>Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RDA	Revue de droit d'Assas
RDLF	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
Rec.	<i>Recueil Lebon</i>
RFAP	<i>Revue française d'administration publique</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
RFFP	<i>Revue française de finances publiques</i>
RFHIP	<i>Revue française d'histoire des idées politiques</i>
RFSP	<i>Revue française de science politique</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RIEJ	<i>Revue interdisciplinaire d'études juridiques</i>
RRJ-Droit prospectif	<i>Revue de la recherche juridique. Droit prospectif</i>
RTD Civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>

« Tornate all'antico e sarà un progresso. »

Giuseppe Verdi

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	5
ABRÉVIATIONS ÉDITORIALES.....	7
INTRODUCTION GÉNÉRALE	13
PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION DU PHÉNOMÈNE DOCTRINAL DE JURIDICTIONNALISATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL.....	57
Titre 1 : Les origines du phénomène	59
Chapitre 1 : Les prémices du phénomène : la juridictionnalisation au miroir des prétentions parlementaires de l'ancienne France.....	61
Chapitre 2 : Le refoulement continu du phénomène : généalogie d'une controverse doctrinale.....	121
Titre 2 : L'affirmation contemporaine du phénomène	165
Chapitre 1 : La déconstruction des présupposés du phénomène	169
Chapitre 2 : La reconstruction des manifestations théoriques du phénomène	221
SECONDE PARTIE : LES EFFETS DU PHÉNOMÈNE DOCTRINAL DE JURIDICTIONNALISATION SUR LES REPRÉSENTATIONS DU DROIT CONSTITUTIONNEL.....	263
Titre 1 : La transformation du statut épistémologique du droit constitutionnel.....	265
Chapitre 1 : La justice politique comme objet du droit constitutionnel.....	269
Chapitre 2 : Le droit politique comme approche renouvelée de la justice constitutionnelle	335
Titre 2 : La transformation des théories de légitimation du pouvoir	401
Chapitre 1 : Le renouvellement des théories constitutionnelles classiques	405
Chapitre 2 : Le renouvellement des paradigmes démocratiques	469
CONCLUSION GÉNÉRALE	539
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES	545
INDEX THÉMATIQUE	643

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Rien, il n'y a rien de certain que le néant de tout ce que je comprends et la grandeur de quelque chose d'incompréhensible mais d'essentiel »¹.

1. « Qu'une science s'attarde à dissertar assez longuement et péniblement de sa méthode, cela n'est pas l'indice d'un état très favorable ni de progrès très assurés. [...] Et lorsque c'est l'objet d'une science lui-même et plus encore d'un groupe de sciences connexes, qui donne lieu à discussions prolongées, cela ne révèle-t-il pas des assises plutôt fragiles ? »². Soucieuse et désenchantée, la réflexion que formule Charles Eisenmann au milieu du XX^e siècle à l'égard des sciences politiques pouvait aisément être transposée, à la même époque, au droit constitutionnel. Celui-ci se voyait en effet tout à la fois négligé par une science politique qui privilégiait l'étude des faits politiques au détriment des règles juridiques que par une doctrine juridique qui faisait de la sanction juridictionnelle le critère de la juridicité. Puis, dans cette atmosphère doctrinale nuageuse, vint la justice constitutionnelle. La décision du 16 juillet 1971, par laquelle le Conseil constitutionnel élargit son contrôle au Préambule de la Constitution³, éclaircira alors l'horizon du droit constitutionnel, avant que l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité le 1er mars 2010 ne le rende durablement radieux. Les dithyrambes n'ont pas manqué à la célébration de cette renaissance : « renouveau du droit constitutionnel »⁴, « changement de nature du droit constitutionnel »⁵, « résurrection de la

¹ L. TOLSTOÏ, *La Guerre et la Paix*, Tome 1, Gallimard, coll. « Folio classique », 1972, Livre I, 3^e partie, XIX, p. 482.

² C. EISENMANN, « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques » in *La science politique contemporaine. Contribution à la recherche, la méthode et l'enseignement*, Paris, UNESCO, 1950, rééd. in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2002, p. 237.

³ Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, *JORF* du 18 juillet 1971, p. 7114 ; J. RIVERO, « Note sous la décision du 16 juillet 1971 », *AJDA*, 1971, p. 537.

⁴ *Renouveau du Droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*. Paris, Dalloz, 2007 ; F. DELPÉRIÉ, « Le renouveau du droit constitutionnel », *RFDC*, n° 74, 2008, p. 227.

⁵ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 71.

notion de Constitution »⁶ ou encore « résurrection » de la discipline »⁷ ; le droit constitutionnel a subi un bouleversement fulgurant, qu'une majorité de la doctrine présente comme un « progrès » qu'il serait fort malvenu de contester⁸. Dans ces circonstances, rien ne semble plus étranger à la situation du droit constitutionnel au début du XXI^e siècle que le constat formulé par Charles Eisenmann. L'épanouissement de la dimension contentieuse du droit constitutionnel, à tel point établie dans le paysage doctrinal que « le droit constitutionnel *jurisprudenciel* est devenu l'objet ordinaire et naturel du constitutionnaliste »⁹, a en effet provoqué un « réveil dogmatique de la science du droit constitutionnel »¹⁰. Originellement vilipendé par une doctrine attachée à la souveraineté parlementaire, le Conseil constitutionnel est désormais porté au pinacle du temple constitutionnel. Déjà en 1980, la violente diatribe de René de Lacharrière à son encontre constituait une « opinion dissidente »¹¹. Cette métamorphose du droit constitutionnel étant désormais considérée « comme un état d'achèvement, une sorte de parousie »¹², il semblerait vain d'épiloguer davantage sur la situation de la discipline.

2. Cet optimisme doctrinal soulève toutefois deux objections. D'abord, l'exaltation du sentiment de justice qui sous-tend l'engouement que manifeste une partie de la doctrine pour le juge constitutionnel – réputé, par sa fonction même, préservé de « l'impureté » de la politique – ne saurait être présentée comme un « progrès ». Certes, le juge sature désormais l'horizon social, juridique et politique, apparaissant comme la figure tutélaire d'une société fermement attachée à l'État de droit. Pourtant, le « progrès » décrit célèbre bien plutôt le retour

⁶ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5. L'auteur évoquera également par la suite un « renouveau de l'idée de constitution » (D. ROUSSEAU, « Les constitutionnalistes, les politistes et le "renouveau" de l'idée de constitution » in CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 40), ou encore un « nouvel horizon du droit constitutionnel » (D. ROUSSEAU, « Le nouvel horizon du droit constitutionnel ? » in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, op. cit., p. 887).

⁷ C. GREWE, « L'actualité du droit constitutionnel ou la résurrection d'une discipline juridique » in *Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 85.

⁸ J.-M. DENQUIN, « Éléments pour une théorie constitutionnelle », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle série, n° 8, 2006, p. 104.

⁹ O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 6 [en ligne].

¹⁰ A. VIALA, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline » in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 524.

¹¹ R. DE LACHARRIÈRE, « Opinion dissidente », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 141.

¹² F. SAINT-BONNET, « Le Conseil d'État, juge constitutionnel. Une propédeutique administrativiste pour le nouveau droit constitutionnel » in G. BIGOT, M. BOUVET (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, coll. « Colloques & débats », 2006, p. 302. Dans un sens similaire, s'agissant plus spécifiquement des conséquences de cette place désormais prépondérante du juge, Bruno Daugeron évoque « l'avènement d'une "démocratie des droits" qu'il est de bon ton de souhaiter telle une nouvelle parousie », B. DAUGERON, « De la démocratie aux droits fondamentaux : transition ou substitution ? », *Politeia*, n° 30, 2016, p. 243.

à des temps fort reculés : de l'antiquité préchrétienne à la France médiévale, la justice est un idéal hautement révérend. Enracinée dans une pensée originellement religieuse, elle fut longtemps associée à l'accomplissement du bien commun, lui-même consubstantiel à une conscience de Dieu. Dans l'Ancien Testament, les premiers rois, à l'image de Salomon, se présentent en effet avant tout comme des juges appliquant, sans la transformer, la volonté divine. Sous l'ancienne France, s'étant réapproprié l'idéal de justice de l'Antiquité – associé au platonisme et à l'aristotélisme – et de la chrétienté, la justice se comprend comme une finalité transcendante qui, comme telle, ne saurait être concédée à la volonté humaine. Aussi le jugement divin s'exprime-t-il par l'intermédiaire du Roi, « prince justicier » à l'image de Saint Louis rendant la justice sous le chêne de Vincennes¹³. Certes « toujours retenue en son principe », la justice royale est toutefois durant le régime ancien « “déléguée” à des officiers de justice »¹⁴. À partir du XIII^e siècle, elle contribuera à la construction de l'« État de justice »¹⁵, auquel l'assomption de l'État législateur – engagée au XVI^e siècle et consommée par la Révolution française – mettra fin¹⁶. La place prépondérante prise par le juge à l'époque contemporaine ne peut dès lors s'analyser comme une avancée de la modernité puisque, précisément, elle marque le retour à une conception ancienne : la juridictionnalisation du droit constitutionnel, dans son principe même, est *antimoderne*. À l'époque contemporaine, la justice ne se décrit toutefois plus comme un idéal, ni comme une vertu, mais comme une fonction étatique, une institution chargée d'accomplir un service public : le juge *dit le droit* bien plus qu'il ne *rend justice*. En droit constitutionnel, toutefois, la conception ancienne de la justice ne semble pas avoir disparu. Alors que le volontarisme juridique a annihilé l'idée de principes transcendants déterminés hors de la volonté humaine, la justice constitutionnelle est moins présentée comme un service public que comme un mécanisme permettant d'accomplir certaines finalités : garantir la suprématie de la constitution, protéger les droits et libertés des individus. Le discours sur le juge en matière constitutionnelle a donc ceci de particulier qu'il ne s'est pas délesté de sa dimension finaliste, quoique les finalités que la justice constitutionnelle est supposée poursuivre ne soient plus théologiques, mais axiologiques.

¹³ Sur la position prééminente de la justice à l'époque médiévale, donnant corps à l'image du Roi « fontaine de justice », v. C.-M. PIMENTEL, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, Thèse dactyl., Paris II, 2000, p. 46-116.

¹⁴ J.-P. ROYER, *et al.*, *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 5^e éd., 2016, p. 47.

¹⁵ J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 2009.

¹⁶ J. KRYNEN, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France. XIII^e-XV^e siècle*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 1993, p. 384 *sqq.* ; J.-M. CARBASSE, « Le roi législateur : théorie et pratique », *Droits*, n° 38, 2003, p. 3.

3. Cette objection historique en appelle une seconde d'ordre épistémologique. Par-delà la première impression qui s'en dégage, le ciel constitutionnel est loin d'être véritablement serein. Indépendamment de l'opportunité du contrôle juridictionnel de constitutionnalité – question prescriptive, sur laquelle cette étude n'a pas vocation à se prononcer –, le droit constitutionnel porte en lui de redoutables antagonismes que l'avènement du juge est loin d'avoir surmonté. Les dissensions doctrinales au sein de la discipline se révèlent en effet saisissantes et manifestent des oppositions particulièrement tranchées : le droit constitutionnel est présenté comme un droit extraordinaire, car supérieur, pour une partie de la doctrine, il est un droit ordinaire pour une autre ; le droit constitutionnel est un droit politique pour les uns, il est un « vrai » droit, technique, pour les autres ; le droit constitutionnel serait toujours institutionnel pour certains, il serait devenu principalement jurisprudentiel pour d'autres ; d'aucuns l'envisagent encore comme le droit de l'État dont la finalité est d'encadrer le pouvoir politique, tandis que d'autres y voient le droit des individus ayant pour finalité la protection des droits et libertés. Dans ces conditions, la critique formulée par Charles Eisenmann ne pourrait-elle finalement pas être transposée au droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel positif portant en lui d'irréductibles conflits¹⁷, il n'est en définitive pas étonnant que la pensée constitutionnelle soit une pensée de la controverse.

4. Or, comment expliquer la nature singulièrement polémogène de la doctrine constitutionnelle ? Dans le cadre de cette recherche, nous émettons l'hypothèse selon laquelle la *juridictionnalisation* – c'est-à-dire la prééminence du juge, de son office et de ses décisions, sur les représentations de la discipline –, constitue la pomme de discorde ; elle est l'espace marquant les frontières entre les discours. Certes, avant 1958, le droit constitutionnel paraissait en déshérence et l'on ne savait pas davantage qu'aujourd'hui si son objet était politique ou juridique – ou les deux – ni quelle approche adopter pour l'étudier. Aussi ne s'agit-il pas d'affirmer que les querelles doctrinales seraient nées avec la juridictionnalisation du droit constitutionnel. Notre hypothèse vise davantage à remettre en cause l'idée, répandue dans la doctrine constitutionnelle, selon laquelle l'avènement du juge constitutionnel aurait enfin donné une identité et une stabilité au droit constitutionnel. Au contraire, la juridictionnalisation exacerbe les controverses bien plus qu'elle ne les résout et aggrave les incertitudes pesant sur la discipline. Les débats autour de la question du juge se répercutent en effet tout à la fois sur

¹⁷ Sur la question, des conflits constitutionnels v. par exemple, J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2010.

l'objet et sur l'approche¹⁸. Autrement dit, elle se caractérise tout autant par des controverses sur ce que la doctrine a à connaître que par des dissensions sur la manière de le connaître.

5. S'agissant de ses objets, la difficulté tient à ce qu'ils varient selon les conceptions et présupposés implicites des auteurs. Si l'énumération des objets n'est ainsi parfois pas la même, leur définition, surtout, est source de difficultés. Que l'on songe par exemple à poser la question, à première vue aisée, de savoir ce qu'est une constitution ; jailliront alors autant de réponses que de théories et de conceptions du droit. Les auteurs attachés à une conception politique du droit constitutionnel plaideront ainsi « en faveur d'une conception institutionnelle de la constitution »¹⁹. Au contraire, les promoteurs de la justice constitutionnelle proposeront une « notion moderne de constitution »²⁰, définie, à la suite de Kelsen, comme la *norme suprême* de l'ordre juridique. Axiome de la doctrine constitutionnaliste²¹, une telle conception de la constitution permettra, ainsi que l'a relevé Norberto Bobbio, de diminuer le pouvoir afin de faire prévaloir la règle²². Telle est précisément l'ambition de la doctrine constitutionnaliste, qui, en faisant de la constitution la norme suprême de l'ordre juridique, justifie simultanément l'existence de la justice constitutionnelle²³. Pour une partie de la doctrine davantage attachée à la fonction de gardien des droits et libertés du juge, la constitution revêt également une

¹⁸ En ce sens, François Saint-Bonnet évoque « une véritable controverse épistémologique sur ce que sont les contours et l'objet de cette discipline. Entre ce qu'ont appris les étudiants en droit dans les années 1960 et ce qu'ils doivent assimiler aujourd'hui, le fossé est considérable », F. SAINT-BONNET, « Le Conseil d'État, juge constitutionnel. Une propédeutique administrativiste pour le nouveau droit constitutionnel », art. cité, p. 289. De même, Olivier Cayla dresse le constat d'« une assez profonde évolution de la discipline universitaire du droit constitutionnel depuis les années 70, c'est-à-dire une mutation du discours dominant par lequel elle se représente à elle-même ses propres méthodes et sa fonction essentielle », O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit » in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 113.

¹⁹ O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 258.

²⁰ L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 22^e éd., 2020, p. 65. La notion de constitution se décompose entre la « constitution au sens formel », qui est conditionnée par l'existence d'une procédure spéciale d'adoption, et la « constitution au sens matériel », définie comme « l'ensemble des normes de production de normes générales et abstraites », *ibid.*, p. 83-92.

²¹ Cette conception conduit ainsi le doyen Vedel à considérer, à la suite de Kelsen, que l'inconstitutionnalité d'une norme est toujours une inconstitutionnalité de procédure. Puisque la Constitution n'est qu'une norme réglant la procédure d'adoption des autres normes, lorsque la loi est contraire à la Constitution, cela signifie qu'elle devait être adoptée sous forme de loi constitutionnelle, G. VEDEL, « Avant-propos » in C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], rééd. Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1986, p. V.

²² N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », *Droits*, n° 32, 2000, p. 152.

²³ Dans le même sens, Philippe Blachère affirme qu'« admettre la supériorité normative de la norme constitutionnelle revient à justifier implicitement l'existence d'une juridiction constitutionnelle chargée de faire respecter cette prévalence dans l'ordre juridique », Ph. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, p. 25. Olivier Beaud considère avec plus de cynisme que cette nouvelle conception « a pu séduire beaucoup de juristes qui ont cru, ainsi, rentrer en possession d'un bien dont ils s'étaient cru dépossédés par les politistes », O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », art. cité, p. 260. C'est dans cette perspective de légitimation que le doyen Favoreu évoquait « l'activation des textes constitutionnels par le juge constitutionnel », L. FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », *CCC*, n° 3, 1997, p. 77.

dimension axiologique : ainsi en est-il de la définition de la constitution comme « Charte jurisprudentielle des droits et libertés »²⁴. Cette grande variété de définitions de l'objet « constitution » démontre avec éloquence combien le juge constitutionnel contient la tension du droit et de la politique, qui embarrasse les uns quand les autres voudraient l'exalter, ou la résoudre.

6. S'agissant ensuite de la méthode, les difficultés se révèlent plus préoccupantes encore. L'extrême diversité d'approches de la discipline rend en effet la réflexion épistémologique particulièrement complexe à mener en droit constitutionnel. Or, l'embarras tient surtout à ce que l'objet semble, pour une partie de la doctrine, dépendre de la méthode ; méthode qui elle-même abrite toujours des présupposés théoriques. Aussi l'approche politique comme l'approche normativiste renferment-elles, sous une posture méthodologique, ce qui s'avère en réalité être une conception de ce que *doit être* le droit constitutionnel. C'est ce qui explique qu'au sein de la doctrine constitutionnelle les objets changent au gré des méthodes – et donc des présupposés théoriques – des auteurs. En ce sens, il est possible, pour ne s'en tenir qu'au thème de la recherche, de distinguer deux approches archétypales de la justice constitutionnelle. La première approche, normativiste, consiste à réduire le droit à la sanction juridictionnelle. Les règles produites par les autres organes politiques seront alors délaissées dans l'étude du droit constitutionnel ou, plus problématiquement, seront réputées d'une autorité moindre. La seconde approche, politique ou institutionnelle, considère à l'inverse que le juge n'est qu'une des sources de production du droit – une source de création au reste mineure –, et la tentation peut alors être grande d'en rejeter purement et simplement l'analyse²⁵.

7. En définitive, la justice constitutionnelle est symptomatique d'un malaise constitutionnel. Elle révèle un droit de conflits, où tout est discuté : son objet, sa méthode et même son appellation. La discontinuité du droit constitutionnel que décrivait le doyen Vedel²⁶

²⁴ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat Droit public », 11^e éd., 2016. Dominique Rousseau défend ainsi l'idée d'un « renversement de perspective » qui serait « directement lié à l'existence et au développement de la jurisprudence constitutionnelle », tenant au « passage de la « Constitution-séparation des pouvoirs à la Constitution-garantie des droits », D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, p. 366.

²⁵ Didier Maus relève en ce sens la grande diversité d'approches au sein des différents manuels de droit constitutionnel, dont certaines se révèlent radicalement opposées. Ainsi en est-il de l'approche contentieuse du manuel de *Droit constitutionnel* dirigé par le doyen Favoreu, centrée autour de la question de la justice constitutionnelle, et de l'approche politique de l'ouvrage de *Droit constitutionnel* publié dans la collection « Que sais-je ? » de Denis Baranger, où il n'y a « quasiment aucune référence à la jurisprudence constitutionnelle », D. MAUS, « Où en est le droit constitutionnel ? » in *Mouvements du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 692.

²⁶ G. VEDEL, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge » in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Tome II, Paris, LGDJ, 1974, p. 777.

ne concerne dès lors pas exclusivement le droit positif ; elle singularise également la doctrine. Sans cesse remis en cause, critiqués, éprouvés, les concepts constitutionnels – qui ne sont pas « la perception même des choses, mais la représentation de l’acte par lequel l’intelligence se fixe sur elle »²⁷ –, ne connaissent pas le repos. Pourtant, à rebours de la critique de Charles Eisenmann, ne pourrait-on pas voir dans ces controverses un signe d’enrichissement considérable de la discipline ? Nietzsche ne vantait-il pas les bénéfices du doute par rapport à la certitude ?²⁸ Et, bien avant lui, Descartes ne fondait-il pas sa méthode sur le doute ?²⁹ Au fond, si la *disputatio* obscurcit en tant que telle l’accès à la connaissance – ouvrant la voie au doute épistémologique – elle en enrichit *in fine* considérablement la compréhension, dans la mesure où elle oblige la doctrine à (ré)interroger les représentations du réel. Aussi la vivacité des controverses doctrinales révèle-t-elle « la *capacité critique et imaginative* d’une communauté scientifique », qui « reste sans doute le meilleur critère de vitalité d’une discipline »³⁰.

8. On le voit, la question de la place du juge en droit constitutionnel semble fondamentalement nous engager vers une quête de sens. La singularité de notre étude tient ainsi à ce qu’elle ne vise pas à rendre compte de l’évolution du droit positif, mais bien de l’*évolution de la discipline*. L’objet de cette recherche portera donc sur la *juridictionnalisation* envisagée en tant que *phénomène doctrinal (I)*. La visée épistémologique de la démarche **(II)** répondra à la nécessité de réinterroger les représentations du droit constitutionnel **(III)**, ce dont le plan retenu devra rendre compte **(IV)**.

²⁷ H. BERGSON, *L’évolution créatrice*, Paris, PUF, coll. « Quadrige Grands textes », 11^e éd., 2007, p. 161.

²⁸ « Ce n’est pas le doute, c’est la *certitude* qui rend fou... », F. NIETZSCHE, *Ecce Homo*, Paris, Gallimard, 1974, trad. J.-C. Hémerly, p. 120.

²⁹ R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, Paris, Flammarion, coll. « GF », 2016.

³⁰ O. JOUANJAN, « Histoire de la science du droit constitutionnel » in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome I, Paris, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 108.

I. – UNE ÉTUDE DE LA JURIDICTIONNALISATION COMME PHÉNOMÈNE DOCTRINAL

9. En matière définitionnelle, la première méthode consiste à fixer le sens d'un mot, à déterminer sa signification de manière stipulative ; elle permet ainsi d'évacuer toute considération ontologique. La seconde consiste à se référer à l'usage du mot³¹. Appliquée à la détermination de notre objet de recherche, la première sera écartée : proposer une définition stipulative de la juridictionnalisation ne nous semble pas pouvoir favoriser une meilleure compréhension du phénomène³². De la même manière que la recension de l'usage d'un mot est déterminante pour en percevoir la signification³³, l'identification de la juridictionnalisation doit à notre sens reposer sur une approche descriptive. La délimitation conceptuelle qui sera proposée ici servira donc exclusivement de point de départ à l'identification de ses manifestations dans la doctrine, qui sera analysée dans le cadre de l'étude (A). Par ailleurs, l'objet se singularise par le fait qu'il est envisagé en tant que phénomène doctrinal, c'est-à-dire qu'il ne vise pas le discours *du* juge mais les discours *sur* le juge (B). L'étude de ce phénomène se limitera enfin à son analyse en droit constitutionnel français, tel qu'il apparaît sous la V^e République (C).

A. Clarification conceptuelle de l'objet de recherche : la juridictionnalisation

10. Le choix du néologisme *juridictionnalisation*, peu usité par la doctrine, pour désigner l'objet de notre étude mérite d'être explicité. Dans un premier sens, qui sera ici écarté, la juridictionnalisation désigne le processus par lequel une institution, à travers le renforcement de procédures contentieuses, acquiert les qualités attendues d'une juridiction³⁴. La

³¹ Uberto Scarpelli qualifie respectivement ces deux démarches de « statique de la définition » et de « dynamique de la définition », U. SCARPELLI, « La définition en droit », *Logique et Analyse*, Vol. 1, n° 3-4, 1958, p. 127.

³² V. au contraire, pour une défense de la méthode stipulative, M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 101 ; O. PFERSMANN, « Arguments ontologiques et argumentation juridique » in O. PFERSMANN, G. TIMSIT (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « De Republica », 2001, p. 11.

³³ J.-M. DENQUIN, « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, [en ligne].

³⁴ Le standard des qualités attendues d'une juridiction figure à l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui pose les règles relatives au droit à un procès équitable applicables à tout « tribunal ». Or le « tribunal » est entendu de manière extensive par la Cour européenne des droits de l'homme, qu'elle définit en fonction d'un critère organique prenant en compte son mode de création, son indépendance ainsi que son impartialité (v. par exemple CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, n° 6878/75 ; 7238/75 et CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek contre Autriche*, n° 8790/79), ainsi que d'un critère matériel tenant à sa fonction de dire le droit et trancher des litiges (v. notamment, CEDH, 27 août 1991, *Demicoli contre Malte*, n° 13057/87). V. sur ce sujet, L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, p. 341-458.

juridictionnalisation est ainsi en quelque sorte synonyme de « procéduralisation » d'un organe³⁵. En droit constitutionnel, ce terme est en ce sens souvent employé pour évoquer la « juridictionnalisation du Conseil constitutionnel », c'est-à-dire sa transformation en juridiction³⁶. Le sens que nous retiendrons n'est toutefois pas celui de la juridictionnalisation d'une institution, mais de la discipline.

11. Dans le cadre de cette recherche, la juridictionnalisation se définit comme *le processus d'emprise du juge sur le droit constitutionnel*. En tant que *phénomène juridique*³⁷, la juridictionnalisation désigne ainsi l'augmentation des recours au juge constitutionnel ou la soumission croissante des organes constitutionnels au contrôle juridictionnel. En tant que *phénomène doctrinal* – qui est le point de vue que nous adopterons – elle signifie que *le juge constitutionnel occupe une place de plus en plus prépondérante dans les discours sur le droit*. Certes, l'absence relative du terme de « juridictionnalisation » dans le discours doctrinal³⁸ pourrait rendre vaine son identification. Pourtant, si l'emploi du mot est rare, la chose à laquelle il renvoie est en revanche aisément identifiable. Le matériau de recherche utilisé pour son appréhension rassemblera l'ensemble des écrits portant sur le juge constitutionnel et sur la

³⁵ V. par exemple, L. FAVOREU, « Juridictionnalisation » in O. DUHAMEL, Y. MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 547 : la juridictionnalisation est définie comme « le processus de transformation d'une procédure par attribution progressive des caractères attachés à la procédure suivie devant les juridictions ».

³⁶ Dominique Rousseau affirme ainsi à la fin des années 1990 que la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel est « inachevée », D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes & Cie, coll. « Droit », 1997, p. 49-70. Par la suite, avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, l'auteur considère que la « qualité juridictionnelle » du Conseil constitutionnel s'illustre d'abord par « la juridictionnalisation progressive du contentieux *a priori* », puis par « la juridictionnalisation garantie du contentieux QPC », D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 80-88. Cette juridictionnalisation de l'institution est toutefois nuancée dans la nouvelle édition refondue à laquelle Pierre-Yves Gadhoun et Julien Bonnet se sont associés : le Conseil constitutionnel nécessite pour être pleinement juridictionnalisé une administration renforcée, D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat Droit public », 11^e éd., 2016, p. 92-94.

³⁷ Jean Carbonnier appelle « phénomènes juridiques » les règles de droit et jugement, qu'il qualifie de phénomène « parce qu'ils donnent au droit la visibilité sans laquelle il ne pourrait être observé », J. CARBONNIER, *Droit civil*. Tome I, Paris, PUF, coll. « Quadriège Manuels », 2^e éd., 2017, p. 11.

³⁸ Rarement employé, le sens que nous retenons dans le cadre de cette étude n'est toutefois pas absent du discours doctrinal. Carlos-Miguel Pimentel affirme par exemple que la « juridictionnalisation du politique est devenue l'un des traits marquants de la fin du XX^e siècle », C.-M. PIMENTEL, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs » in A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2007, p. 9. Véronique Champeil-Desplats constate ainsi une « juridictionnalisation de la pensée juridique », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, p. 16 [en ligne]. Guillaume Tusseau évoque quant à lui un double mouvement de juridictionnalisation du droit constitutionnel et juridicisation de la science du droit constitutionnel, G. TUSSEAU, « La V^e République et l'évitement (provisoire ?) de la crise : du droit constitutionnel à la science du droit constitutionnel » in Cercle des constitutionnalistes, *Les 60 de la Constitution. 1958-2018*, Paris, Dalloz, 2018, p. 50-53. Antoine Garapon constate également que « plus rien ne doit échapper au juge. Ces dernières décennies ont vu les contentieux exploser et les juridictions croître et se multiplier, se diversifier et affirmer chaque jour un peu plus leur autorité. Se précise partout une certaine *juridictionnalisation* de la vie collective », A. GARAPON, « La question du juge », *Pouvoirs*, n° 74, 1995, p. 16.

fonction de contrôle de constitutionnalité des lois. Or, sur ce sujet, les sources sont innombrables. Le juge constitutionnel et sa jurisprudence n'ont en effet eu de cesse d'animer la doctrine constitutionnelle, singulièrement depuis 1971, et la question prioritaire de constitutionnalité a grandement contribué à renouveler cet engouement doctrinal.

12. Ainsi comprise, la juridictionnalisation sera envisagée sous la seule perspective du juge constitutionnel dans sa fonction de contrôle de constitutionnalité des lois, telle qu'elle ressort de ses compétences fixées aux articles 61 et 61-1 de la Constitution. Les expressions « contrôle de constitutionnalité » et « justice constitutionnelle » seront ainsi employées indifféremment dans le cadre de notre étude³⁹, étant entendu que la justice constitutionnelle sera ici réduite à son noyau dur et son sens le plus strict⁴⁰, c'est-à-dire limitée au contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois⁴¹. Cette limitation de la juridictionnalisation au seul

³⁹ Nous n'ignorons pas, toutefois, que l'emploi de la notion de « justice constitutionnelle », d'origine autrichienne (car les juristes allemands « parlaient plutôt, depuis le XX^e siècle, de [...] “justice d'État” », L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique » in C. GREWE *et al.* (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 92-93) est plus problématique dans la mesure où elle n'est apparue en France qu'à la fin des années 1920, plus précisément en 1928 avec la parution de la thèse de Charles Eisenmann (C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], *op. cit.*), de l'illustre étude de Kelsen sur la justice constitutionnelle publiée à la *Revue du Droit public* la même année (H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197) et de celle de Marcel Waline publiée dans la même revue (M. WALINE, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français », *RDP*, 1928, p. 441). La notion est donc tardive, même si l'idée comme la chose sont évidemment plus anciennes. L'emploi de cette notion exigerait donc rigoureusement d'exclure de l'analyse les auteurs français ayant précédé son apparition, ce qui ne correspond pas, ainsi que nous le précisons, à la perspective de notre étude.

⁴⁰ Dans un sens un peu moins strict, la justice constitutionnelle comprend l'ensemble des compétences dont l'organe est constitutionnellement chargé. S'agissant du Conseil constitutionnel, cela conduirait par exemple à intégrer l'étude du contentieux électoral, de son rôle consultatif ou du contrôle des traités. Le sens *lato sensu* désigne quant à lui « tous les contentieux où un juge, quel qu'il soit, est amené à *appliquer* et à *interpréter immédiatement* des dispositions du *texte de la Constitution* », ce qui conduirait à intégrer les juges ordinaires. Enfin, sa définition *latissimo sensu* renvoie à « toutes les procédures juridictionnelles portant sur la *matière constitutionnelle* », L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », art. cité, p. 88-89.

⁴¹ Il en sera de même du « contentieux constitutionnel », entendu lui aussi dans son sens le plus étroit, c'est-à-dire restreint à la seule compétence de contrôle de constitutionnalité des lois exercée par le juge constitutionnel. Certains auteurs ont au contraire pu adopter une conception singulièrement extensive du contentieux constitutionnel, en comptant parmi ses acteurs l'ensemble des institutions politiques et juridictionnelles qui ont à se prononcer sur la matière constitutionnelle. Ainsi en est-il, d'abord, de Didier Maus. S'interrogeant dès 1980, sur « l'émergence de la notion de contentieux constitutionnel », l'auteur envisageait « les institutions du contentieux constitutionnel » d'une façon fort extensive, puisqu'elles recouvraient l'ensemble des institutions juridictionnelles et des organes politiques, et même certains organes administratifs. Il définissait alors le contentieux constitutionnel comme « l'ensemble des litiges qui peuvent naître de l'activité des institutions constitutionnelles ainsi que des procédés qui permettent de les résoudre », D. MAUS, « La notion de contentieux constitutionnel sous la V^e République », *Revue Politique et Parlementaire*, 1980, n° 884, p. 26. Reprenant cette définition, Dominique Turpin classe parmi les acteurs du contentieux constitutionnel tous les « pouvoirs publics constitutionnels », à savoir le président de la République, le gouvernement, les parlementaires et les juges, parmi lesquels figurent le juge constitutionnel, le juge administratif et le juge judiciaire, D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 1994, p. 17. Outre le fait que le chef de l'État soit interprète de la Constitution, on peut se demander si la promulgation ou la non-promulgation des lois n'est pas l'occasion aussi pour lui d'exercer un contrôle de constitutionnalité indirect.

contrôle de constitutionnalité des lois s'explique par le fait que ce mécanisme a, depuis fort longtemps, particulièrement retenu l'attention de la pensée constitutionnelle⁴². C'est la raison pour laquelle l'étude se concentrera sur les discussions intéressant la *fonction* du juge constitutionnel – le contrôle de constitutionnalité des lois –, davantage que sur les débats relatifs à la nature du Conseil constitutionnel comme *organe*. Certes, à partir des années 1970, les débats doctrinaux se sont longtemps focalisés sur la question de la nature juridictionnelle ou non du Conseil constitutionnel. Toutefois, cette question emporte en définitive assez peu de conséquences sur les représentations du droit constitutionnel. Souvent, elle clôt les débats davantage qu'elle ne les résout ; l'affirmation de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel servant, pour une partie de la doctrine, d'argument définitif à la nécessité de son existence. Aussi cette étude entendra-t-elle se départir des arguments fondés sur la nature de l'organe – même si elle sera indirectement prise en compte, la fonction posant précisément des difficultés parce qu'elle est exercée par un organe juridictionnel, envisagé comme « tiers pouvoir »⁴³. Le parti-pris de la recherche sera donc d'envisager le Conseil constitutionnel comme un juge, ce qui nous permettra de concentrer l'analyse sur les questions les plus problématiques que posent la juridictionnalisation de la discipline, c'est-à-dire celles qui concernent la fonction de contrôle de constitutionnalité des lois. La juridictionnalisation désignera dès lors spécifiquement le rayonnement du contrôle de constitutionnalité des lois exercé par le Conseil constitutionnel au sein de la discipline.

C'est en tout cas, ainsi que le relève Armel Le Divillec, ce qu'une grande majorité de la doctrine allemande affirme s'agissant du Président fédéral, qui n'est pas compétent pour saisir la Cour constitutionnelle mais dont la signature – qui se distingue, en Allemagne, de la promulgation – est assimilée à un contrôle de constitutionnalité des lois. Dans ce cadre, sa compétence ne se limite pas au contrôle de « la régularité formelle de la loi » ; la signature confère aussi au Président, selon la « doctrine dominante », la possibilité de « vérifier la régularité matérielle de la loi (*materielles Prüfungsrecht*), c'est-à-dire de la confronter aux dispositions matérielles de la Loi fondamentale (les droits fondamentaux notamment) », A. LE DIVILLEC, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2004, p. 455-456. Enfin, on remarquera que, dans la plupart des pays d'Europe, il existe des procédures de résolution juridictionnelle des litiges inter-organes constitutionnels et politiques, permettant de trancher les éventuels conflits d'interprétation de la constitution ainsi que les litiges portant sur leurs compétences, E. CARPENTIER, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, « Collection des thèses », 2006.

⁴² En dépit de leur habilitation à se prononcer sur la matière constitutionnelle ou sur les droits fondamentaux, l'influence sur le droit constitutionnel des juges ordinaires ou extranationaux sera subséquentement écartée de notre recherche. Sera également écartée de l'analyse la protection non juridictionnelle de la Constitution – singulièrement des droits et libertés – notamment exercée en France par certaines autorités administratives indépendantes. V. notamment là-dessus, D. LÖHRER, *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé. L'exemple de l'Ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, Clermont-Ferrand-Issy-les-Moulineaux, Institut Universitaire Varenne-LGDJ, « Collection des thèses », 2014.

⁴³ M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 1995.

13. Enfin, le concept de juridictionnalisation ne se confondra ni avec celui de « juridicisation », qui désigne l'emprise croissante du *droit* – et non du *juge* – dans un domaine particulier, ni avec celui de « judiciarisation », qui se définit certes comme « l'emprise croissante des juges dans la société »⁴⁴, mais est employé plus particulièrement par la doctrine privatiste pour désigner les juges judiciaires⁴⁵. Nous l'avons dit, notre ambition n'est pas définitionnelle : il ne s'agira pas ici de proposer une définition de la juridictionnalisation, mais d'analyser les postulats sur lesquels repose le phénomène⁴⁶.

B. Construction théorique de l'objet de la recherche : la juridictionnalisation comme phénomène doctrinal

14. La juridictionnalisation sera envisagée comme *phénomène doctrinal*. Autrement dit, notre recherche porte sur les discours doctrinaux accordant une place prépondérante au juge dans l'étude du droit constitutionnel. Si le phénomène doctrinal désigne en ce sens spécifiquement l'ensemble des discours qui tendent à promouvoir le juge constitutionnel, l'étude sera étendue aux discours *sur* le phénomène doctrinal, c'est-à-dire le regard – critique

⁴⁴ G. GRANDJEAN, « Les fonctions politiques des juges. Propos introductifs sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction » in G. GRANDJEAN, J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 21.

⁴⁵ L'emploi parfois indifférencié des termes de judiciarisation et de juridictionnalisation procède d'un anglicisme en ce qu'il s'inspire des termes anglais de « *judicial review* » ou de « *judicialization* ». Cette difficulté n'apparaît toutefois pas dans les pays anglo-saxons, qui ignorent la dualité des ordres juridictionnels tout comme l'existence d'un juge spécial chargé de contrôler la conformité des lois à la Constitution. Léon Duguit avait bien relevé à cet égard les difficultés qui résultent de l'emploi du terme « judiciaire » pour qualifier les institutions juridictionnelles : « ce mot judiciaire communément employé est très fâcheux. Il faut le réserver pour désigner uniquement une certaine catégorie de fonctionnaires auxquels la loi positive attribue un caractère déterminé. On doit parler de l'ordre judiciaire ; mais on doit dire la fonction juridictionnelle. En d'autres termes, si l'on veut éviter des confusions regrettables, il faut employer le mot judiciaire exclusivement au point de vue formel et le mot juridictionnel au point de vue matériel », L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Tome II, Paris, E. de Boccard, 3^e éd., 1928, p. 421. Quoi qu'il en soit, le terme de judiciarisation cantonnerait l'analyse aux seuls juges de l'ordre judiciaire, quand nous entendons la concentrer sur le juge constitutionnel. Toutefois, comme la juridictionnalisation, la judiciarisation est « pour les acteurs sociaux une arme discursive efficace pour célébrer le rôle de la justice dans l'accomplissement de "l'État de droit" ou, à l'inverse, stigmatiser le risque d'un "gouvernement des juges". Il est ainsi un outil rhétorique performant dans les débats », V. ROUSSEL, « La judiciarisation du politique, réalités et faux semblants », *Mouvements*, 2003, n° 29, p. 14.

⁴⁶ En ce sens, s'agissant de l'objet de « l'épistémologie juridique descriptive », Christian Atias formule la mise en garde suivante : « L'erreur est répandue ; son origine serait sans doute assez facile à retrouver. Elle consiste à se convaincre que la connaissance commence par une définition ; la délimitation de son objet relèverait d'une sorte de postulat innocent. Le rêve de savoir de quoi on parle avant de l'avoir analysé, observé, recherché, conduit à ces impasses au fond desquelles ne siègent que quelques évidences emportées avec lui par l'audacieux explorateur », C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 2002, p. 23. Dans la même perspective, Hart, dans l'ouvrage qu'il intitule pourtant *The Concept of Law*, ne propose à aucun moment une « définition du droit ». À rebours de la démarche stipulative, l'identification du concept de droit consiste plutôt pour l'auteur anglais à faire émerger, au terme d'une investigation conceptuelle, une série de critères qui, combinés, permettront de rendre compte de la plupart des situations sociales qu'il est possible de qualifier de « juridique ». V. là-dessus, G. BLIGH, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Paris, Institut Universitaire Varenne, « Collection des Thèses », 2017, p. 717-721.

ou non – porté par la doctrine sur la juridictionnalisation. Nous nous intéresserons par conséquent aux acteurs comme aux observateurs du phénomène. Les premiers, qui assurent la promotion de la figure du juge et nourrissent le phénomène doctrinal de juridictionnalisation, seront désignés sous l’expression de *doctrine constitutionnaliste*. Les seconds renvoient plus largement à la *doctrine constitutionnelle*, qui désignera de manière plus neutre la pensée constitutionnelle quel que soit le point de vue de l’auteur sur la juridictionnalisation. L’analyse consistera donc à caractériser ce que la juridictionnalisation, comme *phénomène juridique*, représente en tant que *phénomène doctrinal* pour les auteurs.

15. L’emploi de l’expression *phénomène doctrinal*, plutôt que celle de « doctrine », n’est pas fortuit ; il révèle une certaine conception du droit, qu’il convient d’expliquer. Qualifier la juridictionnalisation de phénomène doctrinal tend à signifier que la connaissance est un monde de *représentations*. En ce sens, le phénomène étant ce qui se montre⁴⁷, l’étude de la juridictionnalisation vise à cerner son sens tel qu’il apparaît dans l’usage des différents discours. En droit, le phénomène, qu’il soit juridique – autrement dit relevant du droit positif – ou doctrinal, a une dimension linguistique⁴⁸. Le phénomène ne désigne donc pas une réalité objective qui existerait en dehors de l’homme, mais une réalité culturelle. Qualifié de *doctrinal*, le phénomène n’est dès lors pas empirique, observable à partir d’un *donné*, mais théorique, c’est-à-dire qu’il s’observe, dans la pensée constitutionnelle, à partir de ce qui est *construit*⁴⁹. Cette construction ne signifie pas que le monde doctrinal est un monde inaccessible, ni même

⁴⁷ Ou, pour reprendre la définition heideggerienne, « *ce-qui-se-montre-en-lui-même* », M. HEIDEGGER, *Être et temps*, Paris, Authentica, 1985, trad. E. Martineau, édition numérique hors commerce, § 7, p. 42 *sqq.*

⁴⁸ P. COMANDUCCI, « Épistémologie » in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome 1, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁹ Il convient cependant de dissiper dès l’abord un malentendu : l’usage du terme de phénomène révèle un intérêt assumé pour la phénoménologie. La posture phénoménologique sera appréhendée comme celle qui « vise, non à dégager des essences mais à faire apparaître l’apparence », J.-M. DENQUIN, « Éléments pour une théorie constitutionnelle », art. cité, p. 129. Elle ne sera dès lors pas ici entendue au sens de la phénoménologie husserlienne. La « réduction eidétique » chez Husserl tend en effet à faire fi des préjugés afin d’atteindre l’essence de la chose. Or, pour nous, les préjugés servent précisément à connaître la chose, non pas en tant qu’essence – que l’on ne peut connaître, à la manière du *noumène* kantien – mais en tant que représentation. Et ce sont ces représentations qui forment la discipline du droit constitutionnel. Nous souscrivons ainsi à la critique formulée par Paul Amselek à l’égard de ce qu’il appelle les « égarements métaphysiques » de la phénoménologie husserlienne, P. AMSELEK, « Pour une phénoménologie du droit et de l’éthique sans mirages », *RRJ-Droit prospectif*, 2013-5, n° spécial, p. 1984. V. également sur les liens de la phénoménologie et du droit, P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1964. La dimension empiriste de l’approche phénoménologique sera également rejetée, dans la mesure où elle suppose d’admettre la possibilité d’une parfaite description de la réalité et envisage ainsi la science comme une « reproduction » de la réalité, et non sa construction. V. là-dessus, H. RICKERT, *Science de la culture et science de la nature* [1962], Paris, Gallimard, 1997, trad. A.-H. Nicolas, p. 55-67. Cette perspective constructiviste ne tend toutefois pas à remettre en cause la distinction du monde réel et du monde accessible. Au contraire de Nietzsche, il nous semble en effet que ces deux mondes existent – ou, peut-être plus précisément, qu’il est nécessaire qu’ils existent. Sur cette critique nietzschéenne de la « fable » du monde idéal (monde platonicien), juste (monde chrétien), inaccessible à la pensée (monde kantien) ou inconnu (positivisme), V. F. NIETZSCHE, *Crépuscule des idoles*, Paris, Flammarion, 2005, trad. P. Wotling, p. 143-144.

que la réalité du monde juridique en général se dérobe aux regards ; elle exprime seulement l'idée selon laquelle la doctrine a une fonction constitutive de ce qu'elle prétend observer. Partant, l'analyse du phénomène doctrinal a pour but de se demander : que puis-je savoir sur ce qui est dit de la juridictionnalisation en tant que phénomène juridique ? La réponse à cette question n'a pas à proprement parler de visée ontologique – elle ne pose pas la question de la nature ou de l'essence du droit. Sa vocation est épistémologique – elle porte sur l'étude critique de la connaissance de ce droit. Autrement dit, il ne s'agit pas de se demander : « qu'est-ce que la juridictionnalisation ? », mais « comment la juridictionnalisation est-elle représentée ? ».

16. À quoi renvoie par ailleurs précisément ce phénomène doctrinal ? S'agit-il d'un phénomène homogène ou disparate ? Est-il possible d'identifier des « écoles » qui le représentent ? « Doctrinal », d'abord, suppose d'identifier ce qu'est la doctrine. Elle sera définie *lato sensu* comme l'ensemble des auteurs qui tiennent un discours sur le droit⁵⁰. La doctrine constitutionnelle désigne donc les opinions écrites sur le droit constitutionnel formulées par des spécialistes. L'existence d'écoles en droit constitutionnel sera en revanche contestée. Certes, l'exaltation du juge en droit constitutionnel est indéniablement due à l'activité de certains pôles de recherche, qui se rassemblent autour d'un intérêt porté pour les mêmes objets et une approche commune du droit, dans un même lieu voire autour d'un « maître ». L'étude de la juridictionnalisation supposerait ainsi de porter un intérêt particulier à « l'école aixoise », « l'école montpelliéraine » – pour les promoteurs du phénomène – ou encore l'école constituée autour de l'Institut Michel Villey⁵¹ – pour les censeurs de ce phénomène. L'« école d'Aix », d'abord, désigne un ensemble d'auteurs et de travaux rassemblés sous l'autorité scientifique du doyen Favoreu, dont la naissance est concomitante à la fondation du « Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle » (GERJC) à Aix en 1984⁵², la création en 1990 de la *Revue française de droit constitutionnel*⁵³, puis le manuel rédigé par plusieurs professeurs aixois autour du doyen Favoreu⁵⁴. Cette école, qui est sans doute la plus établie et

⁵⁰ Le doyen Carbonnier la définit en ce sens comme « les *opinions* émises par les auteurs dans leurs ouvrages, le droit tel que le conçoivent les théoriciens. Ou, si l'on a égard au contenant plus qu'au contenu, la doctrine est l'ensemble des ouvrages juridiques, la *littérature* du droit », J. CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, p. 285.

⁵¹ Lors d'un colloque organisé à Toulouse les 29 et 30 septembre 2016, ces trois écoles ont fait l'objet d'une analyse spécifique. V. X. MAGNON, S. MOUTON (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quels droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Mare et Martin, coll. « Le sens de la science », 2020, à paraître.

⁵² J.-L. MESTRE, « L'évolution de l'enseignement du droit constitutionnel à la faculté de droit d'Aix », *Les Cahiers Portalis*, n° 4, 2016, p. 117-118.

⁵³ Dont le premier numéro fera paraître le célèbre article du doyen Favoreu, emblématique du phénomène doctrinal de juridictionnalisation : L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », art. cité, p. 71. V. sur cet article les observations formulées par Xavier Magnon in W. MASTOR *et al.* (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Grands discours », 2^e éd., 2020, p. 1056.

⁵⁴ L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel, op. cit.*. Source précieuse de notre travail, cet ouvrage sera souvent désigné par commodité sous le nom de « manuel aixois ».

assumée, est la plus archétypique du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, dans la mesure où elle plaide sans relâche pour une approche contentieuse du droit constitutionnel. L'« école montpelliéraine », ensuite, pourrait se rattacher à la pensée de Dominique Rousseau ; une pensée qui nourrit le phénomène doctrinal de juridictionnalisation sans en nier la dimension politique. Quant à l'Institut Michel Villey, celui-ci ne revendique pas de filiation à un auteur en particulier – contrairement à ce que son appellation pourrait laisser croire –, mais davantage un attachement à une certaine manière de faire du droit constitutionnel, qui se concrétise par l'association à une revue, la revue *Jus Politicum*⁵⁵, exaltant une approche de droit politique⁵⁶. Cette dernière prend deux formes : pour les uns, il s'agit de revendiquer une approche du droit constitutionnel qui ne soit pas réduite à la sanction juridictionnelle ou au contentieux constitutionnel, pour les autres, elle entend signifier un attachement à la prise en compte de la réalité institutionnelle. Appréhender la doctrine constitutionnelle, et singulièrement le phénomène de juridictionnalisation, autour d'écoles préalablement identifiées pose malgré tout, à notre sens, trois séries de difficultés. D'abord, les membres de ces « écoles » – qui sont bien plutôt des centres de recherche – ont leurs spécificités doctrinales propres. Appréhender la pensée d'un auteur à travers l'« école » à laquelle il adhère peut alors avoir pour conséquence fâcheuse d'anéantir son idiosyncrasie. Ensuite, la grande majorité des auteurs ne se rattache pas à un courant doctrinal identifié, ni à une école revendiquée, si bien qu'une telle analyse tendrait à exclure de l'objet d'étude une partie importante de la pensée constitutionnelle. Ensuite, les écoles désignent souvent plus exactement la pensée particulière d'un auteur, dont l'influence peut très largement excéder l'école qu'il est supposé incarner. Il en résulte que nous nous intéresserons à la pensée d'auteurs appréhendés individuellement, indépendamment des écoles doctrinales. En ce sens, l'usage du singulier au détriment du pluriel – *le* phénomène doctrinal, *la* doctrine constitutionnaliste – ne témoigne pas d'une indifférence à l'égard des particularités de chaque auteur, mais vise simplement à les réunir autour d'une démarche commune.

17. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation désigne ainsi le mouvement doctrinal majoritaire assurant la promotion du juge constitutionnel et s'attachant à faire de la justice constitutionnelle un objet privilégié de la doctrine. Nous l'avons dit, ce mouvement n'est pas homogène ; il réunit un nombre important d'auteurs, dont les plus influents à l'époque contemporaine restent le doyen Favoreu et Dominique Rousseau. Par-delà le phénomène

⁵⁵ Sur l'ambition de la revue, v. « Présentation de la revue », *Jus Politicum*, n° 1, 2008 [en ligne]. Sur la pensée de l'Institut Michel Villey, v. E. KOHLHAUER, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 2019.

⁵⁶ Approche qui n'est pas homogène puisqu'elle ne se rattache pas à « une véritable doctrine, unique et cohérente », A. LE DIVELLEC, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018, p. 102.

doctrinal de juridictionnalisation, l'étude s'intéresse également au discours *sur* ce phénomène, singulièrement à son discours critique. Or, ces deux discours – le phénomène doctrinal de juridictionnalisation et le discours sur ce phénomène – présentent en droit constitutionnel français une spécificité qu'il convient à présent d'exposer.

C. Délimitation de l'objet de la recherche : la juridictionnalisation en droit constitutionnel français contemporain

18. Jusqu'en 1958, en l'absence d'un véritable juge constitutionnel, le droit constitutionnel semblait être atteint d'un handicap congénital fort embarrassant par rapport aux autres branches du droit français. L'analyse comparée ne rassurait pas davantage : la vitalité du droit constitutionnel américain qui, dès son origine, reconnaissait aux juges le pouvoir de contrôler la conformité des lois à la Constitution, constituait un exemple pour la doctrine classique qui, à la suite de Tocqueville⁵⁷, concevait le juge comme le meilleur garant des libertés. Mais quand, postérieurement à la Seconde Guerre mondiale, l'Allemagne et l'Italie se sont dotées – comme l'Autriche depuis 1920⁵⁸ – d'un juge constitutionnel, le droit constitutionnel français s'est vu véritablement isolé de ses homologues continentaux. Aussi l'étude de la juridictionnalisation *en droit constitutionnel français* permet-elle de se concentrer sur la spécificité française du phénomène, tant au regard des droits constitutionnels étrangers **(1)** qu'à l'égard des autres branches du droit français **(2)**. La juridictionnalisation est par ailleurs un phénomène spécifique à la V^e République. L'objet de la recherche portera donc sur les discours de la doctrine constitutionnelle contemporaine, même si ses origines intellectuelles, plus anciennes, seront intégrées à l'analyse **(3)**.

1. La spécificité française du phénomène

19. Le cantonnement de cette recherche au cas de la France s'explique par la spécificité de la pensée constitutionnelle française et, plus particulièrement, par les répercussions inédites que l'avènement du juge constitutionnel a provoquées sur cette dernière. Notre étude tend en effet à souligner la spécificité de l'histoire de la pensée constitutionnelle, au cours de laquelle la justice constitutionnelle a toujours constitué un thème de discorde. Certes, le phénomène de

⁵⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, I, [1848], Paris, Gallimard, coll. « Folio histoire », 1986.

⁵⁸ La Cour constitutionnelle d'Autriche fut créée par une loi constitutionnelle du 25 janvier 1919 avant d'être pleinement consacrée par la Constitution fédérale du 1^{er} octobre 1920. V. notamment, J. PINI, « La Cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre juge constitutionnel et pouvoir constituant », *CCC*, n° 7, 1999 [en ligne] et G. HOLZINGER, « La Cour constitutionnelle autrichienne », *NCCC*, n° 36, 2012 [en ligne].

juridictionnalisation concerne la plupart des démocraties libérales. Aux États-Unis, les débats sur le contrôle de constitutionnalité des lois, généralement focalisés sur la question de l'interprétation juridictionnelle, sont d'une singulière richesse⁵⁹. Depuis le XIX^e siècle, ces controverses restent vives et sont actuellement revigorées par un courant de pensée très hostile à la figure du juge, appelé « constitutionnalisme populaire »⁶⁰. Dans les différents États européens, la place acquise par la justice constitutionnelle est d'une importance non moins considérable⁶¹. La juridictionnalisation se traduit également au niveau international par des théories associées à ce que l'on appelle désormais le « constitutionnalisme global »⁶², qui rassemble des discours ayant « pour point commun de se prononcer en faveur de l'importation du registre conceptuel de la constitution ou du constitutionnalisme pour décrire les rapports juridiques existants au-delà (et en-deçà) de l'État »⁶³. Toutefois, la comparaison de ces différents discours sur les juges comporte le risque de nier les spécificités de chaque culture juridique, particulièrement dans les pays de *common law* où la juridictionnalisation se situe au fondement même du système juridique. Au surplus, il n'existe pas de « modèle européen de justice constitutionnelle »⁶⁴, mais des systèmes ; systèmes qui certes s'enchevêtrent, se concurrencent ou se complètent⁶⁵ mais qui n'ont pas moins chacun leur singularité.

⁵⁹ V. I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2017.

⁶⁰ Constitutionnalisme populaire dont la figure la plus emblématique est Mark Tushnet. V. notamment, M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999. V. aussi très récemment, pour une réaffirmation de sa position, *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law*, Yale University Press, 2020. Notons que ce courant doctrinal se singularise par les critiques très vives qu'il formule à l'encontre du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, ainsi que des juges en général. V. par exemple, L. KRAMER, « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle », *RDP*, 2005, trad. V. Fouache, p. 1040 : « À un moment où à un autre au cours de ces vingt-cinq dernières années, l'histoire constitutionnelle a été remaniée – révolutionnée même – afin d'en faire une histoire du triomphalisme judiciaire. Le monopole de la Cour Suprême en matière d'interprétation constitutionnelle est aujourd'hui décrit comme inévitable, comme quelque chose qui devait arriver et qui nous a sauvés de nous-mêmes. Tout ce qui a trait dans l'histoire à l'autorité des juridictions est privilégié, tandis que l'opposition aux tendances autoglorificatrices de la Cour est ignorée, étouffée ou discréditée ».

⁶¹ « Ce succès, voire cet engouement, rend aujourd'hui incontournable la connaissance de la justice constitutionnelle pour comprendre le fonctionnement du pouvoir », D. ROUSSEAU, Ph. BLACHÈR, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs », 4^e éd., 2020, p. 9.

⁶² V. les actes du colloque sur le « constitutionnalisme global » qui a eu lieu les 29 et 30 mai 2017 à l'Université Panthéon-Assas publiés dans *Jus Politicum*, n° 19, 2018, p. 3-146. V. également, S. PINON, « Les visages cachés du constitutionnalisme global », *RFDC*, n° 108, 2016, p. 927 et T. HOCHMANN, « Le constitutionnalisme global », *RFDC*, n° 120, 2019, p. 885.

⁶³ M. ALWEGG-BOUSSAC, « Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion ? », *Jus Politicum*, n° 19, 2018, p. 10.

⁶⁴ Sur cette remise en cause de la distinction initiale opérée par Louis Favoreu entre un « modèle américain » et un « modèle européen » de justice constitutionnelle, v. W. MASTOR, « Avant-propos » in L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2^e éd., 2016, p. 2-3.

⁶⁵ Sur les rapports entre ordres juridiques, v. B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso éditions, coll. « Forum », 2013 ; B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016.

20. La spécificité française du phénomène tient donc à son avènement tardif en droit constitutionnel positif. Les droits étrangers ont toutefois pu, en matière de justice constitutionnelle, grandement influencer la doctrine française et mériteront, à ce titre, d'être intégrés à l'analyse. Ainsi en est-il du système américain de contrôle de constitutionnalité des lois qui a servi de modèle à la doctrine constitutionnelle classique de la III^e République. Quant à la doctrine de la V^e République, elle a été considérablement influencée par la pensée de Kelsen, qui fut un défenseur indéfectible du contrôle juridictionnel des lois exercé par une cour spéciale, ainsi que le père fondateur de la Cour constitutionnelle d'Autriche – connue en France grâce aux travaux de Charles Eisenmann⁶⁶. Dès 1928, dans un article paru à la *Revue du Droit public*, le juriste autrichien soutenait en effet la thèse selon laquelle la juridiction constitutionnelle était la « garantie principale et la plus efficace de la Constitution »⁶⁷. En dépit du fait que l'organisation et le fonctionnement de la justice constitutionnelle en France diffèrent fondamentalement du « modèle kelsénien de justice constitutionnelle »⁶⁸, les promoteurs du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, très largement positivistes, voire normativistes,

⁶⁶ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], *op. cit.*

⁶⁷ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », art. cité, p. 197.

⁶⁸ Olivier Beaud considère en ce sens qu'« ériger Kelsen en père fondateur du contentieux constitutionnel, c'est un peu faire de l'histoire de la justice constitutionnelle racontée à des enfants ». En ce sens, il affirme qu'au-delà des apories de la pensée de Kelsen sur la justification de la justice constitutionnelle, qui aurait du mal à être conciliée avec sa théorie de la démocratie, la doctrine française instrumentalise la pensée de Kelsen, puisque ce dernier n'excluait pas qu'une telle juridiction ait un caractère hautement politique, O. BEAUD, « Kelsen contre Schmitt : un dialogue de sourds ? » in O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2007, p. 197. Ses préconisations sont au surplus très éloignées de l'état du droit positif français. Plusieurs exemples permettent de le démontrer. D'abord, Kelsen considérait qu'il fallait étendre la compétence de la juridiction constitutionnelle aux règlements « parce qu'il y a une affinité intime entre le contrôle de la constitutionnalité des lois et celui de la légalité des règlements, du fait de leur caractère général », ce qui ne relève évidemment pas de la compétence du Conseil constitutionnel, H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », art. cité, p. 230. Ensuite, et surtout, le juriste autrichien refusait que puisse être exercé par la juridiction constitutionnelle un contrôle de conformité de la loi aux préambules et déclarations de droit. Selon lui, si les dispositions d'une Constitution contiennent de la « phraséologie », « la puissance du tribunal serait alors telle qu'elle devrait être considérée comme simplement insupportable », *ibid.*, p. 241. Or depuis 1971, le Conseil constitutionnel contrôle la conformité des lois au Préambule de la Constitution de 1958, qui renvoie à des textes dont les formules sont soit extrêmement vagues - s'agissant de la Déclaration de 1789 – soit de portée normative inégale – s'agissant de la Charte de l'environnement. Le Conseil est donc nécessairement conduit à faire œuvre d'interprétation, interprétation qui était pourtant, selon Kelsen, dangereuse. Il considérait en effet qu'en l'absence de fixation par la Constitution d'une « direction précise » ou d'« un critérium objectif quelconque », il serait très dangereux de « faire dépendre le sort de toute loi votée par le Parlement du bon plaisir d'un collège composé d'une façon plus ou moins arbitraire au point de vue politique, comme le tribunal constitutionnel », *ibid.*, p. 241. Enfin, il préconisait que l'annulation prononcée par la juridiction constitutionnelle soit enfermée dans un délai fixé par la Constitution afin de ne pas remettre en cause les lois en vigueur : « il est extrêmement regrettable d'avoir à annuler une loi et bien plus encore un traité pour inconstitutionnalité, après qu'ils ont été en vigueur sans être critiqués pendant de longues années déjà », *ibid.*, p. 242. L'abrogation des lois déjà en vigueur est pourtant permis en France depuis le 1^{er} mars 2010 par le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité.

n'hésitent pas à proclamer qu'« au commencement était Kelsen »⁶⁹ – ceci alors que la doctrine française n'a pas attendu le juriste autrichien pour mener des réflexions substantielles sur le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Par-delà ces deux exemples, l'étude sera également éclairée par la doctrine étrangère en matière de théorie constitutionnelle, de théorie et de philosophie du droit⁷⁰.

2. La spécificité constitutionnelle du phénomène

21. Même limitée au cas de la France, la juridictionnalisation n'est pas un phénomène propre au droit constitutionnel. Elle s'observe de manière spécifique dans toutes les branches du droit⁷¹. Par-delà le seul système constitutionnel, l'ordre juridique se caractérise par une emprise croissante du juge au sein de l'ensemble des disciplines juridiques⁷². Celle-ci s'inscrit dans un mouvement global qui conduit certains auteurs à considérer qu'il existerait un « commerce des juges » au sein d'une « société des cours »⁷³. Outre l'ostensible dynamique européenne de juridictionnalisation, le droit français est tout entier dominé par la figure du juge. Qu'il s'agisse du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne, le système juridique français semble avoir ceci de remarquable qu'il est constitué de « cinq Cours suprêmes » habilitées – plus ou moins expressément et directement – à statuer sur les lois adoptées par les représentants du peuple⁷⁴.

⁶⁹ L. FAVOREU, « Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale », *RDP*, 1984, p. 1174.

⁷⁰ Comme le souligne Pascale Deumier, « la théorie générale du droit a cette particularité que, débarrassée de nombreuses contingences, les sujets de discussion y sont universels et ont vocation à expliquer tous les systèmes juridiques. Ainsi les théories développées par l'autrichien Kelsen, l'allemand Savigny, l'anglais Hart ou l'italien Romano sont des théories du droit, avant d'être des théories étrangères », P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2002, p. 8.

⁷¹ Les juristes ne sont, au reste, pas seuls à décrire ce phénomène de juridictionnalisation. Les politistes, français comme étrangers, s'attachent également à en rendre compte, évoquant notamment la « *Juristocracy* » ou « *Courtocracy* » pour désigner « un accroissement du pouvoir des tribunaux par rapport au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif », J. COMMAILLE, « La justice entre *détraditionnalisation*, *néolibéralisation* et *démocratisation* : vers une théorie de la sociologie politique de la justice » in J. COMMAILLE, M. KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2007, p. 296.

⁷² V. notamment, A. GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996 ; J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, Tome II : *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 2012.

⁷³ J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, coll. « La République des Idées », 2005, p. 7 et p. 23. Sur l'emploi de l'expression « société des cours », v. M. VERDUSSEN, « Un procès constitutionnel légitime » in *Renouveau du Droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, op. cit., p. 473.

⁷⁴ D. de BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 33.

22. En droit privé, par exemple, le « développement croissant et inéluctable du droit d'origine jurisprudentielle », que la doctrine qualifie, ainsi que nous l'avons relevé, de « judiciarisation », tendrait à l'avènement d'une « démocratie procédurale »⁷⁵. Omniprésents, « les termes de juridicisation, de judiciarisation, de juridictionnalisation ou de pénalisation fleurissent dans les articles de presse, et de nombreux champs sociaux sont présentés comme théâtres d'une expansion du rôle judiciaire »⁷⁶. Le droit administratif est quant à lui depuis fort longtemps un droit « fondamentalement jurisprudentiel »⁷⁷. Il conserve au reste ce caractère jurisprudentiel en dépit de son vaste mouvement de codification⁷⁸, dans la mesure où « pour le comprendre, pour l'enseigner et en appréhender la logique il convient encore de se plonger sans modération dans la lecture des grands arrêts »⁷⁹. Au sein de la doctrine, le constat est entendu, au point d'ailleurs que le doyen Vedel a pu jadis affirmer : « sur le fait que le droit administratif est un droit jurisprudentiel, tout a été dit »⁸⁰. La *jurisprudentialisation* – parachèvement ultime, nous le verrons, de la juridictionnalisation – du droit administratif présente donc une spécificité toute particulière : à rebours du droit constitutionnel, ce n'est pas l'évolution de la discipline qui a donné naissance à un phénomène de juridictionnalisation ; c'est au contraire la jurisprudence qui a donné naissance à la discipline. Aussi la juridictionnalisation se bornerait-elle tout au plus à traduire, en matière contentieuse, une augmentation spectaculaire des recours subjectifs. Tantôt loué, tantôt vilipendé comme facteur de crise, le juge focalise donc les attentions doctrinales dans l'ensemble des disciplines juridiques.

23. L'enjeu n'est toutefois pas le même en droit constitutionnel, au sein duquel les querelles relatives à son objet sont particulièrement vives. L'instabilité constitutionnelle qu'a connue la France depuis 1789 est en effet telle que « les Français pourraient revendiquer, en

⁷⁵ S. GUINCHARD, « Vers une démocratie procédurale ? », *Justices*, 1999, n° 1, p. 91 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 5^e éd., 2017, p. 16.

⁷⁶ V. ROUSSEL, « La judiciarisation du politique, réalités et faux semblants », art. cité, p. 14. Ceci alors que le doyen Vedel considérait que « par rapport au droit législatif, le droit civil jurisprudentiel est soit déductif, soit supplétif », G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, 1979-1980, n° 31, p. 31.

⁷⁷ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 15^e éd., 2001, p. 6. Droit jurisprudentiel qui fut à l'origine « antérieur au droit administratif écrit », Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1972, rééd. Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Anthologie du Droit », 2014, p. 133. Faisant référence à Gaston Jèze, Henri Berthélemy ou encore Émile Boutmy, Yves Gaudemet note d'ailleurs que « l'idée de codification n'a jamais bénéficié parmi les juristes de droit administratif d'une très bonne presse », *ibid.*, p. 129.

⁷⁸ V. sur l'entrée en vigueur du Code des relations entre le public et l'administration le dossier reproduisant les actes du colloque du 6 juin 2016 à l'Université Paris II Panthéon-Assas sous la direction scientifique de Benoît Plessix in *Droit administratif*, n° 8-9, 2016, p. 15-48.

⁷⁹ F. MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA*, 2005, n° 12, p. 637.

⁸⁰ G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », art. cité, p. 31.

apparence du moins, la gloire d'avoir édifié le musée des formes politiques »⁸¹. La doctrine constitutionnelle ne se réjouissait toutefois nullement d'une telle instabilité, inclinant au constat selon lequel la Constitution serait une simple « survivance »⁸². Alors qu'étaient intarissablement vantées la longévité du Code civil, véritable « constitution civile de la France » selon la formule du doyen Carbonnier⁸³, et la remarquable « continuité du droit administratif »⁸⁴, permise par la jurisprudence du Conseil d'État, la doctrine constitutionnelle se trouvait embarrassée par ce *droit politique* dont la nature hybride ne pouvait que déranger. L'avènement du juge constitutionnel permettait à un droit constitutionnel alors délaissé de devenir un « vrai » droit. Aussi le phénomène doctrinal de juridictionnalisation révèle-t-il également un complexe initial de la discipline. La juridictionnalisation apparaît en ce sens comme un enjeu de pouvoir : si le droit constitutionnel devient un « vrai » droit, le constitutionnaliste devient subséquent un « vrai » juriste. La juridictionnalisation du droit constitutionnel présentait donc une double finalité. Pour le droit constitutionnel positif, d'abord, l'avènement du juge constituait une garantie de stabilité constitutionnelle, dans la mesure où « la justice constitutionnelle assure la permanence (dans le temps) de la suprématie normative de la Constitution »⁸⁵. Pour la discipline, ensuite, la juridictionnalisation comportait un enjeu d'autorité.

⁸¹ « Pouvoir personnel et démocratie ; souveraineté nationale et souveraineté du peuple ; constitution souple, rigide, semi-rigide, semi-souple ; régime conventionnel, régime présidentiel, régime parlementaire ; monocréalisme ou bicaméralisme ; monarchie, république, empire... Que pourrait-il manquer à ce catalogue ? », G. VEDEL, « L'inexpérience constitutionnelle de la France » in *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, Tome 2, p. 433.

⁸² G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution » in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 53.

⁸³ Cité in Y. GAUDEMET, « Le Code civil, "constitution civile de la France" » in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 298.

⁸⁴ G. VEDEL, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », art. cité, p. 777.

⁸⁵ Ph. BLACHÈRE, « Les temps de la saisine du Conseil constitutionnel » in A. VIALA (dir.), *La constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, coll. « Bibliothèque de droit », 2003, p. 238.

3. Un phénomène spécifique à la V^e République

24. Après une interminable gestation depuis l'avènement du constitutionnalisme moderne, parcourue de tentatives⁸⁶ et d'échecs⁸⁷, l'« accouchement dans la douleur »⁸⁸ de la justice constitutionnelle eut lieu en 1958. Il faudra toutefois attendre quelques années avant qu'elle ne s'épanouisse, si bien que c'est à la « seconde naissance du Conseil constitutionnel »⁸⁹ que l'on doit l'émergence du phénomène *juridique* de juridictionnalisation. Celle-ci se rattache, dans un premier temps, à la décision du 16 juillet 1971 par laquelle le Conseil constitutionnel incorporait la liberté d'association au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République découlant du Préambule de la Constitution de 1946. En visant la Constitution « et notamment son Préambule », le Conseil constitutionnel élargissait considérablement les

⁸⁶ Au commencement du droit constitutionnel révolutionnaire, on relèvera d'abord l'interrogation formulée par Buzot et Pétion, dès 1791, sur les moyens de garantir l'effectivité des droits protégés par la Constitution, L. JAUME, « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Droits*, 2002, n° 36, p. 115. Par la suite, deux tentatives peuvent être recensées. La première est la proposition du conventionnel Kersaint, en 1793, d'instaurer un « tribunal des censeurs », c'est-à-dire une juridiction chargée de dénoncer les atteintes portées à la Constitution. V. sur ce point, P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain », 2011, p. 393-397. La seconde, plus connue, est la proposition formulée par Sieyès en 1795 de confier la garde de la Constitution à un « jury constitutionnaire ». V. le discours de Sieyès prononcé à la Convention nationale le 18 thermidor an III (5 août 1795) in W. MASTOR *et al.* (dir.), *Les grands discours de la culture juridique, op. cit.*, p. 322 *sqq.* Sur ce jury constitutionnaire, v. également, M. TROPER, « Sieyès et le jury constitutionnaire » in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 265 ; L. JAUME, « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », art. cité, p. 115. Sous la III^e République, des propositions éparées visaient à mettre en œuvre un contrôle de constitutionnalisation des lois exercé *a posteriori*, sur le modèle de la Cour Suprême des États-Unis. Ainsi en est-il de la proposition de loi de Charles Benoist en 1903, puis en 1907, visant à créer une Cour suprême statuant par voie d'exception sur la constitutionnalité des lois. Ainsi en est-il également des travaux du Comité technique pour la réforme de l'État dirigé par Jacques Bardoux en 1934, dit « Comité Bardoux ». V. notamment là-dessus, M. VERPEAUX, « Le contrôle de la loi par la voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la III^e République », *RFDC*, n° 4, 1990, p. 688 et E. MAULIN, « Réforme de l'État et contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^e République. Charles Benoist et Jacques Bardoux » in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité. XVIII^e-XX^e siècle*, Paris, Panthéon-Assas, coll. « Droit public », 2003, p. 55.

⁸⁷ Les expériences infructueuses de contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois dans l'histoire constitutionnelle française s'illustrent d'abord par les deux Sénats impériaux – le Sénat conservateur du Consulat et du Premier Empire puis le Sénat conservateur du Second Empire. V. là-dessus, C. ZACHARIE, *Le Sénat du Consulat et de l'Empire, contribution à l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois en France*, Thèse dactyl., Paris II, 2004 ; A. ASHWORTH, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire », *RDP*, 1994, p. 45. Ces derniers, ainsi que nous le verrons, jetteront pour longtemps le discrédit sur le concept de « justice politique ». La seconde expérience ayant échoué est celle du Comité constitutionnel de la IV^e République qui, selon l'article 91 de la Constitution de 1946 – et conformément à une conception légicentriste – « examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution ». V. sur ce Comité constitutionnel, M. CHARPY, « Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IV^e République », *Jus Politicum*, n° 16 [en ligne]. Sur le constat du caractère inabouti de cette expérience par la doctrine constitutionnelle de l'époque, v. B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2020.

⁸⁸ F. SAINT-BONNET, « Le droit contre la loi. Regard sur les mutations du droit constitutionnel au XX^e siècle » in S. GOYARD-FABRE, *L'État au XX^e siècle*, Paris, Vrin, coll. « Histoire des idées et des doctrines », 2004, p. 128.

⁸⁹ L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Paris, Fayard, 1987, p. 159.

normes de référence de son contrôle et provoquait alors, selon la formule de Jean Rivero, une « remise en cause de quelques-uns des principes fondamentaux d'une tradition constitutionnelle dont les racines se trouvent dans la Déclaration de 1789 »⁹⁰. Mais cette seconde naissance est complétée, dans un second temps, par la révision constitutionnelle de 1974 élargissant la saisine du Conseil constitutionnel à soixante députés ou soixante sénateurs⁹¹. Par conséquent, si la « juridictionnalisation de la *vie publique* ne date pas de 1971 »⁹², celle du droit constitutionnel émergera bien dans les années soixante-dix. De l'éclosion de ce phénomène juridique, découlera celui d'un phénomène doctrinal. Aussi l'identification du phénomène doctrinal de juridictionnalisation suppose-t-elle de limiter l'objet proprement dit à la doctrine de la V^e République.

25. Ce phénomène doctrinal ne sera toutefois pas analysé isolément. Les prémices du phénomène remontant bien plus loin dans l'histoire de la pensée constitutionnelle, l'étude de la juridictionnalisation supposera d'en rechercher les origines. La juridictionnalisation est en effet un paradigme constitutionnel, qui a pu être qualifié de « *paradigme contentieux* »⁹³ que la question prioritaire de constitutionnalité prolonge et accentue. Or, le paradigme est par nature historique et résulte en droit constitutionnel de la maturation de la pensée juridique et politique. Le phénomène doctrinal, qui produit, nourrit, enrichit ce paradigme, est ainsi mouvant, en constante évolution. Alors que Gaston Bachelard présentait la connaissance antérieure comme un obstacle épistémologique⁹⁴, il convient de considérer cette connaissance antérieure comme nécessaire à l'appréhension du phénomène. Si, selon l'affirmation bachelardienne, l'esprit est « très vieux, car il a l'âge de ses préjugés »⁹⁵, il en est de même des représentations du droit constitutionnel dont les racines puisent dans une histoire de la pensée constitutionnelle et des idées politiques aussi riche que tumultueuse.

⁹⁰ J. RIVERO, « Note sous la décision du 16 juillet 1971 », art. cité, p. 537.

⁹¹ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution, *JORF* du 30 octobre 1974, p. 11035.

⁹² C.-M. PIMENTEL, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », art. cité, p. 14.

⁹³ A. LE DIVELLEC, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? » in D. ROUSSEAU, P. PASQUINO (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Mare et Martin, coll. « Néo-rétro constitutionnalisme », 2018, p. 102.

⁹⁴ Gaston Bachelard considère en effet la connaissance antérieure comme un « obstacle épistémologique » qu'il convient de surmonter : « on connaît *contre* une connaissance antérieure, en détruisant des connaissances mal faites », G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une Psychanalyse de la connaissance objective*, op. cit., p. 14.

⁹⁵ « Face au réel, ce qu'on croit savoir clairement offusque ce qu'on devrait savoir. Quand il se présente à la culture scientifique, l'esprit n'est jamais jeune. Il est même très vieux, car il a l'âge de ses préjugés. Accéder à la science, c'est, spirituellement, rajeunir, c'est accepter une mutation brusque qui doit contredire un passé », *ibid.*, p. 14.

26. À rebours de la conception anhistoriciste de la méthode normativiste, notre étude sera donc attachée à retracer la généalogie historique des représentations doctrinales sur le juge. L'identification du phénomène doctrinal de juridictionnalisation supposera en ce sens d'accorder une place privilégiée à l'histoire de la pensée constitutionnelle et politique. À cet égard, nous ne nous limiterons pas à la naissance de l'expression « droit constitutionnel » durant la deuxième moitié du XVIII^e siècle⁹⁶ ni à l'établissement durable de la discipline à partir de la III^e République⁹⁷, dans la mesure où la chose – et donc la pensée sur la chose – existaient à la fois avant le mot et avant la discipline⁹⁸.

27. Les comparaisons externe – avec la pensée juridique étrangère – et interne – avec les autres branches du droit –, si elles ne constituent pas l'objet de l'étude, viendront donc en définitive ponctuellement enrichir la réflexion. Il en sera de même de la délimitation temporelle, la naissance du phénomène sous la V^e République n'excluant pas d'y intégrer des éléments de comparaison historique. L'étude de la juridictionnalisation comme phénomène doctrinal implique alors d'adopter une démarche en adéquation avec cet objet de recherche.

II. – UNE APPROCHE ÉPISTÉMOLOGIQUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

28. Le point de vue épistémologique, qui sera au fondement de notre approche, a vocation à réinterroger les implications théoriques des représentations du droit constitutionnel. L'approche retenue repose ainsi sur la conviction que la mobilisation d'une épistémologie constructiviste est la plus pertinente pour penser le droit constitutionnel en tant que discipline **(A)**. La prétention positiviste d'édifier une science du droit – un discours de la connaissance – extérieure à son objet nous semble à cet égard illusoire, dans la mesure où la connaissance est elle-même le fruit des représentations du droit que forge le chercheur **(B)**.

A. Une épistémologie constructiviste

29. La pensée juridique contemporaine s'étant affranchie des principes du droit naturel, le droit, en tant que construction humaine, est désormais conçu comme le produit de la volonté

⁹⁶ J.-L. MESTRE, « Les emplois initiaux de l'expression “droit constitutionnel” », *RFDC*, n° 55, 2003, p. 451.

⁹⁷ Si le premier cours de droit constitutionnel a été créé par Guizot sous la Monarchie de Juillet et confié à Pellegrino Rossi, (P. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, Guillaumin, 1866-1867, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2012), la discipline n'émergera véritablement qu'à partir de la III^e République, singulièrement grâce à un décret du 20 juillet 1882 rendant l'enseignement du droit constitutionnel obligatoire en doctorat, auquel succédera un second décret, le 24 juillet 1889, portant réforme de la licence en droit, qui instaurera l'enseignement du droit constitutionnel dès la première année de licence.

⁹⁸ F. SAINT-BONNET, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits*, 2000, n° 32, p. 7.

de l'Homme, et non le fruit naturel des « choses »⁹⁹. Autrement dit, le droit n'est pas donné ; il est construit¹⁰⁰. Cette évolution marque le passage d'une « ontologie objectiviste » – les propriétés de l'être résident dans la nature objective des choses – à une « ontologie subjectiviste »¹⁰¹ – l'être dépend du sujet qui l'appréhende. Comme l'affirme Paul Amselek de façon décisive, en droit, « il n'y a jamais de déjà là du sens indépendamment du sujet qui le construit »¹⁰². Au contraire des choses qui résident dans la nature, *le droit positif n'a pas d'existence autre que celle que nous lui assignons*.

30. Parce que les données brutes du réel n'ont pas de signification en soi, l'épistémologie constructiviste¹⁰³ nous invite à rechercher ce qu'est la juridictionnalisation en

⁹⁹ V. à cet égard la querelle entre Michel Villey et Paul Amselek sur l'ontologie du droit : M. VILLEY, « Le droit dans les choses » in P. AMSELEK, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1989, p. 11 ; P. AMSELEK, « Le droit dans les esprits » in P. AMSELEK, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, *ibid.*, p. 27. Alors que, selon une vision *jusnaturaliste*, Michel Villey considère que le droit réside dans les « choses », Paul Amselek considère que les règles de droit « sont des représentations intellectuelles, c'est-à-dire des choses non pas présentes, pour ainsi dire, en chair et en os en dehors de nous, mais que nous représentons dans notre esprit auquel elles restent immanentes », *ibid.*, p. 27. Ailleurs l'auteur précise : « les règles sont des *outils de nature psychique* ou *outils mentaux* », elles n'ont « aucune existence extérieure en dehors de nous-mêmes, aucune phénoménalité : elles sont présentes uniquement dans notre esprit, à l'intérieur de nos circuits mentaux ». Il en résulte que « leur communication dans nos rapports intersubjectifs donne bien lieu à l'émission de signes extérieurs perceptifs (oraux ou scripturaux), mais ces signes ne sont que des véhicules ou moyens de transport, des moyens pour faire passer dans l'esprit d'autrui les règles que l'on a soi-même à l'esprit. (...) L'idée de règles, et notamment de règles juridiques, objectivement présentes dans le monde, derrière les choses de la nature, est un pur non-sens » P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n° 10, 1989, p. 8. Dans le même sens, Denys de Béchillon considère que « la norme juridique n'a rien d'un objet réel ou naturel dont on pourrait constater la présence et décrire les contours par l'effet d'un mouvement du regard. Cette page du Code pénal posé devant vous *n'est pas* une règle de Droit ; tout au plus l'un des nombreux supports possibles de sa formulation. La règle (...) appartient au monde totalement abstrait des constructions de l'esprit. Elle ne consiste pas dans un alignement de mots portés sur une feuille de papier serrée dans un petit livre rouge, mais dans la *signification* du message ainsi véhiculé. Or une signification ne se voit pas », D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 9-10.

¹⁰⁰ Se livrant à une explication de son concept d'« obstacle épistémologique », Gaston Bachelard affirme ainsi avec vigueur : « Pour un esprit scientifique, toute connaissance est une réponse à une question. S'il n'y a pas de question, il ne peut y avoir connaissance scientifique. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit », G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une Psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, J. Vrin, 1947, p. 14. V. dans le même sens, M. MIAILLE, « Définir le droit », *Droits*, n° 11, p. 44 : « l'objet d'un savoir n'est jamais donné : il est toujours construit. Mais cet impératif banal de l'épistémologie semble toujours refusé par les juristes qui confondent l'objet de leur savoir avec l'ensemble concret des règles juridiques ».

¹⁰¹ S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 1992, p. 219-263. Michel Villey a toutefois bien montré qu'à rebours du droit naturel classique – droit fondamentalement objectif en ce qu'il résidait dans les choses de la nature – le droit naturel moderne est un droit subjectif puisqu'il est réputé exister grâce à la raison et la volonté humaine. V. notamment en ce sens les observations de Mathieu Carpentier in W. MASTOR *et al.* (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 516.

¹⁰² P. AMSELEK, « La teneur indécelable du droit », *RDP*, 1991, p. 1203.

¹⁰³ V. notamment là-dessus, A. VIALA, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2^e éd., 2019, p. 216-218. On signalera à ce sujet la démonstration proposée par Elsa Kohlhauer, tendant à présenter l'épistémologie constructiviste comme la méthode caractéristique de l'approche de droit politique, E. KOHLHAUER, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation*, *op. cit.*, p. 423-600. Précisons à cet égard que si l'approche de droit politique, comme position critique du phénomène de juridictionnalisation, enrichira considérablement notre étude, nous ne nous identifions toutefois pas au « courant doctrinal » ou à une potentielle « école » de droit politique.

projetant l'analyse sur la *perception* de la réalité, c'est-à-dire ses *représentations*¹⁰⁴. La représentation peut ainsi être définie comme *la connaissance qui découle de notre perception subjective d'un phénomène*. En d'autres termes, il s'agit de porter le regard, non sur la construction elle-même – le droit positif – mais sur celui qui en construit la connaissance¹⁰⁵. La difficulté tient toutefois à ce que le lien entre ces deux mondes est étroit et que leur frontière n'est pas hermétique : les discours *du* droit « sont des énoncés dont les auteurs prétendent produire des normes, c'est-à-dire des énoncés signifiants qui donnent au juriste savant qui les décrit l'illusion que son objet est déjà créé »¹⁰⁶, d'où il résulte – à la différence des sciences empiriques – une « identité sémantique » entre les discours du droit et les discours sur le droit¹⁰⁷. En dépit de cette difficulté, le discours doctrinal est loin d'être vain. Sa fonction est au contraire essentielle, puisque la doctrine assure la médiation entre la règle et notre connaissance de la règle. Or, cette fonction ne saurait être réduite à une fonction explicative ; elle est bien constructive¹⁰⁸. Une chose en effet est de constater que la doctrine n'est pas « faiseuse de normes »¹⁰⁹, une autre de nier que ses membres sont des « faiseurs de système »¹¹⁰. Le droit

¹⁰⁴ En ce sens, Paul Amselek parle de « réflexion épistémologique » pour désigner « une réflexion sur les traits essentiels communs aux choses d'un même type, une réflexion sur les éléments caractéristiques de leur modalité, de leur mode d'être-au-monde, à notre monde tel qu'il se donne à notre regard, à notre conscience », P. AMSELEK, « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits*, n° 11, 1990, p. 86.

¹⁰⁵ Notre approche constructiviste se distingue toutefois de la théorie réaliste de l'interprétation telle qu'elle a été conceptualisée, en France, par Michel Troper. Certes, cette dernière nie également la possibilité de connaître, sans médiation, la réalité juridique : pour connaître le droit, qui n'est qu'un ensemble d'énoncés, il faut passer par l'intermédiaire de représentations humaines, qualifiées d'opérations d'interprétation. Or « l'interprétation est une opération mentale de *construction* ou *reconstruction* », P. AMSELEK, « La teneur indécise du droit », art. cité, p. 1202. Cependant, cette théorie aboutit à nier de manière catégorique l'existence d'une réalité objective ; il n'y a de réalité que dans les actes produisant des énoncés. Partant, la théorie réaliste de l'interprétation constitue une *version par trop radicale du constructivisme*, dans la mesure où il s'agit d'un constructivisme ontologique – et non épistémologique – qui nie l'existence même de la réalité. Elle se distingue en cela de notre approche, qui ne consiste pas à nier purement et simplement l'existence d'une réalité – l'objet droit – mais de considérer que cette réalité en soi se voit transformée par les représentations qui tendent à la décrire.

¹⁰⁶ A. VIALA, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêstiste. Questions de méthode », *RDP*, 2016, p. 1142.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 1142-1143.

¹⁰⁸ Dans le même sens, Jacques Chevallier relève que la doctrine « participe au processus de production du droit (...) par une activité d'*interprétation*, par un travail de *systématisation*, par la production de nouvelles *représentations*, enfin par une *participation* plus directe à l'élaboration de la norme », J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 106. De l'activité d'interprétation, inhérente au travail du juriste, il ressort que l'activité doctrinale ne relève pas « d'une simple description mais d'une véritable reconstruction, qui passe par un travail de systématisation et de mise en cohérence », J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit » in CURAPP, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 267.

¹⁰⁹ N. JACQUINOT, « La doctrine constitutionnaliste, quel rôle dans l'élaboration du droit ? » in M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, coll. « Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », 2005, p. 196.

¹¹⁰ S'agissant du travail de systématisation, l'on pense à l'« apologie pour les “faiseurs de systèmes” » formulée par Jean Rivero, qui rappelait que « tout juriste est faiseur de systèmes » et que la systématisation constitue un élément indispensable au droit, singulièrement au droit administratif, J. RIVERO, « Apologie pour les “faiseurs de systèmes” », *Recueil Dalloz*, 1951, p. 99. Cet article était une réponse aux conclusions de Bernard Chenot sur CE, 10 février 1950, *Gicquel, Rec.* p. 99, dans lequel il formulait une critique des constructions doctrinales abstraites.

constitutionnel ne saurait en effet exister sans la doctrine¹¹¹, dans la mesure où il ne peut être appréhendé par la seule lecture de la Constitution, de la jurisprudence ou par l'observation des pratiques politiques. La doctrine ouvre l'accès à la connaissance du droit constitutionnel ; connaissance qu'elle ne se contente pas de décrire ou d'observer, mais dont elle détermine le contenu en fonction de ses présupposés et des conceptions auxquelles elle est attachée. Partant, la doctrine, en tant que source du droit¹¹², participe à sa construction : elle « exerce une action en retour sur la réalité qu'elle étudie, notamment en modifiant la perception de cette réalité »¹¹³. Ainsi en est-il par exemple de la « typologie des régimes politiques fondée sur le degré de séparation des pouvoirs »¹¹⁴ formulée par Esmein – lui-même influencé par l'anglais Bagehot¹¹⁵ –, qui a pu alimenter la manière dont les constituants ou les auteurs de projets de réformes constitutionnelles écrivent ou réécrivent une constitution. Ainsi en est-il également de la distinction opérée par Carré de Malberg entre souveraineté nationale et souveraineté du

Ce dernier répondra à Jean Rivero en formulant une critique de l'essentialisme des professeurs de droit, qui seraient enfermés dans des constructions théoriques éloignées de la réalité, ignorant que « les mots seuls sont permanents ». Le conseiller d'État propose à l'opposé une vision proprement désenchantée – ou « existentialiste » – du monde juridique, où « tout est éphémère et subjectif », si bien que les principes et notions « ne sont que les produits changeants de l'esprit humain et de l'histoire », B. CHENOT, « L'Existentialisme et le Droit », *RFSP*, 1953, p. 57.

¹¹¹ François Terré souligne en ce sens, s'agissant de la doctrine juridique en général, qu'« il pourrait exister, à la limite, un système juridique sans législation ou sans coutume ou sans jurisprudence. Mais il ne saurait y avoir de système juridique sans doctrine, car c'est celle-ci, et elle seule, qui donne aux autres composantes du droit conscience de leur existence », F. TERRÉ, « À propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *Revue du droit d'Assas*, 2011, p. 39. Ainsi, selon un postulat que l'on pourrait rattacher au constructivisme – et auquel nous adhérons – François Terré parvient à la conclusion selon laquelle « le droit c'est la doctrine du droit », F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2009, p. 164-167.

¹¹² P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004, p. 5. Il est toutefois exclu de la ranger parmi les sources formelles du droit. Étienne Picard relève à cet égard l'aporie consistant à exclure la doctrine des sources du droit en étant soit même une doctrine tendant à promouvoir les seules sources formelles du droit, E. PICARD, « “Science du droit” ou “doctrine juridique” » in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 151 *sqq.* La doctrine est néanmoins considérée comme une « autorité », notamment par le doyen Gény qui la qualifie d'« autorité théorique », par opposition à la jurisprudence qui est une autorité pratique, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome 2, Paris, LGDJ, 1932, p. 9. V. également sur la doctrine comme autorité, S. CAPORAL, « Quelques observations du côté de la philosophie » in G. Koubi, *Doctrines et doctrine en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Constitutions, droit et politique », 1997, p. 25 *sqq.* Certains auteurs ont également pu la qualifier de « source indirecte », J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 5^e éd., 2012, p. 82.

¹¹³ J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », art. cité, p. 117. Au reste, la définition même de la doctrine renvoie à cette faculté. Comme le souligne en ce sens Étienne Picard, « la notion de “doctrine” implique très nettement que le droit serait objet d'opinion » et « implique aussi, par conséquent, que le droit pourrait être l'effet d'une opinion », E. PICARD, « “Science du droit” ou “doctrine juridique” », art. cité, p. 122.

¹¹⁴ J. BOUDON, « Le mauvais usage des spectres. La séparation “rigide” des pouvoirs », *RFDC*, n° 78, 2009, p. 247. V. également, A. CHOPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Paris, Mare et Martin, coll. « Bibliothèque des Thèses. Droit public », 2014, p. 465-519.

¹¹⁵ W. BAGEHOT, *The English Constitution* [1867], Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Cambridge texts in the history of political thought », 2001.

peuple¹¹⁶, qui semble avoir influencé, à travers René Capitant¹¹⁷, l'article 3 de la Constitution de 1958¹¹⁸. Ainsi en est-il encore, nous l'avons dit, de la théorie kelsénienne de la justice constitutionnelle, dont les conséquences en droit positif paraissent évidentes. Cette proposition n'est, au reste, guère truculente. D'autres disciplines juridiques ont déjà admis que la doctrine puisse exercer une influence dans la formation du droit ; c'est notamment le cas de la doctrine civiliste¹¹⁹, pénaliste¹²⁰ et administrativiste¹²¹.

31. Cette démarche exige toutefois de prendre un certain nombre de précautions. Elle se heurte en effet à deux séries de difficultés, auxquelles il conviendra de répondre. La première difficulté d'une approche épistémologique du droit tient à ce qu'elle impose de distinguer rigoureusement le droit et le discours sur le droit. L'analyse doit se concentrer sur le « droit tel qu'il est connu et représenté » et non sur le « droit tel qu'il est »¹²². En d'autres termes, la juridictionnalisation du droit constitutionnel sera envisagée non comme un phénomène affectant l'ontologie du droit constitutionnel, mais sa connaissance ; la question n'est pas celle de l'être, mais du savoir. La question ontologique ne nous semble, au reste, pas pouvoir être pensée indépendamment de la question épistémologique dans la mesure où l'identité du droit constitutionnel dépend des représentations qu'en ont les auteurs. L'*être*, en droit, est *connaissance*. La recherche d'une permanence – c'est-à-dire d'une identité¹²³ – du droit constitutionnel par-delà les changements apparaît en ce sens proprement impossible en droit

¹¹⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome 2, Paris, Sirey, 1920-1922, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, p. 152-197.

¹¹⁷ V. en ce sens, H. TRUCHOT, *Le droit constitutionnel de René Capitant*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2020.

¹¹⁸ Singulièrement son premier alinéa : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

¹¹⁹ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGJD, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2002.

¹²⁰ Guillaume Beaussonie estime en effet que les juristes pénalistes ont œuvré à « la mise en place du système pénal », puis à « l'entretien du système mis en place », G. BEAUSSONIE, *Le rôle de la doctrine en droit pénal*, Paris, L'Harmattan, coll. « Bibliothèque de droit », 2006.

¹²¹ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1994. S'agissant cependant du droit administratif, la singularité tient à ce que la frontière entre doctrine et juges n'est pas étanche ; les juges faisant également œuvre de doctrine ou, à tout le moins, de « doctrine autorisée ».

¹²² C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 48.

¹²³ Sur l'identité comme permanence, v. A. VIALA, « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Éditions Pedone, coll. « Cahiers européens », 2011, p. 7. Ainsi Maurice Hauriou, s'agissant spécifiquement de la permanence de l'Institution, affirmait : « Une organisation, quelle qu'elle soit, ne peut aspirer à la dignité d'institution que si elle se montre durable et *permanente*, c'est-à-dire si elle se perpétue avec une certaine *identité* », M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Sirey, 6^e éd., 1907, p. 11. Nous soulignons. Dans le même sens, Olivier Beaud, s'interrogeant sur les permanences et mutations de la V^e République, affirme : « La permanence suppose qu'elle a conservé son identité », O. BEAUD, « Les mutations de la V^e République. Ou comment se modifie une constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001, n^o 99, p. 19. Une telle appréhension du concept permanence permet de le distinguer de celui de continuité, qui ne s'attache guère quant à lui à la question de l'identité.

constitutionnel, car cette identité varie au gré des présupposés implicites et orientations méthodologiques des auteurs. De même, nous dit Bergson, qu'« il n'y a pas, il ne peut pas y avoir *une* philosophie », mais qu'il en existe autant que « de penseurs originaux »¹²⁴, de même n'y a-t-il pas *une* doctrine constitutionnelle mais autant de doctrines que de penseurs. « Si abstraite, affirme en effet le philosophe français, que soit une conception, c'est toujours dans une perception qu'elle a son point de départ »¹²⁵. La fragilité des représentations du droit constitutionnel tient ainsi à la confusion de l'identité du droit constitutionnel et de la manière de l'appréhender, autrement dit de l'ontologie du droit constitutionnel et des postulats épistémologiques¹²⁶. Pour obvier à cette difficulté, il convient donc de marquer la différence entre ces deux mondes¹²⁷ et d'admettre que le monde des représentations est un monde d'incertitudes par rapport au réel. Réinterroger les représentations du réel revient donc nécessairement à « adopter un certain type de rapport à la vérité »¹²⁸, ce qui explique que les termes d'approche, de démarche ou de conception soient préférés à celui de « méthode ». En admettant que les différentes approches relèvent d'un choix de leurs auteurs¹²⁹, on comprend alors aisément l'extraordinaire hétérogénéité des discours de la doctrine constitutionnelle sur les objets dont elle entend rendre compte. La nature subjective des représentations se révèle de manière éclatante en droit constitutionnel, où les controverses sur l'ontologie et « la

¹²⁴ H. BERGSON, « La perception du changement » in *La pensée et le mouvant* [1934], Paris, PUF, coll. « Quadrige », 17^e éd., 2013, p. 143.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 143. C'est la raison pour laquelle l'auteur invitait, dans une perspective philosophique fort originale, à en revenir à la perception.

¹²⁶ Otto Pfersmann parle à cet égard en droit constitutionnel d'« hétéronomie épistémologique », O. PFERSMANN, « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique » in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française op. cit.*, p. 540.

¹²⁷ Nous écartons ainsi la perspective du « constructivisme radical » pour qui « la distinction entre la réalité et la construction disparaît », dans la mesure où « la réalité au sens de ce qui existe réellement devient (...) à chaque fois une réalité construite par un observateur », L. K. SOSOE, « Préface à l'édition française » in N. LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, Paris, Les Éditions du Cerf, coll. « Passages », 2001, XXI.

¹²⁸ S'interrogeant sur la fonction de professeur, Christian Atias affirme que sa fonction n'est pas la transmission des connaissances car « les connaissances juridiques sont intransmissibles. On ne peut pas transmettre des connaissances en droit. On peut transmettre des connaissances en législation, sur des décisions de justice, ce ne sera pas du droit mais de la législation ou du judiciaire ». Il en résulte que « le droit, c'est une façon de questionner la réalité qui est complexe, délicate, tout simplement parce que nous savons, nous juristes, et c'est notre particularité, qu'il y a toujours plusieurs points de vue possibles. Qu'il n'y a jamais rien d'évident », si bien que l'enseignement du droit c'est fondamentalement « l'art de poser les questions ». Or, ajoute-t-il, « se poser des questions, c'est adopter un certain type de rapport à la vérité », C. ATIAS, « Le droit, entre enseignement et réalité », *Les Cahiers Portalis*, n° 2, 2015, p. 77.

¹²⁹ Nous soutenons que l'approche, ou la méthode, relève toujours d'un *choix* de l'auteur. Celle-ci ne s'impose pas à lui comme une donnée innée, offerte naturellement à sa conscience, mais repose sur ses propres présupposés et convictions. C'est la raison pour laquelle l'approche est épistémologique et non ontologique. Le danger d'un rattachement de la méthode à l'ontologie tient en effet à ce qu'elle suppose de prescrire une manière de définir le droit. V. en ce sens, s'agissant de la méthode en histoire constitutionnelle, F. SAINT-BONNET, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 11 [en ligne] : « La méthode n'existe pas en elle-même, elle est une stratégie au service d'une conviction comme en est une autre la rhétorique ».

concurrence d'objets et d'épistémologies présentées également comme valables »¹³⁰ se révèlent si vives que, souvent, le lecteur peut avoir le sentiment que personne ne semble parler de la même chose. Or, c'est précisément parce que la nature subjective des représentations du droit est niée que la doctrine a tendance à confondre sa méthode avec l'ontologie du droit¹³¹ et postuler conséquemment une essence du droit constitutionnel : « le droit constitutionnel *est* politique » ; « le droit constitutionnel *est* jurisprudentiel ».

32. La seconde précaution qu'impose notre démarche tient à la distinction des différents niveaux de discours. Malaisée à appréhender comme phénomène juridique, la juridictionnalisation l'est d'autant plus en tant que phénomène doctrinal, c'est-à-dire en tant que discours sur le droit. L'approche épistémologique commande une particulière vigilance quant à l'enchevêtrement des différents niveaux de discours : le *discours de la doctrine sur le droit* ; le *discours de la doctrine sur la doctrine* et le *discours que nous porterons sur la doctrine*, qui n'est lui-même qu'une contribution aux deux premiers. Or, la difficulté tient à ce que ces discours ne sont pas cloisonnés. D'abord, notre discours *sur* la doctrine est lui-même un discours *de* la doctrine qui, en tant qu'interprétation du phénomène¹³², prête également à discussion. Ensuite, le discours sur le droit peut lui-même s'inspirer, de façon plus ou moins consciente, des discours du droit. Par exemple, ainsi que nous tenterons de le démontrer, le phénomène doctrinal de juridictionnalisation, qui est un discours sur le droit, provoque la réminiscence des discours parlementaires de l'ancienne France, qui sont des discours du droit. Les discours du droit ont également pu constituer le fondement de théories constitutionnelles. Ainsi en est-il notamment de l'*obiter dictum* énoncé par la décision du Conseil constitutionnel rendue le 23 août 1985, selon lequel « la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹³³, qui a pu constituer le point de départ d'une théorie consistant à ériger le juge en représentant du « peuple constituant », par opposition au législateur, représentant du « peuple actuel »¹³⁴. Outre ces précautions, les conséquences de notre démarche,

¹³⁰ E. MILLARD, « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », *Communication au VI^e Congrès français de droit constitutionnel*, Montpellier, 10 juin 2005, p. 4 [en ligne].

¹³¹ Lors du colloque organisé les 29 et 30 septembre 2016 à l'Université Toulouse 1 Capitole, Denis Baranger mettait ainsi en garde contre le piège consistant à prendre sa méthode pour une ontologie, v. X. MAGNON, S. MOUTON (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quels droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, *op. cit.*

¹³² Rejetant la possibilité d'une description absolument fidèle de la réalité Heinrich Rickert soutient en ce sens que « la connaissance n'est pas un reflet obtenu par la description des "phénomènes", mais une *transformation* ; nous pouvons même ajouter qu'elle est aussi toujours une *simplification* par rapport au réel lui-même », H. RICKERT *Science de la culture et science de la nature* [1962], *op. cit.*, p. 58.

¹³³ Cons. const., 23 août 1985, n° 85-197 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *JORF* du 24 août 1985, p. 9814.

¹³⁴ Ph. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, *op. cit.*

tenant à la remise en cause de la conception qu'exprime le positivisme sur la science du droit, nécessitent d'être exposées plus substantiellement.

B. Le rejet des postulats positivistes de la science du droit

33. Norberto Bobbio distinguait trois sens du positivisme : il est soit une méthode, soit une théorie, soit une idéologie. Or, selon le premier sens, la méthode positiviste se caractérise « par la nette distinction entre droit réel et droit idéal, ou, avec d'autres expressions équivalentes, entre le droit comme fait et le droit comme valeur ; le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il doit être ; et par la conviction que le droit dont doit s'occuper le juriste est le premier, et non pas le second. Voulant user d'un seul mot pour désigner cette forme d'approche du droit, on pourrait l'appeler scientifique (en se référant aux sciences descriptives et explicatives, non aux sciences démonstratives) »¹³⁵. Comme Gerber et Laband avant lui, Kelsen est à cet égard une figure archétypale de cette approche positiviste de la science du droit¹³⁶. Dans l'objectif de façonner une théorie « pure » du droit – c'est-à-dire une théorie du droit hermétique aux autres disciplines et libérée de tout fardeau axiologique – le juriste autrichien a en effet insisté sur la nécessité de séparer le droit de la science du droit en distinguant les « normes » juridiques des « propositions » de droit. Ces dernières sont définies comme « des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique, national ou international, donné à la connaissance juridique, si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu »¹³⁷. La science du droit, qui énonce des propositions de droit, relève de la connaissance juridique. À la différence du droit, elle « ne peut que *décrire* le droit ; elle ne peut pas *prescrire* quelque chose, comme le fait le droit »¹³⁸. Outre les effets bien connus qu'une telle approche a pu avoir sur le droit constitutionnel comme discipline – se traduisant par le rejet de sa dimension politique au profit d'une attention exclusivement portée sur l'étude des normes –, le positivisme normativiste kelsénien, qui est

¹³⁵ N. BOBBIO, « Sur le positivisme juridique » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*. Tome 1 : *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 56.

¹³⁶ « On rencontre chez Kelsen d'abord un point de vue positiviste classique : la science du droit, comme toutes les sciences, doit décrire son objet à l'aide de propositions vraies », « Normativisme » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 2^e éd., rééd. Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2018, p. 398.

¹³⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, trad. C. Eisenmann, rééd. Bruylant LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, p. 79. Il en résulte que les propositions de la science du droit « peuvent être vraies ou fausses, alors que les normes (*Sollnormen*) posées par l'autorité juridique (...) ne sont pas vraies ou fausses, mais seulement valables ou non-valables », *ibid.*, p. 81.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 80-81.

une « épistémologie de la fermeture »¹³⁹, a également pour conséquence inéluctable de nier l'effet créateur de la doctrine¹⁴⁰.

34. Les postulats positivistes sur la science du droit entretiennent en effet le « mythe de l'insignifiance doctrinale »¹⁴¹. Certes, Kelsen reconnaît le rôle créateur de la science¹⁴². Toutefois, à la différence de la « doctrine », la « science du droit » prétend pouvoir se situer en marge de son objet – le droit – qu'elle décrirait de l'extérieur¹⁴³. Pourtant, la science du droit comme la doctrine participent à la création de représentations du droit qui en constituent la réalité. À cet égard, la distinction entre doctrine et science du droit a pu être largement critiquée,

¹³⁹ J.-J. SUEUR, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. « Dikè », 2011, p. 7, note 15. Alexandre Viala considère quant à lui que la pensée de Kelsen relève d'un « essentialisme épistémologique », dans la mesure où il présente sa « théorie pure du droit » comme une théorie qui aurait « une identité indépendante de son auteur », comme si « les lois scientifiques seraient immanentes au monde, enfouies en lui mais dissimulées à notre conscience », A. VIALA, *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 249. Au fond, le normativisme kelsénien tend à présenter son approche comme la seule valable pour décrire le système qu'il élabore et qui, lui-même, est seul valable. En ce sens, Étienne Picard montre qu'en posant que le droit n'est que ce qui est posé par une autorité normative, la science du droit « installe un peu plus le dogme selon lequel la loi ou le juge serait la source exclusive du droit » et, par conséquent, n'est « qu'un produit d'une certaine “doctrine du droit”, en tant que conception du droit », E. PICARD, « “Science du droit” ou “doctrine juridique” », art. cité, p. 130.

¹⁴⁰ À la suite de Kelsen, Carré de Malberg a ainsi entendu nier le rôle créateur de la science du droit. Selon lui, « la science juridique n'a point pour objet de créer le droit » et le juriste « ne participe point, comme tel, à la tâche de création du droit », dans la mesure où « cette tâche est réservée aux organes ou autorités qui, sous des formes diverses, ont été investis, à cet effet, d'un pouvoir spécial par la loi constitutionnelle de l'État ou par des lois ordinaires faites en vertu de cette loi fondamentale », R. CARRÉ DE MALBERG, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome I, Paris, Sirey, 1935, p. 197.

¹⁴¹ C. ATIAS, « Réflexions sur les méthodes de la science du droit », *Recueil Dalloz*, 1983, chr. p. 147. Ce que déplore Jean-Denis Bredin, qui considère que la spécialisation a diminué le poids de la doctrine comme source du droit car, « cédant au mythe technicien, avides de recevoir des rayons, même atténués, du soleil de la science, nous nous sommes assignés, dans la société moderne, une place efficace mais modeste. Constructeurs furent quelques-uns d'entre nous, et beaucoup révèrent de l'être. Nous sommes, pour la plupart, devenus de consciencieux garagistes », J.-D. BREDIN, « Remarques sur la doctrine » in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 116.

¹⁴² H. KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 80 : « la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif, et qu'elle “crée” donc son objet en tant qu'elle le comprend comme un tout présentant une signification, un tout intelligible ».

¹⁴³ Il appartient en effet à la science du droit, selon Kelsen, « de connaître le droit – pour ainsi dire du dehors –, et, sur la base de cette connaissance, de le décrire ou analyser », *ibid.*, p. 79. Étienne Picard s'est ainsi attaché à démontrer que ce qui différencie la doctrine de la science du droit tenait à ce que la science du droit « entend se placer en dehors du droit » quand la doctrine juridique « entend au contraire s'impliquer délibérément en lui, même si elle doit et sait distinguer, dans une certaine mesure, les points de vue objectif et subjectif », E. PICARD, « “Science du droit” ou “doctrine juridique” », art. cité, p. 123. Il nous paraît à cet égard intéressant de relever que cette distinction entre doctrine et science du droit se rapproche, *mutadis mutandis*, de la distinction opérée par Gény entre science et technique. Pour lui, la science consiste à la seule observation de ce que Gény appelle le « donné », c'est-à-dire, dans une vision jusnaturaliste, « la règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses », F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Tome I, Paris, Sirey, 1922, 2^e tirage, p. 97. La technique consiste subséquemment à transformer ce « donné » en « construit », c'est-à-dire en système. Ainsi, la technique correspondrait à la doctrine telle que l'on entend, et la science à la science du droit qui, au lieu d'observer les données du droit naturel (données réelles, historiques, rationnelles et idéales) observe les données du droit positif, voire du seul système normatif.

soit pour considérer que l'ensemble des spécialistes du droit sont des scientifiques¹⁴⁴, soit au contraire pour nier le caractère scientifique – et donc objectif – de la science du droit¹⁴⁵, soit, enfin, pour nier l'extériorité de la science du droit vis-à-vis de son objet¹⁴⁶. Or ces trois affirmations nous paraissent également valables. La doctrine et la science du droit ont en commun : 1° d'appartenir au monde savant de la connaissance ; 2° de ne pouvoir adopter une posture d'observateur purement objectif et neutre d'un phénomène de la nature, empirique, qui serait donné et *déjà là* ; 3° de formuler des discours qui, certes se distinguent des discours *du* droit, mais n'en sont pas moins des discours *en* droit, qui par conséquent interagissent sur l'objet étudié. Si la doctrine comme la science du droit se doivent de distinguer leur propre discours d'un côté, et de l'autre le discours que constitue leur objet, la mise à distance ainsi opérée ne peut être que relative dans la mesure où le droit interagit avec la connaissance que l'on en a. L'objet droit et le sujet doctrine se distinguent mais ne sont pas indépendants l'un de l'autre, puisque la connaissance de l'objet passe par la conscience du sujet. En tant que science, la science du droit a en effet vocation à apporter des informations sur le droit – ce que l'on appelle la connaissance – et à produire une systématisation de ces dernières. Mais ces informations sont le fruit des représentations que se fait le chercheur sur son objet et qui lui sont propres – ou propres à sa communauté scientifique. Si bien qu'il participe nécessairement à l'élaboration, la perpétuation, ou la remise en cause de paradigmes¹⁴⁷.

¹⁴⁴ C'est le cas de François Terré, qui refuse cette distinction en considérant que « la nature scientifique du droit » conduit « à ne pas établir de séparation intellectuelle entre doctrine juridique et science juridique et à affirmer que les juristes, appelés à élaborer, découvrir, inventer leur doctrine sont des savants et constituent donc une communauté scientifique », F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 159.

¹⁴⁵ Selon P. Amselek, le postulat positiviste consistant à placer la théorie du droit dans une posture purement objective séparée de la politique est un « mythe ». Pour lui, « la théorie du droit de type traditionnel, qui représente encore aujourd'hui la quasi-totalité des activités théoriques dans le domaine juridique, n'est pas une science, mais une technologie ». La science doit en effet se consacrer à l'étude des phénomènes, or cette théorie se cantonne à la technique. La « technologie juridique » ne peut être purement objective, et surtout « le juriste-technologue n'est pas un simple observateur, mais un acteur au second degré dans l'expérience juridique », P. AMSELEK, « Théorie du droit et politique », *APD*, Tome 27, 1982, p. 411-415.

¹⁴⁶ V. notamment, E. PICARD, « “Science du droit” ou “doctrine juridique” », art. cité, p. 119 ; A. SUPLOT, « Ontologie et déontologie de la doctrine », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1421.

¹⁴⁷ Pour Denys de Béchillon, « toutes nos activités mentales (de conceptualisation, d'imagination, de représentation, de verbalisation, de sentiment...) se déploient à l'intérieur de cadres paradigmatiques. Nos esprits se disciplinent (et sont disciplinés) en sorte de discipliner le monde et les choses, de les rendre appréhendables, compréhensibles et vivables », D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, op. cit., p. 112. Luc Heuschling considère dans le même sens que l'appréhension du droit repose sur des « *présupposés théoriques*, d'ordre culturel, politique, intellectuel, etc., qui en forment le contexte et le soubassement, et qui influent – surtout lorsqu'ils relèvent de l'ordre de l'inconscient – sur la façon du juriste, quel qu'il soit, d'appréhender son objet, de *penser* le droit », L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », art. cité, p. 85. Sur la notion de paradigme dans la science, v. T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, coll. « Champs sciences », 2008, trad. L. Meyer. L'auteur considère que les paradigmes rassemblent les chercheurs autour d'une adhésion « aux mêmes règles et aux mêmes normes » qui sont perpétués jusqu'à ce que des « révolutions scientifiques » permettent « le passage d'un paradigme à un autre », *ibid.*, p. 30-32.

35. À cet égard, les constructions théoriques de la doctrine – comme de la science du droit – sont toujours « des représentations subjectives de l’univers juridique »¹⁴⁸. La juridictionnalisation, en tant que point de discorde, le manifeste aisément : d’un auteur à l’autre, la place du juge sera différemment perçue, appréhendée, voire critiquée ou légitimée, alors même que ces auteurs décrivent le même objet. L’exemple de la théorie dite « pure » du droit permet aisément de corroborer ces assertions. En *construisant* cette théorie, Kelsen a proposé une manière nouvelle d’appréhender le droit qui a exercé une influence considérable sur le droit constitutionnel contemporain¹⁴⁹. La représentation pyramidale de l’ordre juridique, la caractérisation de la constitution comme norme suprême de cet ordre et, subséquemment, la promotion de la justice constitutionnelle comme instrument de protection de cette suprématie sont autant de conceptions qui manifestent l’emprise de la science du droit sur son objet.

36. La neutralité axiologique – *Wertfreiheit* chez Max Weber¹⁵⁰ – qui découle du postulat positiviste, sera ainsi rejetée comme proprement impossible¹⁵¹. Le droit constitutionnel ne nous paraît pas pouvoir être considéré, ainsi que l’affirmait Duguit, comme « une science positive, et une science tout entière d’observation »¹⁵² qui pourrait être appréhendée objectivement sans qu’aucun présupposé ni aucune préconception ne vienne en perturber l’analyse. Il n’est pas, à l’image des sciences de la nature, un fait directement observable. Assurément, l’exigence d’objectivité – qui est en réalité une « subjectivité consciente d’elle-même »¹⁵³ – s’impose à la doctrine. Cependant, si elle n’avait véritablement pour rôle que de décrire un droit préexistant et déjà construit, elle serait de fort peu d’utilité car, comme l’a souligné Paul Amselek, elle ne consisterait qu’en une paraphrase des actes édictés par les

¹⁴⁸ A. VIALA, *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 257.

¹⁴⁹ Ce phénomène touche d’ailleurs également la discipline du droit administratif. En ce sens, Jacques Chevallier a pu affirmer que « la fin de ces “faiseurs de systèmes” (J. Rivero) et le repli vers un “positivisme techniciste” clairement revendiqué ne feront qu’accentuer l’hypertrophie d’une fonction doctrinale, devenue hégémonique dans le champ des études administratives, au point de disqualifier les points de vue concurrents. C’est la prédominance dans l’activité de recherche du commentaire du droit positif. C’est aussi la construction de systèmes explicatifs, de portée plus ou moins ambitieuse, destinés à dégager des lignes de force, à mettre au jour des “principes”, en assurant la mise en cohérence des solutions d’espèce », J. CHEVALLIER, « Doctrine ou science ? », *AJDA*, 2001, p. 603.

¹⁵⁰ Sur le concept wébérien de « *Wertfreiheit* », v. notamment, L. HEUSCHLING, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l’épistémologie de Max Weber », *Jus Politicum*, n° 8, 2012 [en ligne]. Pour une critique particulièrement virulente de la distinction wébérienne entre faits et valeurs et le relativisme des valeurs qui en découle, v. L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire* [1953], Paris, Flammarion, coll. « Champs essais », 1986, trad. M. Nathan et E. de Dampierre, p. 44-82.

¹⁵¹ Alain Sériaux, qui qualifie cette neutralité de « mythe », ajoute : « serait-elle pensable, la description sans interprétation n’a jamais fait progresser la science du moindre petit pas. Or, interpréter, c’est déjà prendre parti », A. SÉRIAUX, « La notion de doctrine juridique », *Droits*, n° 20, 1994, p. 68, note 9.

¹⁵² L. DUGUIT, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l’enseignement*, t. 18, 1889, p. 487.

¹⁵³ C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 167.

autorités compétentes¹⁵⁴. Au surplus, une telle conception nie la part d'interprétation inhérente au travail du juriste¹⁵⁵. La prétention positiviste – mais, peut-être, plus spécifiquement normativiste¹⁵⁶ – consistant à soutenir que la science du droit permet une observation neutre de la réalité juridique est alors difficilement soutenable. Il ne peut y avoir de neutralité du savoir juridique, non seulement parce que l'objet de ce savoir, le droit, n'est lui-même pas axiologiquement neutre, mais également parce que le savoir lui-même ne peut faire fi des propres conceptions du sujet.

37. La négation de la possibilité d'une neutralité axiologique, c'est-à-dire l'absence de tout jugement de valeur, ne doit toutefois pas être comprise comme une intention de développer un « discours prescriptif » sur le droit. Au contraire, c'est bien l'exigence de neutralité posée comme condition de scientificité qui, ici, constitue une prescription : la « théorie pure du droit » de Kelsen n'est en effet elle-même pas descriptive, puisque, selon une heureuse formule, « la science du droit kelsénienne *prescrit de décrire* »¹⁵⁷. L'indispensable quête de l'intégrité et de l'objectivité intellectuelles ne condamne pas l'aveu selon lequel les représentations du droit peuvent difficilement se tenir à l'écart de tout préjugé. L'accès au savoir exige certes de détruire l'opinion, qui constitue « le premier obstacle [épistémologique] à surmonter »¹⁵⁸, mais la

¹⁵⁴ P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, 1997, p. 337. Au contraire, Paul Amselek considère que « l'illusion objectiviste » – dont il reproche la présence dans la phénoménologie de Husserl – tend « à hypostasier les créations de l'esprit, à leur conférer une réalité objective », ceci alors même que « la structure typique des choses [...] n'est pas exactement le fruit de l'observation, mais d'abord le fruit d'une construction rationnelle de l'esprit réalisée sur la base de données d'observation », P. AMSELEK, « Pour une phénoménologie du droit et de l'éthique sans mirages », art. cité, p. 1985.

¹⁵⁵ Maryse Deguegue souligne ainsi que « la description du droit n'est jamais neutre et elle met en œuvre de façon implicite des méthodes d'interprétation du droit », si bien que « pour les auteurs, dont le métier est de dire ce qu'est le droit, l'interprétation est consubstantielle à la description et à l'exposition du droit, quel que soit le degré d'intelligibilité du texte, parce que la réflexion doctrinale – comme tout savoir, et toute culture du reste – est nécessairement personnelle », M. DEGUERGUE, « Doctrine(s) et sources du droit » in G. KOUBI, *Doctrines et doctrine en droit public, op. cit.*, p. 38-39.

¹⁵⁶ Tous les positivistes ne croient pas, en effet, à la neutralité du savoir juridique. Le doyen Vedel, par exemple, soutenait que les sciences sociales, et donc le droit, « ont pour objet des croyances », si bien que « ce que l'observateur pense des phénomènes réagit sur ceux-ci et peut les modifier », G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, p. 6.

¹⁵⁷ G. BLIGH, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Paris, Institut Universitaire Varenne, « Collection des Thèses », 2017, p. 304. Michel Troper nie toutefois « que la métascience de Kelsen [soit] prescriptive ». Il reconnaît certes qu'elle est « prescriptive dans la mesure où Kelsen prescrit à la science de se borner à décrire. Mais elle est descriptive quand elle décrit ce qui est au fondement de la démarche de tout juriste, quel qu'il soit : il présuppose une norme fondamentale ; il décrit son objet à l'aide d'un principe différent du principe de causalité », M. TROPER, « Le constitutionnalisme entre droit et politique » in CURAPP, *Droit et politique, op. cit.*, p. 85, note 3. Olivier Jouanjan relève toutefois, s'agissant de la théorie réaliste de l'interprétation formulée par Michel Troper, que le discours de ce dernier est également prescriptif « dans la mesure où, grammaticalement », les énoncés qu'il formule « comporte[nt] plusieurs prescriptions (la science du droit *doit* être extérieure à son objet, elle *doit* se choisir un objet susceptible d'être décrit », O. JOUANJAN, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, p. 37.

¹⁵⁸ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une Psychanalyse de la connaissance objective, op. cit.*, p. 14.

possibilité d'un discours exclusivement descriptif est illusoire¹⁵⁹. Ceci est d'autant plus vrai en droit constitutionnel, où les concepts – et donc les représentations de la discipline – diffèrent radicalement selon les préférences épistémologiques de l'auteur : les définitions de la Constitution comme « norme fondamentale »¹⁶⁰ ou « comme choix global du genre et de la forme de l'unité politique »¹⁶¹ ne sont pas de pures descriptions du droit positif, mais le reflet d'une pensée qui dépend de la conception du monde – fût-il juridique – de son auteur. Au surplus, les discours sur le juge sont fortement empreints d'énoncés prescriptifs, visant à légitimer la fonction juridictionnelle, voire d'éloges finalistes tendant à saluer son rôle dans la protection des droits et libertés¹⁶², si bien que la posture positiviste propre au phénomène doctrinal de juridictionnalisation est porteuse d'importantes contradictions.

38. Alors que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation est dominé par une approche qui s'affiche comme positiviste, voire normativiste¹⁶³, le rejet des postulats positivistes sur la science du droit nous paraît pouvoir permettre d'accéder à une meilleure compréhension de ce phénomène et des représentations du droit constitutionnel qui en découlent.

III. UNE CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DES REPRÉSENTATIONS DU DROIT CONSTITUTIONNEL

39. En dépit de querelles épistémologiques et méthodologiques substantielles, l'analyse des discours sur le droit, et non de l'objet droit lui-même, peut apparaître singulier. L'étude de l'évolution d'une discipline, d'un point de vue épistémologique¹⁶⁴ comme historique a en effet longtemps été délaissée par une doctrine majoritairement attachée à décrire le droit positif et

¹⁵⁹ Ce qui ne signifie pas que la doctrine doit renoncer à toute objectivité, mais au contraire qu'elle peut « tenter de demeurer consciente de ses limites », C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 167.

¹⁶⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 193 sqq.

¹⁶¹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1993, trad. L. Deroche-Gurcel, p. 151.

¹⁶² Ceci alors que Norberto Bobbio précise que « la mentalité que le positiviste juridique repousse est celle qui inclut dans la définition du droit des éléments finalistes, par exemple la satisfaction du bien commun, la réalisation de la justice, la protection des droits et libertés, la promotion du bien-être », N. BOBBIO, « Sur le positivisme juridique », art. cité, p. 56-57.

¹⁶³ « L'intention positiviste est (...) nettement affichée : non seulement parce que la description du droit constitutionnel s'appuie prioritairement sur le *corpus* des décisions du Conseil constitutionnel, mais aussi et surtout parce que le paradigme positiviste kelsénien tel qu'il a notamment été acclimaté en France par Eisenmann, est le cadre théorique privilégié à l'intérieur duquel le phénomène de la juridicité est appréhendé », O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », art. cité, p. 113.

¹⁶⁴ Comme le soulignait M. Miaille, le terrain épistémologique « est pratiquement déserté par les juristes qui n'en conçoivent ni la nécessité, ni l'intérêt. Ou bien les choses semblent aller de soi et il n'y est même pas fait allusion ; ou bien l'auteur renvoie à des principes considérés comme évidents et ne souffrant pas de discussion », M. MIAILLE, « Le droit constitutionnel et les sciences sociales », *RDJ*, 1984, p. 285.

négligeant le travail d'introspection sur ses propres représentations. S'agissant de la question du juge constitutionnel, les autres branches du droit se sont surtout attachées à démontrer l'influence du Conseil constitutionnel sur le contenu d'une discipline¹⁶⁵. En droit constitutionnel, la doctrine privilégie souvent une approche jurisprudentielle de la juridictionnalisation. Autrement dit, la tendance est de s'intéresser à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse d'étudier des notions ou principes mobilisés par le juge¹⁶⁶ ou d'édifier des théories sur les mécanismes contentieux utilisés par lui¹⁶⁷. Si les études sur le juge constitutionnel sont, sous la V^e République, absolument foisonnantes, très peu d'auteurs se sont en revanche intéressés aux discours eux-mêmes et à leurs conséquences sur la discipline¹⁶⁸. Plus encore, une partie de la doctrine a tendance, sous l'influence du positivisme, à minimiser sa

¹⁶⁵ Ainsi de l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le droit privé (N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997) ou sur le droit administratif (A. S. OULD BOUBOUTT, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, Coll. « Droit public positif », 1987). Séverine Leroyer a quant à elle entendu analyser l'influence du Conseil d'État sur le droit constitutionnel, S. LEROYER, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République. Essai d'une théorie de l'État*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2011.

¹⁶⁶ V. par exemple, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1997 ; J. ROUX, *Le principe de la souveraineté de l'État dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dactyl., Montpellier, 1998 ; A. VIOLA, *La notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2002 ; V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003 ; G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2004 ; P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2008.

¹⁶⁷ V. notamment, A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1999 ; P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2006, 680 p. A. VIDAL-NAQUET, *Les "garanties légales des exigences constitutionnelles" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2007 ; M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2010 ; J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2015 ; E. LESTRADE, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015 ; S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2016 ; C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, Institut Universitaire Varenne-LGDJ, « Collection des Thèses », 2016 ; M. HEITZMANN-PATIN, *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2020.

¹⁶⁸ L'étude magistrale de Guillaume Sacriste sur la doctrine constitutionnaliste porte surtout sur le « rôle proprement sociopolitique des constitutionnalistes et du droit constitutionnel » entre 1870 et 1914 et sur « l'analyse des usages que les constitutionnalistes font de leur rôle social et l'exploration des logiques de leurs théories constitutionnelles », G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences Po, « Collection académique », 2011, p. 17. Selon l'auteur, les influences des professeurs de droit constitutionnel ont un impact « sur leur manière de produire des théories constitutionnelles. Et ces univers peuvent être en retour modifiés par ce que les professeurs de droit constitutionnel produisent, font et diffusent : des interprétations savantes de la constitution politique du pays », *ibid.*, p. 13. Le point de vue relève donc davantage de la sociologie.

propre influence, non seulement sur le droit constitutionnel positif¹⁶⁹, mais également sur les représentations de la discipline, qu'elle contribue pourtant à construire. S'agissant spécifiquement de la juridictionnalisation, pendant longtemps les études se sont surtout attachées à analyser l'influence de la doctrine sur les solutions jurisprudentielles¹⁷⁰, mais non à l'influence de la doctrine sur ses propres constructions théoriques. Alors que la réflexion épistémologique a longtemps été négligée, on assiste toutefois à l'émergence récente d'un intérêt scientifique particulier porté à la discipline et à ses théories. Cet intérêt se manifeste par la multiplication d'ouvrages¹⁷¹, mais surtout de thèses¹⁷². Elenora Bottini s'est même très récemment attachée à démontrer, dans une perspective comparatiste franco-italienne, les

¹⁶⁹ Ainsi, Nathalie Jacquinet a pu conclure à « une influence marginale de la doctrine constitutionnaliste ». Mais la difficulté tient au fait que l'auteur, qui s'interroge sur le rôle de la doctrine constitutionnaliste dans l'élaboration du droit, ne s'intéresse pas à l'influence de la doctrine sur la discipline droit constitutionnel mais sur « les modes de production normative ». Elle analyse ainsi l'influence de la doctrine constitutionnaliste « dans le cadre de l'élaboration de la loi », c'est-à-dire notamment dans le cadre de commissions parlementaires ou de rapports parlementaires et « dans le cadre de l'élaboration de la jurisprudence », où il s'agit de questionner l'influence de la doctrine sur le juge constitutionnel, N. JACQUINOT, « La doctrine constitutionnaliste, quel rôle dans l'élaboration du droit ? », art. cité, p. 183. De même, Pierre Brunet considère que « la part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel est nulle ou quasi nulle ». Se demandant ensuite « si la doctrine sert (quand même) à quelque chose », l'auteur considère que « les propositions doctrinales sont bien souvent utilisées comme des outils en vue d'une fin qui leur est étrangère » en matière d'édiction de nouvelles constitutions ou de réformes constitutionnelle, ou encore que la construction de principes fondateurs sont soit détachées de la réalité, soit ont une assise normative dépendante des interprètes authentiques, « des autorités qui seules disposent du pouvoir d'imposer » leur interprétation. Et il conclut au rôle d'inspirateur de la doctrine, P. BRUNET, « La part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel », *Revue du droit d'Assas*, 2011, p. 39.

¹⁷⁰ Ce fut ainsi le cas, s'agissant spécifiquement du droit public, de la relation entre la doctrine administrativiste et le Conseil d'État. V. notamment, J. RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 27 ; G. VEDEL, « Jurisprudence et doctrine : Deux discours », *La Revue administrative*, n° spécial 1997, p. 7 ; M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, op. cit. ; B. PACTEAU, « La doctrine, auteurs, acteurs du droit administratif... » in M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, op. cit., p. 83. Ce fut également le cas, nettement moins profusément, de celle de la doctrine et du Conseil constitutionnel, v. par exemple, G. VEDEL, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, 1989, p. 11 ; X. MAGNON, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : Quelle distance ? Quelle expertise ? », *RDP*, 2013, p. 135.

¹⁷¹ V. par exemple, H. ROUSSILLON, X. BIOY, S. MOUTON, *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006 ; C.-M. HERRERA, A. LE PILLOUER Arnaud (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Editions Kimé, coll. « Nomos & Normes », 2012 ; M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome I, op. cit. ; J.-M. DENQUIN, *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Droit politique », 2019.

¹⁷² V. notamment, F. SAULNIER, *Joseph Barthélemy, 1874-1945. La crise du constitutionnalisme libéral sous la III^e République*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2004 ; R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Paris, LGDJ, « Collection des Thèses », 2009 ; M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne-Paris, Institut universitaire Varenne-LGDJ, « Collection des thèses », 2013 ; A. CHOPPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, op. cit. ; H. QAZBIR, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2015 ; M. GREN, *Le changement de paradigme constitutionnel. Étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2019 ; E. KOHLHAUER, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation*, op. cit. ; B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, op. cit.

implications de « l'argument doctrinal » en faveur de la « sanction constitutionnelle », définie dans sa perspective positiviste kelsénienne comme le contrôle de constitutionnalité des lois¹⁷³. Son travail constitue en ce sens un apport considérable à la réflexion doctrinale sur la justice constitutionnelle.

40. Aussi est-ce dans le contexte d'un engouement grandissant pour la doctrine constitutionnelle étudiée en elle-même que s'inscrit notre étude, qui a vocation à contribuer aux débats en tentant d'explicitier les présupposés implicites du phénomène doctrinal de juridictionnalisation comme d'en appréhender les conséquences ultimes. Au surplus, l'intérêt de concentrer l'étude de la doctrine constitutionnelle à la problématique de la juridictionnalisation tient à ce qu'elle ne peut, à notre sens, constituer un meilleur objet pour cerner le sens des controverses qui l'alimentent et tendent à sa contestation ou, au contraire, à sa promotion. D'un côté, la place prépondérante qu'occupe le juge au sein de la discipline marquerait le triomphe d'une « manière nouvelle de faire du droit constitutionnel »¹⁷⁴, qui peut enfin se tenir à la place qui est la sienne au sommet de la hiérarchie des normes. De l'autre, elle constituerait une menace existentielle pour la discipline et conduirait ainsi à appauvrir la pensée constitutionnelle par la seule analyse, souvent laudatrice, de la jurisprudence. Par-delà cette opposition volontairement caricaturale, surgit une exigence : comprendre l'influence de ce phénomène doctrinal de juridictionnalisation sur les représentations du droit constitutionnel français. L'étude de la juridictionnalisation a donc une visée épistémologique fondamentale, dans la mesure où elle vise à rechercher les implications des discours doctrinaux sur les représentations du droit constitutionnel en tant que discipline. Certes, la figure du juge est profondément ancrée dans la pensée doctrinale¹⁷⁵ et son influence est présentée comme une avancée indiscutable¹⁷⁶. Toutefois, à rebours de l'idée selon laquelle le débat sur le contrôle de

¹⁷³ E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016.

¹⁷⁴ O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », art. cité, p. 3, [en ligne].

¹⁷⁵ On est bien loin du constat formulé par Antoine Garapon selon lequel « en France, on a du mal à prendre les juges au sérieux » et où « le juge reste une question *politiquement incorrecte* n'ayant toujours pas acquis la pleine dignité démocratique », A. GARAPON, « La question du juge », art. cité, p. 13. Au contraire, ainsi que le relève Philippe Raynaud, « Parmi tous les acteurs du système juridique, le juge occupe aujourd'hui une place beaucoup plus importante que dans les époques antérieures de la démocratie et même de l'État il n'y a sans doute pas de figure du juge dont l'importance soit mieux reconnue que le juge constitutionnel », P. RAYNAUD, « Préface » in *Le juge et le philosophe. Essais sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, coll. « Le Temps des idées », 2013, p. 11.

¹⁷⁶ « La promotion du juge constitutionnel devient l'un des éléments déterminants de ces dernières années », P. FRAISSEIX, « Le "prétoricentrisme", coup d'état de droit ? », *RRJ - Droit prospectif*, 2005-1, p. 298-299.

constitutionnalité est absent ou que « le principe n'est plus guère remis en cause »¹⁷⁷, les bouleversements – qui ne sont parfois qu'apparents – provoqués par la juridictionnalisation sur la discipline sont encore largement discutés.

41. Bouleversement des concepts ; bouleversement des idéologies. Le juge constitutionnel se trouve à cet égard dans une position remarquable : à la croisée des controverses, qu'il cristallise, son avènement perturbe l'ensemble des concepts de la discipline. La constitution, la souveraineté, la représentation, l'État de droit, la démocratie : la juridictionnalisation, qui sert de support à une réflexion plus générale sur la connaissance du droit constitutionnel, porte en elle des enjeux proprement étourdissants. Or, les débats que suscitent ces enjeux sont loin d'être clos, ou apaisés. La juridictionnalisation n'a pas fait disparaître les « incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République »¹⁷⁸, dont les définitions, parfois antagonistes, ne cessent de se multiplier. Elle n'a pas non plus mis un terme à l'éternel débat sur la légitimité démocratique du juge¹⁷⁹ ; au contraire, la légitimation doctrinale de la fonction juridictionnelle semble avoir aggravé l'aporie. Quant aux concepts de souveraineté et de représentation, d'une immense complexité, ils ne peuvent également sortir indemnes de cette promotion de la figure du juge constitutionnel. Mais la justice constitutionnelle perturbe également les rapports du droit et de la politique, dont elle semble accentuer l'antinomie. Originellement institutionnel, le droit constitutionnel tend – parfois exclusivement – à être présenté comme un droit jurisprudentiel, au point d'encourager une uniformisation des sources autour de l'institution juridictionnelle, réputée pouvoir seule prononcer la « vérité constitutionnelle ». La doctrine constitutionnaliste renonce en effet de plus en plus à traiter du pouvoir pour se donner comme objet la seule étude des normes *dans* la jurisprudence. Outre les enjeux épistémologiques qu'une telle présentation soulève, elle bouleverse également les sources du droit constitutionnel ; qu'elle vise à dépolitiser.

¹⁷⁷ C. AUTEXIER, « Le nouveau Conseil constitutionnel. Essai de définition de la fonction d'un contrôleur de constitutionnalité dans les démocraties occidentales » in *Mélanges Jacques Teneur*, Lille, Collection des travaux de la Faculté des sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Lille, 1977, p. 14.

¹⁷⁸ S. RIALS, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », *RDP*, 1984, p. 587.

¹⁷⁹ Au fond, c'est comme si la doctrine française ne parvenait toujours pas à sortir de l'alternative qui avait déjà été posée dès 1803 aux États-Unis dans l'arrêt *Marbury v. Madison* par le juge Marshall : « ou bien la constitution est une loi supérieure à tout, inchangeable par les procédés ordinaires, ou bien elle est au même niveau que les actes législatifs ordinaires, et comme d'autres actes elle peut être modifiée lorsqu'il plaît à la législature de les modifier. Si la première partie de l'alternative est vraie, alors un acte législatif contraire à la Constitution n'est pas une loi ! si la seconde partie est vraie, les constitutions écrites sont d'absurdes tentatives, de la part du peuple, pour limiter un pouvoir qui par sa nature est illimitable », U.S. Supreme Court, 5 U.S. 137 (1803), *William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*, February Term, 1803, cité in J. LAMBERT, « Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux États-Unis. *Marbury v. Madison* », *RDP*, 1931, p. 48-49.

42. En définitive, tous les piliers qui structurent notre connaissance du droit constitutionnel sont affectés par la juridictionnalisation, ce qui témoigne de la nécessité de repenser les représentations du droit constitutionnel. Pourquoi existe-il autant de définitions du droit constitutionnel et de ses objets ? Comment est apparue la rupture de signification du droit constitutionnel, décrite comme un « changement du droit constitutionnel », voire comme un « nouveau droit constitutionnel » ? Quelles sont les conséquences de ces changements de sens et, plus précisément, comment le phénomène doctrinal de juridictionnalisation y a-t-il contribué ? Au contraire, ne peut-on pas recenser un certain nombre de méprises quant à la réalité de telles transformations ? La rhétorique étant celle du changement, de la transformation, et non de la substitution d'un *autre* droit constitutionnel¹⁸⁰, notre analyse doit nous amener à étudier les altérations produites par le phénomène doctrinal de juridictionnalisation sur le droit constitutionnel.

43. L'interrogation fondamentale de cette recherche sera ainsi de se demander *quelles représentations du droit constitutionnel émanent tant de la promotion de la juridictionnalisation que de sa critique*. Un tel questionnement ne repose ni sur une intention purement descriptive, consistant à synthétiser ce que la doctrine dit du juge constitutionnel, ni sur une prétention prescriptive consistant à affirmer ce qui doit être ou ne pas être ou – dans une perspective normative – à prescrire ce qui est pour l'appliquer à une réalité¹⁸¹. Son ambition est critique, puisqu'il s'agit de déconstruire les présupposés implicites sur lesquels repose la promotion du phénomène et révéler les intentions doctrinales et limites théoriques d'une telle promotion. Or, parce que toute déconstruction dans le domaine de la connaissance est vaine si elle ne s'accompagne pas d'une reconstruction, il s'agira de proposer une autre manière de penser le phénomène et ses implications sur la discipline.

¹⁸⁰ Faire le constat d'un changement suppose en effet d'admettre l'identité de la chose changée. Ainsi que le relève Emmanuel Kant, la permanence d'un phénomène, sa « *substance* », qui est « l'objet lui-même », se distingue d'une « simple détermination de cet objet, c'est-à-dire d'un mode d'existence de l'objet » qui lui est « changeant ». Aussi « dans tous les phénomènes il y a quelque chose de permanent par rapport à quoi le changeant n'est qu'une détermination d'existence ». C'est en ce sens que le philosophe allemand affirme que « tout ce qui change (*verändert*) est *permanent* », E. KANT, *Critique de la raison pure*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 8^e éd, 2012, trad. A. Tremesaygues et B. Pacaud, p. 177-182. La permanence, autrement dit l'identité, d'une discipline se distingue de sa continuité ou discontinuité. Il ne saurait ainsi y avoir changement du droit constitutionnel s'il ne s'agissait pas toujours du même droit constitutionnel : soit le droit constitutionnel *change*, soit il est *autre*. En effet, « c'est parce que la même personne demeure qu'elle change, et non pas parce que ce ne serait plus la même personne que son comportement ou ses sentiments auraient changé : ce n'est pas *d'altérité* qu'il s'agit en effet, mais *d'altération* ; et l'altération suppose l'identité. Car *c'est précisément ici la continuité qui fait la discontinuité* », N. GRIMALDI, *Ontologie du temps. L'attente et la rupture*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1993, p. 128.

¹⁸¹ Nous souscrivons ainsi à l'affirmation de Jean-Marie Denquin selon laquelle « rien n'est plus néfaste au droit que d'appliquer une démarche normative à la définition du droit. Il faut savoir ce qu'est le droit pour qu'il puisse dire ce qui doit être et non dire ce qu'il doit être pour savoir ce qu'il est », J.-M. DENQUIN, « Éléments pour une théorie constitutionnelle », art. cité, p. 142.

IV. PLAN DE LA RECHERCHE

44. La question du juge révèle donc les traits saillants des controverses constitutionnelles et aide à appréhender plus largement la situation actuelle du droit constitutionnel¹⁸². Notre démonstration consistera d'abord à identifier le phénomène doctrinal de juridictionnalisation, en déterminant d'où il vient et comment il se manifeste à l'époque contemporaine, pour en analyser ensuite les effets sur les représentations du droit constitutionnel.

45. L'identification du phénomène doctrinal supposera d'en rechercher les origines historiques avant de s'intéresser à la manière dont il se manifeste à l'époque contemporaine, qui appellent à être repensées. Mais la seule identification du phénomène ne permet pas d'en comprendre toutes les implications. Aussi la recherche commande-t-elle d'en analyser les conséquences sur la discipline. Or, l'hypothèse avancée sera que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation affecte inéluctablement les représentations du droit constitutionnel, qu'il fragilise en créant des incertitudes préjudiciables à la discipline. Se pose alors une question décisive : la juridictionnalisation a-t-elle parachèvé le droit constitutionnel ou constitue-t-elle une menace existentielle pour la discipline ? Ici, la question posée est bien plus fondamentale que les différentes réponses apportées. L'existence seule de cette interrogation, qui déchire la pensée constitutionnelle, nous conduira à suggérer une autre manière de penser l'objet « justice constitutionnelle », et ainsi à proposer une approche qui nous semble la mieux à même d'appréhender cet objet. La définition de l'objet ainsi que l'approche proposée seront une manière réconciliatrice d'appréhender la juridictionnalisation du droit constitutionnel, qui ne sera envisagée ni comme le parachèvement du droit constitutionnel, ni comme une menace existentielle pour la discipline. La seule existence d'un juge en droit constitutionnel pose par ailleurs de sempiternelles difficultés théoriques, affectant substantiellement les théories de justification du pouvoir que la doctrine constitutionnaliste s'efforce de repenser pour les rendre non seulement compatibles au contrôle de juridictionnel de constitutionnalité des lois, mais, au surplus, indétachables de ce dernier.

46. Il s'agira donc, dans un premier temps, d'identifier le phénomène doctrinal de juridictionnalisation du droit constitutionnel (**Partie 1**). Puis, témoignant de notre démarche

¹⁸² « Tout se passe comme si toujours, quel que soit le point de vue doctrinal, était en réalité visée la figure du juge, véritable point de résistance – au sens psychanalytique du terme – de la pensée juridique », D. ROUSSEAU, « Questions de constitution », *Politique et Sociétés*, vol. 19, n° 2-3, 2000, p. 22.

épistémologique, notre étude s'attachera dans un second temps à analyser les effets de ce phénomène doctrinal sur les représentations du droit constitutionnel (**Partie 2**).

PREMIÈRE PARTIE

L'IDENTIFICATION DU PHÉNOMÈNE DOCTRINAL DE JURIDICTIONNALISATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL

47. La juridictionnalisation du droit constitutionnel se présente comme une rupture au sein de la discipline, qui ne serait plus la même avant et après l'avènement du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Mesurer la portée de cette rupture suppose au préalable d'identifier le phénomène doctrinal de juridictionnalisation, c'est-à-dire d'en déterminer les manifestations spécifiques dans les discours.

48. Si le phénomène doctrinal naît dans les années 1970, les réflexions sur le juge, quant à elles, n'ont cessé d'occuper la pensée juridique, comme philosophique. Or, analyser dès l'abord les fondements contemporains du phénomène doctrinal de juridictionnalisation eût été ignorer un ensemble infiniment riche de réflexions sur le juge. Une meilleure compréhension des fondements du phénomène doctrinal de juridictionnalisation du droit constitutionnel ne peut ainsi à notre sens faire l'économie d'une recherche généalogique. Aussi l'entreprise d'identification passera-t-elle dans un premier temps par une recherche de ses origines ; origines qui plongent leurs racines au-delà du droit constitutionnel moderne. Or, dans l'étude de l'histoire constitutionnelle, il est possible de distinguer une « perspective normative-institutionnelle », consistant dans l'étude des systèmes juridiques et institutionnels, et une « perspective doctrinale »¹⁸³, qui repose sur l'analyse des théories. Dans le cadre de cette enquête historique, seule la seconde perspective sera retenue. L'objet à identifier étant doctrinal, ses origines ne peuvent en effet être logiquement recherchées que dans les discours, et non dans le droit constitutionnel positif (**Titre 1**).

49. Ses origines étant retracées, l'analyse se concentrera ensuite sur l'objet lui-même, à savoir le phénomène doctrinal de juridictionnalisation à l'époque contemporaine. Son

¹⁸³ J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode » in C.-M. HERRERA, A. LE PILLOUER (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Éditions Kimé, coll. « Nomos & Normes », 2012, p. 58.

identification supposera d'adopter une distance critique avec les discours prenant le juge pour objet, consistant à ne pas tenir pour acquise la description qu'en font ses promoteurs. Le phénomène tel qu'il se montre – ses manifestations concrètes –, ne nous semble en effet souvent pas coïncider avec ce que la doctrine constitutionnaliste dit de lui : il s'agira donc d'en déconstruire les présupposés. La remise en cause de la pertinence heuristique de certaines théories permettra alors de proposer une nouvelle manière de le singulariser, en reconstruisant les manifestations théoriques du phénomène (**Titre 2**).

TITRE 1

LES ORIGINES DU PHÉNOMÈNE

*« L'histoire entre nos doigts file à telle vitesse
Que devant ce qui fut demain dira Qu'était-ce »¹⁸⁴.*

50. Le récit des origines du phénomène pourrait sembler aller de soi : si la juridictionnalisation du droit constitutionnel est présentée comme un « progrès », il en résulte que sa narration devrait suivre un temps linéaire, relatant ainsi l'histoire constitutionnelle en respectant son évolution chronologique. Le « progrès » serait ainsi constitué par étapes : de l'absolutisme de l'Ancien Régime au constitutionnalisme révolutionnaire, du légicentrisme républicain au phénomène doctrinal de juridictionnalisation. À l'évidence, chaque étape puiserait directement dans la précédente, soit pour s'en inspirer, soit – plus fréquemment en France – pour rompre avec elle. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation s'inscrirait ainsi en rupture avec le légicentrisme républicain, qui s'inspire du constitutionnalisme révolutionnaire, lequel romprait lui-même avec l'Ancien Régime. Une telle présentation ne peut toutefois apporter satisfaction. Le récit constitutionnel, en effet, ne peut être relaté de façon linéaire, puisque l'histoire constitutionnelle elle-même ne suit pas une évolution chronologique continue et non répétitive¹⁸⁵.

51. S'agissant spécifiquement du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, celui-ci ne peut être décrit comme une évolution s'inspirant du passé immédiat. Il ne constitue pas un « progrès » doctrinal, dans la mesure où ses fondements paradigmatiques sont à rechercher en un temps fort reculé ; un temps qui précède d'ailleurs l'avènement du constitutionnalisme et de la constitution modernes : l'ancienne France. S'attaquant indirectement aux fondements révolutionnaires du pouvoir¹⁸⁶, la doctrine contemporaine reprend en effet – de façon

¹⁸⁴ L. ARAGON, *La nuit de Moscou* in *Le roman inachevé*, Paris, Gallimard, coll. « Poésie », 1966, p. 232.

¹⁸⁵ Denis Baranger affirme plus radicalement que « l'histoire constitutionnelle opère toujours de manière rétrograde : elle prend ce que lui donne son époque et, revenant en arrière, elle en extrait les différentes composantes, marquées chacune de signes temporels variés », D. BARANGER, « “Le piège du droit constitutionnel” ». I. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, p. 17-18.

¹⁸⁶ S'y attaquant aussi, parfois, directement. C'est le cas du doyen Favoreu qui reproche au constitutionnalisme classique son absence de « juridicité » : « Il est difficile de considérer sérieusement le propos selon lequel depuis deux siècles et davantage l'invention politique est annihilée par la raison et donc par le droit, ce qui supposerait

évidemment inconsciente – la pensée pré-constitutionnaliste des parlementaires de l’Ancien Régime, singulièrement du Parlement de Paris (**Chapitre 1**).

52. Entre le pré-constitutionnalisme des parlementaires de l’ancienne France et le phénomène doctrinal de juridictionnalisation se manifeste donc une ellipse temporelle considérable. Celle-ci s’explique par le long refoulement du juge dans la pensée constitutionnelle française. En raison de sa *fonction*, la seule *existence* d’un juge en droit constitutionnel pose dès lors de sempiternelles difficultés théoriques¹⁸⁷. L’analyse historique des discours sur le contrôle juridictionnel des lois – et plus largement, durant la période révolutionnaire, sur le pouvoir judiciaire – permettra ainsi de mieux comprendre les raisons pour lesquelles les représentations classiques du droit constitutionnel ont longtemps constitué un obstacle à la fonction du juge constitutionnel et donc à l’émergence du phénomène de juridictionnalisation (**Chapitre 2**).

que l’invention politique n’a existé en France que sous l’Ancien Régime et que la Constitution a été une règle de droit contraignante pour le pouvoir depuis la Révolution, alors que chacun sait qu’elle ne l’est que depuis une vingtaine d’années. [...] soutenir que la Constitution a, depuis deux siècles, été réductrice de l’activité politique par l’imposition de règles rationalisatrices n’a aucun sens, dans la mesure où chacun sait que la suprématie de la Constitution n’a été qu’un faux semblant en France, de même d’ailleurs que dans les autres pays d’Europe, jusqu’au moment où a été installé un système effectif de justice constitutionnelle », L. FAVOREU, « De la démocratie à l’État de droit », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 154.

¹⁸⁷ « La seule justification d’un pouvoir ne peut provenir que de la fonction qu’il permet d’exercer. La légitimité d’un pouvoir ne tient qu’à la légitimité de la fonction qui lui est impartie », G. WIEDERKEHR, « De la légitimité de la justice » in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2008, p. 486. L’auteur ajoute toutefois que « réciproquement, pouvoir et fonction sont des conditions de légitimité, l’un de l’autre ».

CHAPITRE 1

LES PRÉMICES DU PHÉNOMÈNE : LA JURIDICTIONNALISATION AU MIROIR DES PRÉTENTIONS PARLEMENTAIRES DE L'ANCIENNE FRANCE

« Ces compagnies sont toujours odieuses : elles n'approchent des rois que pour leur dire de tristes vérités, et, pendant qu'une foule de courtisans leur représentent sans cesse un peuple heureux sous leur gouvernement, elles viennent démentir la flatterie et apporter aux pieds du trône les gémissements et les larmes dont elles sont dépositaires »¹⁸⁸.

53. D'ordinaire, le tropisme doctrinal tend à situer le point de départ de toute réflexion sur le droit constitutionnel à la période révolutionnaire¹⁸⁹. Celle-ci aurait en effet établi les fondements du constitutionnalisme moderne, si bien que les objets de la discipline sont réputés prendre racine dans la France moderne. L'on serait ainsi redevable à la modernité d'avoir fourni à la doctrine contemporaine l'ensemble des instruments – institutions, sources, principes – permettant de penser la discipline¹⁹⁰. L'avènement de la figure du juge et corrélativement du contentieux constitutionnel aurait ainsi, selon un présupposé couramment admis à la suite du doyen Favoreu, permis de perfectionner un droit encore embryonnaire et longtemps perverti par la politique. « Droit constitutionnel normatif », « droit constitutionnel institutionnel » et

¹⁸⁸ MONTESQUIEU, *Lettres persanes* in *Œuvres complètes*, Tome I, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1949, Lettre CXL, p. 340-341.

¹⁸⁹ Sur l'utilisation par la doctrine de l'histoire constitutionnelle au soutien d'une stratégie argumentative, v. F. SAINT-BONNET, « Nemo auditur suam propriam methodum allegans » in C. M. HERRERA, A. LE PILLOUER (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Éditions Kimé, coll. « Nomos & Normes », 2012, p. 95.

¹⁹⁰ L'on doit à Carré de Malberg cette manière de se représenter la discipline. En effet, toute l'entreprise de l'auteur que ce soit dans sa *Contribution à la Théorie générale de l'État* – dans lequel il vante les mérites de la conception française de la souveraineté et de la représentation – ou dans *La Loi, expression de la volonté générale*, où il se montre au contraire plus critique quant à la tournure absolutiste prise par le parlementarisme de la III^e République, consiste à rechercher dans le droit public révolutionnaire les origines d'une théorie proprement française de l'État, en opposition à la conception allemande dont il émet une critique méthodologiquement objective, mais non dénuée de patriotisme juridique en cet entre-deux guerres. Mais c'est surtout dans *La Loi, expression de la volonté générale* qu'il exprime le plus clairement cette filiation, en accordant une portée paradigmatique à l'œuvre des Constituants, qu'il qualifie de « fondateurs primitifs du droit public français », *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931, rééd. Paris, Economica, coll. « Classiques », 1984, p. 26. Ce faisant, le grand défaut de Carré de Malberg a été de reconstruire l'histoire constitutionnelle à rebours, en interprétant les concepts et les institutions révolutionnaires à l'aune des conceptions de son temps. V. à ce propos, E. MAULIN, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, 2002 [en ligne].

« droit constitutionnel des libertés »¹⁹¹ formeraient ainsi l'idéal d'une trinité constitutionnelle grâce auquel l'État de droit serait, selon une formule désormais consacrée, « parachevé »¹⁹². Le projet du constitutionnalisme moderne serait donc réalisé. À rebours de cette présentation stéréotypée, nous proposons de démontrer que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation prend en réalité racine dans l'ancienne France – ou plutôt, dans un certain discours propre à l'ancienne France¹⁹³.

54. La rétrospection que l'on se propose d'opérer a en effet vocation à démontrer que le discours contemporain sur le juge puise ses origines dans le discours parlementaire de l'ancienne France. À cet égard, les travaux de François Saint-Bonnet ont démontré que le Conseil constitutionnel de la V^e République hérite très largement des parlements d'Ancien Régime¹⁹⁴. Ici, notre ambition ne sera pas d'opérer une comparaison des deux institutions mais de démontrer l'analogie entre des *discours* : discours des parlementaires sur leur propre fonction d'un côté ; discours de la doctrine contemporaine sur la fonction du juge constitutionnel de l'autre. Nous verrons alors qu'il existe une similitude entre ce que la doctrine actuelle dit du juge constitutionnel et ce que le Parlement de Paris dit de lui-même. Aussi est-il possible

¹⁹¹ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 71 ; L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 22^e éd., 2020.

¹⁹² Peu de manuels de droit constitutionnel échappent à cette affirmation inspirée de la doctrine malbergienne du « parachèvement de l'État de droit » permis par l'avènement de la justice constitutionnelle. V. en ce sens, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome I, Paris, Sirey, 1920-1922, rééd., Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, p. 492.

¹⁹³ En ce sens, François Saint-Bonnet, à propos de l'analogie qu'il établit entre le discours contemporain du Conseil constitutionnel représentant du peuple souverain et la représentation parlementaire du Roi souverain, considère que « l'État post-moderne se nourrit des techniques de représentation pré-moderne tout en disqualifiant en profondeur le message du constitutionnalisme révolutionnaire », F. SAINT-BONNET, « Le juge constitutionnel, représentant du souverain : la renaissance d'une acception ancienne de la représentation » in *Légitimité du pouvoir politique et représentation*, Paris, Éditions Cujas, 2008, p. 105.

¹⁹⁴ V. notamment, F. SAINT-BONNET, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits*, 2000, n° 32, p. 7 ; « Le parlement, juge constitutionnel (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Droits*, n° 34, 2001, p. 177 ; « La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises », *RDP*, 2007, p. 753 ; « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel a priori des lois du roi », *CCC*, n° 24, 2008 [en ligne] ; « Le juge constitutionnel, représentant du souverain : la renaissance d'une acception ancienne de la représentation », art. cité, p. 91 ; « De la longévité de la V^e République. Le nouveau droit constitutionnel et ses gardiens » in *1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 135 ; « Les ascendances inopinées de la V^e République » in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 81 ; « Le contrôle a posteriori : les parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi », *CCC*, n° 28, 2010 [en ligne] ; « Le “constitutionnalisme” des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des “lits de justice” du XVIII^e siècle », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2011, n° 15, p. 16. V. également les travaux de Jacques Krynen, qui propose une comparaison entre l'État de justice sous l'ancienne France et dans la France contemporaine, J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 2009 ; *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome II, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 2012. Parmi les constitutionnalistes, Bertrand Mathieu établit également un lien entre l'État de droit et l'État de justice, ainsi qu'entre les juges contemporains et les parlements d'Ancien Régime, B. MATHIEU, *Justice et politique : la déchirure ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Forum », 2015, p. 8-9.

d'apercevoir, dans le miroir, le reflet d'une rhétorique dont hérite la doctrine contemporaine : la pensée pré-constitutionnaliste des grands rois se caractérise en effet d'un point de vue juridique par la prétention à contrôler les actes royaux par rapport à la Constitution (**Section 1**). Mais le phénomène doctrinal de juridictionnalisation hérite également des dettes de l'ancienne France. Les difficultés qu'engendre, d'un point de vue politique, l'existence d'un tel contrôle puisent, elles aussi, leurs racines dans les doctrines parlementaires (**Section 2**). Cette démarche historique nécessite toutefois, au préalable, d'exposer les précautions méthodologiques permettant d'éviter que le miroir présenté ne devienne déformant (**Section préliminaire**).

SECTION PRÉLIMINAIRE : UNE APPROCHE HISTORIQUE

55. L'objet de l'analyse se limitera à l'usage que le Parlement de Paris faisait de son droit d'enregistrement au XVIII^e siècle, ce qu'il conviendra de justifier (§1). Surtout, l'approche historique retenue ici se singularise par une méthode d'analyse quelque peu atypique, puisqu'il s'agit d'établir une analogie, non entre le droit constitutionnel de l'ancienne France et le droit constitutionnel contemporain, mais entre le *discours* des parlementaires sous l'ancienne France et le *discours* de la doctrine contemporaine sur le juge constitutionnel (§2).

§1 – Objet de l'analyse

56. L'objet de l'analyse comporte une triple limitation. Il se limite d'une part au seul Parlement de Paris. Certes, l'ensemble des parlements – au nombre de treize – peuvent être considérés comme adhérent, au XVIII^e siècle, à une pensée pré-constitutionnaliste. Ceci est d'autant plus le cas au regard de la doctrine de « l'union des classes ». Cette dernière, manifestement fondée sur un discours de Michel de l'Hospital prononcé le 7 septembre 1560¹⁹⁵, formulée par le Parlement de Paris dans ses remontrances du 22 août 1756¹⁹⁶ et, quelques années auparavant, par le célèbre avocat Louis Adrien Le Paige¹⁹⁷, est une théorie selon laquelle les

¹⁹⁵ « Les rois ont expressément stipulé que les traités seraient entérinés, vérifiés et enregistrés en la Cour du parlement de Paris et dans les autres parlements qui ne forment qu'un même corps et ne sont que différentes classes du Parlement de Paris », Cité in A. COCATRE-ZILGIEN, « Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII^e siècle ou Les avocats dans la bataille idéologique pré-révolutionnaire », *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lille*, 1963, p. 78. Dans le même sens, il a pu être précisé que la théorie des classes est une « idée émise au temps de la Fronde de l'union intrinsèque de toutes les cours souveraines », qui découle d'« une formule du chancelier de l'Hospital qui évoquait les “classes du parlement du roi” en 1563 », F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat Droit public », 6^e éd., 2019, p. 359.

¹⁹⁶ « La gradation, Sire, des différents ordres de la magistrature, forme une chaîne indissoluble qui embrasse tout l'État et dont les deux extrémités se réunissent dans votre main ; la texture et l'union de cette chaîne sont maintenues par votre Parlement, qui en est lui-même la portion la plus noble et la plus essentielle ; les compagnies des magistrats supérieurs connues sous le nom de parlement composent l'ancienne cour du roi qui était originairement attachée à la suite du souverain et qui devint sédentaire dans la capitale. Le parlement de Paris est la première et la métropolitaine cour du royaume, suivant les expressions de François 1^{er}. Tous les autres en sont des détachements ou, pour mieux dire, des extensions. Ainsi, la cour métropolitaine et toutes ses colonies sont les *diverses classes d'un seul et unique Parlement, les divers membres d'un seul et unique corps*, animés du même esprit, nourris des mêmes principes, occupés du même objet », Cité in D. FEUTRY, *Plumes de fer et robes de papier. Logiques institutionnelles et pratiques politiques du parlement de Paris au XVIII^e siècle, 1715-1790*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, coll. « Collection des Thèses », 2013, p. 464. Nous soulignons.

¹⁹⁷ Le Paige affirmait en effet que les parlements « n'étant que des démembrements, que l'on a fait, depuis trois à quatre siècles, de ce Parlement unique & universel, il s'est fait en eux une émanation nécessaire des fonctions & des obligations de la Cour démembrée », L. A. LE PAIGE, *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des pairs et sur les loix fondamentales du royaume*, Tome I, Quatrième lettre, Amsterdam, 1753, p. 153.

différents parlements estiment n’être que les composantes d’un même corps au sein du royaume et face au Roi. Cela témoigne d’une solidarité de corps – les magistrats provinciaux prenant souvent fait et cause pour les magistrats parisiens, et inversement – mais tend également à remédier à l’éparpillement des cours, facteur d’affaiblissement face à l’unité de l’autorité royale. En d’autres termes, cette théorie permet aux parlements de se présenter comme *le* corps intermédiaire entre le monarque et ses peuples. Cette doctrine aurait pu nous conduire à analyser l’ensemble des discours des treize parlements de l’ancienne France. Toutefois, la limitation de l’analyse au Parlement de Paris se fonde sur deux arguments. Tout d’abord, « l’*Union des classes*, thème de Remontrances, a rarement été un principe d’action »¹⁹⁸. Elle fut d’ailleurs condamnée par Louis XV lors de la séance de la Flagellation¹⁹⁹. Ensuite, et surtout, cette délimitation tient au fait que le Parlement de Paris occupe une place prépondérante au sein de la magistrature ancienne ; prépondérance que le Parlement de Paris tient pour une prééminence à travers la théorie de l’union des classes elle-même, dans la mesure où « le parlement de Paris n’introduisait plus face aux autres parlements une différence de nature, comme au XVII^e siècle, mais bien une différence de degré »²⁰⁰. Cet intérêt particulier pour le Parlement de Paris se retrouve tant dans les œuvres doctrinales du XVIII^e siècle²⁰¹ que parmi les historiens contemporains²⁰². Elle s’explique surtout par la fonction intrinsèquement *politique* de cette institution – fonction la plus controversée et la plus substantiellement étudiée²⁰³ –, qui doit elle-

¹⁹⁸ J. EGRET, *Louis XV et l’opposition parlementaire. 1715-1774*, Paris, Armand Colin, 1970, p. 231.

¹⁹⁹ Séance royale, dite de la Flagellation, 3 mars 1766 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome II, 1755-1768, Paris, Imprimerie nationale, 1895, p. 556-557.

²⁰⁰ D. FEUTRY, *Plumes de fer et robes de papier. Logiques institutionnelles et pratiques politiques du parlement de Paris au XVIII^e siècle, 1715-1790*, op. cit., p. 464. L’auteur démontre toutefois « l’artifice de l’union des classes », dans la mesure où, en dépit de soutiens réciproques se justifiant par l’opportunité de former un seul corps face au pouvoir royal, des raisons de pure opportunité pouvaient tout aussi bien justifier de rompre cette union.

²⁰¹ Il a ainsi pu être noté qu’au sein des dictionnaires et encyclopédies diffusés au XVIII^e siècle, l’emploi du mot « Parlement » renvoie spontanément au Parlement de Paris : « cette prééminence lui vient de son ancienneté, du fait que les autres cours ont été créées à son image », C. LE MAO, « Les parlements du XVIII^e siècle : regards de lexicographie » in O. CHALINE (dir.), *Les parlements et les Lumières*, Pessac, Maison des Sciences de l’Homme d’Aquitaine, 2012, p. 37. Il en est de même s’agissant du pouvoir d’enregistrement, présenté – à tort – comme n’appartenant qu’au Parlement de Paris, *ibid.*, p. 40.

²⁰² « La plus éminente de ces cours souveraines, le Parlement de Paris, joua [...] ponctuellement un rôle constitutionnel, résultant moins il est vrai d’une compétence de principe que de circonstances très particulières », E. GOJOSSE, « Les cours souveraines et le contrôle de constitutionnalité des lois royales », in J. MONNET, E. GOJOSSE (dir.), *Les fonctions du contrôle en droit français et néerlandais*, Poitiers, LGDJ, Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2012, p. 101.

²⁰³ « De ces trois fonctions des cours souveraines, c’est [...] la fonction politique qui a d’abord retenu l’attention des historiens, nourrissant une historiographie abondante, riche en controverses, donc dynamique, et aujourd’hui en pleine renaissance », A. J. LEMAÎTRE, « Introduction. Fragments d’un discours républicain » in A. J. LEMAÎTRE (dir.), *Le monde parlementaire au XVIII^e siècle. L’invention d’un discours politique*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. « Histoire », 2010, p. 11.

même se comprendre au regard de ses prérogatives en matière constitutionnelle²⁰⁴. Une telle délimitation ne doit en revanche nullement être comprise comme une volonté de nier l'importance des autres parlements²⁰⁵, ces derniers étant du reste, au même titre que le Parlement de Paris, compétents en matière d'enregistrement des lettres patentes²⁰⁶. Mais il convient de reconnaître que la fonction politique et constitutionnelle du Parlement de Paris était considérable, ce qu'atteste son utilisation fréquente du mot constitution durant la seconde moitié du XVIII^e siècle²⁰⁷. Il s'agit même de la première institution à en faire mention²⁰⁸. Partant, « c'est cette cour qui a joué le plus grand rôle politique dans notre histoire et c'est au XVIII^e siècle que ce rôle a eu la plus grande importance »²⁰⁹.

57. S'agissant précisément de ses fonctions, si « l'activité extra-judiciaire des Parlements comporte deux volets : les arrêts de règlement et la procédure de l'enregistrement des Lettres patentes »²¹⁰, seule la seconde – plus représentative de sa fonction politique, en ce

²⁰⁴ En matière administrative, en revanche, le contentieux avait été confié aux intendants et au Conseil du roi, ce qui fut vivement critiqué par les parlements, J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1985, p. 189-191.

²⁰⁵ Importance considérable en matière constitutionnelle, à l'instar du Parlement de Rennes, qui, par exemple, dans son arrêté du 1^{er} mars 1788, proclame : « *Dans l'absence des États généraux*, la nation ne pouvant faire entendre sa voix, a droit d'attendre du Parlement qui est l'*intermédiaire* entre le souverain et le peuple, les réclamations qu'exigent les atteintes portées à la loi », Cité in J.-P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 5^e éd., 2016, p. 195. V. également, E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2010, p. 6, note 1.

²⁰⁶ « La loi, sous forme de lettres patentes, n'était [...] exécutoire que par le canal des parlements et cours souveraines, chacune respectivement compétente dans son ressort », P. SUEUR, *Histoire du droit public français, XV^e – XVIII^e siècle*. Tome II, *Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 4^e éd., 2007, p. 202.

²⁰⁷ A. VERGNE, « La première référence à la "Constitution de l'État" dans les remontrances du parlement de Paris [1^{er} mars 1721] » in A. J. LEMAÎTRE (dir.), *Le monde parlementaire au XVIII^e siècle. L'invention d'un discours politique*, *op. cit.*, p. 137.

²⁰⁸ Comme le révèle Arnaud Vergne : « Le Parlement de Paris fut la première des grandes institutions de l'Ancien Régime à faire usage du mot constitution dans un sens politique dans un texte assez ancien, remontant à l'année 1721. Mais cet exemple est isolé car il faut attendre trente et un ans pour que l'expérience soit renouvelée. En revanche, à partir de l'arrêt du 5 mai 1752, le recours à cette notion devient à la fois récurrent et fréquent, puisque pas moins de cent huit occurrences ont été dénombrées jusqu'à la Révolution », A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Paris, De Boccard, coll. « Romanité et modernité du droit », 2006, p. 45.

²⁰⁹ J. FLAMMERMONT, « Introduction » in *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, Paris, Imprimerie nationale, 1888, p. XCIV. Dans le même sens, Éric Gojosso relève qu'« il existait sous l'Ancien Régime plusieurs Cours souveraines. [...] La plus importante d'entre elles était le Parlement de Paris qui, relayant une attitude ancienne, – voir la Fronde –, développa au XVIII^e siècle une politique d'opposition systématique à l'encontre du pouvoir », E. GOJOSSO, « Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIII^e siècle : une autre approche », *Giornale di Storia costituzionale*, n^o 4, 2002, p. 148.

²¹⁰ P. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 1997, p. 11.

qu'elle fait échec à la volonté du monarque – sera ici étudiée²¹¹. L'analyse se limitera donc, d'autre part, au droit d'enregistrement du Parlement de Paris.

58. L'objet de l'analyse se limite enfin au XVIII^e siècle. Les dernières décennies de l'Ancien Régime cristallisent en effet les controverses relatives au droit d'enregistrement, par la conjonction de deux phénomènes majeurs : d'une part, le retour des parlements sur la scène politique et, d'autre part, le mouvement de pensée issu des Lumières. La circonscription de la comparaison au seul XVIII^e siècle, alors même que le Parlement de Paris naquit au bas Moyen-Âge²¹², s'explique ainsi du point de vue de l'histoire constitutionnelle. Outre la particulière richesse des remontrances à cette époque, le XVIII^e siècle est également marqué par la naissance du « sens politique du mot constitution »²¹³. Au surplus, c'est durant le dernier quart du XVIII^e siècle que l'expression « droit constitutionnel » est apparue et s'est multipliée²¹⁴, étant même employée par le Parlement de Paris dans un arrêté du 5 décembre 1788²¹⁵. Cette limitation tient également à ce que la fonction politique du Parlement fut particulièrement exacerbée au XVIII^e siècle, en raison de la longue période de mutisme dans laquelle il a été enfermé durant le règne de Louis XIV, par l'anéantissement de son droit de remontrance²¹⁶, avant qu'il ne soit rétabli en 1715, à l'occasion de la Régence du duc d'Orléans. La seconde

²¹¹ Ainsi que le démontre Philippe Payen dans son étude substantielle sur l'arrêt de règlement, ce dernier n'intéresse que très ponctuellement leur fonction politique, c'est-à-dire « lors des crises de la royauté ». En dehors de ces cas, il relève davantage de la « fonction administrative » des parlements, *ibid.*, p. 14

²¹² Les historiens considèrent que la naissance du Parlement de Paris date du XIV^e siècle : « L'ordonnance du 11 mars 1345 a été, de tout temps, considérée par le Parlement, comme son statut organique fondamental, le véritable point de départ de son existence corporative », E. MAUGIS, *Histoire du Parlement de Paris. De l'avènement des rois Valois à la mort d'Henri IV*. Tome III, *Rôle de la Cour par règnes, 1345-1610. Présidents, Conseillers, Gens du roi*, Paris, Auguste Picard, 1916, p. XV. Dans le même sens, François Saint-Bonnet et Yves Sassier relèvent que la « *curia in parlamento* », issue de la *curia regis*, est née avec Louis IX, « autour des années 1240 ». Toutefois, c'est surtout avec l'ordonnance de Philippe IV de 1345 que les auteurs attribuent « l'acte fondateur de l'institution », cette ordonnance élaborant un véritable « statut du Parlement en tant que corps constitué », F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, *op. cit.*, p. 242.

²¹³ A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, *op. cit.*, p. 25-52. Les premiers sens du mot, précise l'auteur, ne disparaissent toutefois pas. Les sens identifiés comme « généraux et traditionnels » sont, pour le premier, celui « de création et d'établissement » et, pour le deuxième, celui de « d'ordre », *ibid.*, p. 29-34.

²¹⁴ J.-L. MESTRE, « Les emplois initiaux de l'expression "droit constitutionnel" », *RFDC*, 2003, p. 451.

²¹⁵ À propos de la convocation des États généraux, le Parlement de Paris prit un arrêté s'expliquant sur les formes qu'il estimait devoir être observées pour une telle convocation. Il affirme ainsi à propos de la composition des États généraux : « La Cour n'a dû, ni pu porter la moindre atteinte au droit naturel, constitutionnel et respectif jusqu'à présent des électeurs, de donner leur pouvoir aux citoyens qu'ils en jugent les plus dignes », J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, Paris, Imprimerie nationale, 1898, p. 780-781. Il ne s'agissait dès lors pas encore du droit constitutionnel, mais plutôt d'un droit constitutionnel reconnu aux citoyens – en l'occurrence, le droit des citoyens de chaque ordre d'avoir leur propre représentation aux États généraux.

²¹⁶ « Ainsi le rôle des cours souveraines était singulièrement restreint. Elles n'avaient plus aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, puisqu'elles ne pouvaient plus surseoir à l'exécution des lois, ni les modifier d'elles-mêmes ou en obtenir par des remontrances préalables la modification avant l'exécution », J. FLAMMERMONT, « Introduction » in *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, *op. cit.*, p. II.

moitié du XVIII^e siècle, plus effervescente, concentrera naturellement davantage notre attention, mais la première partie du siècle présentera également un intérêt majeur²¹⁷.

§2 – Objectif de la démonstration

59. Le discours contemporain sur le contrôle juridictionnel des lois ressemble, à s’y méprendre, au discours qui, sous l’ancienne France, portait sur le contrôle par les parlements de la législation royale. Les controverses sur la place du juge constitutionnel au sein de l’État sont en effet étonnamment similaires aux débats sur le rôle du Parlement au XVIII^e siècle. Étudier le phénomène doctrinal de juridictionnalisation au miroir de l’ancienne France revient donc à soutenir que les conceptions doctrinales du rôle du Conseil constitutionnel sont similaires à la manière dont le Parlement de Paris décrivait le sien. Il s’agit ainsi d’une similitude entre la représentation doctrinale de la fonction du Conseil constitutionnel et la représentation que les parlements, et singulièrement le Parlement de Paris, se faisaient de leur propre fonction²¹⁸.

60. La critique principale d’une telle comparaison pourrait consister à soutenir que l’évocation d’un contrôle de constitutionnalité des lois sous l’ancienne France n’aurait tout bonnement aucun sens. Les parlements, d’un point de vue institutionnel – ou organique – ne sont évidemment en rien assimilables au juge constitutionnel contemporain. Mais si la comparaison n’a pas de sens du point de vue institutionnel, elle s’avère toutefois pertinente du point de vue fonctionnel. Les historiens attribuent en effet trois fonctions aux parlements : une fonction judiciaire, une fonction administrative²¹⁹ et une fonction politique. Cette dernière

²¹⁷ S’agissant de la première partie du XVIII^e siècle, Jean Egret relève : « Seul le Parlement de Paris s’est engagé, avec une certaine résolution dans l’action politique et il a connu trois crises graves : la première (1718-1720) due à son opposition irréductible au Système de Law ; la deuxième (1730-1732) occasionnée par une résistance désespérée à l’application de la Bulle *Unigenitus* : la troisième (1748-1749) – la plus rapidement réglée – fut provoquée par les progrès massifs de la fiscalité royale. Entre temps, la Cour souveraine vécut de longues périodes d’apaisement. Dans cette première moitié du siècle, elle présentait en tout trente-sept Remontrances dont treize au moins furent publiées, mais quatre seulement étaient *itératives* : ce qui mesure une opiniâtreté qui se lasse assez vite », J. EGRET, *Louis XV et l’opposition parlementaire. 1715-1774, op. cit.*, p. 45-46.

²¹⁸ En ce sens, François Saint-Bonnet soutient que la doctrine des parlementaires aide à comprendre le changement de paradigme actuel sur la place de la loi et du juge, au regard de la justice politique : « Ces parlements peuvent aider à penser la notion de justice politique, non au sens d’une justice soumise au pouvoir politique mais au sens d’une justice dont les décisions conduisent à orienter ou à infléchir les décisions politiques d’un pays », F. SAINT-BONNET, « Le “constitutionnalisme” des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des “lits de justice” du XVIII^e siècle », art. cité, p. 22.

²¹⁹ Fonction qui « était considérable puisque les parlements et les conseils exerçaient la police dans leur ressort, parallèlement aux intendants et en concurrence avec eux. Leur principal moyen d’action en matière d’administration consistait à rendre des arrêts de règlement qui visaient à adapter les principes généraux du droit et de la loi aux impératifs locaux », A. J. LEMAÎTRE, « Introduction. Fragments d’un discours républicain » in A. J. LEMAÎTRE (dir.), *Le monde parlementaire au XVIII^e siècle. L’invention d’un discours politique, op. cit.*, p. 9.

s’accomplit par le pouvoir de vérifier les lettres patentes au moment de leur enregistrement ainsi que par le droit de formuler des remontrances²²⁰. Or, à rebours de l’affirmation selon laquelle les fonctions politiques du Parlement, que sont les arrêts de règlement ainsi que l’enregistrement des lettres patentes, seraient « deux activités inconcevables et inadmissibles aujourd’hui en régime de séparation des pouvoirs »²²¹, il nous semble possible de considérer que la manière dont les parlementaires concevaient leur office, tendant à opposer un contre-pouvoir ou une résistance à l’unicité du pouvoir royal, est comparable à celle dont la doctrine conçoit celui du juge constitutionnel. Une telle affirmation n’est au demeurant empreinte d’aucune nouveauté. Elle pourrait en effet apparaître davantage singulière au constitutionnaliste qu’à l’historien du droit. Tandis que les constitutionnalistes s’accordent à considérer que la véritable naissance du juge constitutionnel correspond à l’entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958, voire la décision *Liberté d’association* du 16 juillet 1971, les historiens du droit, quant à eux, n’hésitent pas à affirmer que le contrôle de constitutionnalité est né sous l’Ancien Régime²²², voire plus radicalement que « le Parlement de Paris est non seulement une cour de justice mais aussi – et, surtout, pour lui – un *conseil constitutionnel* »²²³. L’existence d’un tel contrôle sous l’ancienne France est donc admise par les historiens²²⁴, parfois d’ailleurs pour formuler de virulentes critiques²²⁵. Outre les historiens, les auteurs de la seconde moitié du XVIII^e siècle

V. sur les arrêts de règlement, P. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, *op. cit.*

²²⁰ C’est précisément cette fonction qui fut fustigée par Louis XIV, qui lui portera atteinte par l’Ordonnance civile de 1667 et la Déclaration de 1673.

²²¹ P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, *op. cit.*, p. 69.

²²² Étudiant les remontrances au XVIII^e siècle, Jacques Krynen parle ainsi expressément de « contrôle de constitutionnalité », J. KRYNEN, *L’État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, Tome I, *L’idéologie de la magistrature ancienne*, *op. cit.*, p. 262-268. De même, François Olivier-Martin affirmait que « le parlement réclame [...] et a toujours réclamé, avec plus ou moins d’insistance, un rôle se rapprochant de celui des cours chargées de vérifier la constitutionnalité des lois et qui sont prévues par certaines constitutions modernes », F. OLIVIER-MARTIN, *Les Parlements contre l’absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, Paris, LGDJ, coll. « Reprint », 1997, p. 421. Pour François Saint-Bonnet, avec le droit de formuler des remontrances, les parlements « adoptent [...] la posture de juges constitutionnels », F. SAINT-BONNET, « Le parlement, juge constitutionnel (XVI^e-XVIII^e siècle) », art. cité, p. 190.

²²³ P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, *op. cit.*, p. 73.

²²⁴ « Les parlements, et notamment le parlement de Paris (et les autres cours, chacune dans son domaine propre) jouaient [...] sous l’Ancien Régime un rôle comparable, dans une certaine mesure, à celui de notre actuel Conseil constitutionnel, avec une différence importante toutefois : le Conseil constitutionnel ne se prononce sur la constitutionnalité d’une loi que lorsqu’il est “saisi”, alors que toutes les lois étaient, dans la France moderne, sujettes à vérification et à enregistrement », B. BARBICHE, *Les institutions de la monarchie française à l’époque moderne. XVI^e - XVIII^e siècle*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2012, p. 109 ; « Par le moyen de la vérification préalable à l’enregistrement, les cours souveraines mirent en œuvre ce qui s’apparente à un contrôle de constitutionnalité, manifestant à cette occasion des prétentions excessives, souvent confortées par la doctrine », E. GOJOSSE, « Les cours souveraines et le contrôle de constitutionnalité des lois royales », art. cité, p. 104 ; J.-L. MESTRE, « Juridictions judiciaires et contrôle de constitutionnalité en France de 1715 à 1814 » in *Toward Comparative Law in the 21st Century*, Tokyo, Chuo University Press, 1998, p. 499.

²²⁵ « Les parlements s’érigeaient en juges de la constitutionnalité des lois royales, constitutionnalité qu’ils appréciaient par rapport à l’ordre juridique supérieur que formaient lesdites lois fondamentales [...]. Ils s’érigeaient en une sorte de “jurie constitutionnaire” dotée de pouvoirs politiques. Ils tendaient même à se mettre à la place du

ainsi que, postérieurement à la Révolution, les contre-révolutionnaires, reconnaissent tout à fait aisément l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des actes royaux par les parlements²²⁶. Partant, si controversé il peut y avoir sur les modalités de l'enregistrement des lettres patentes au regard du contrôle de constitutionnalité des lois, il apparaît toutefois, de façon indubitable, que les parlementaires se concevaient comme des juges constitutionnels – étant entendu que la « constitution » ne se concevait pas à l'époque comme un acte de volonté souveraine qu'il s'agirait de faire prévaloir sur une volonté subalterne, mais comme un ordre immuable dans lequel l'autorité politique doit s'inscrire et qu'elle doit respecter. Il convient par conséquent d'examiner l'apport majeur de leur doctrine d'un point de vue aussi bien juridique que politique.

législateur et à lui substituer leur propre volonté », A. COCATRE-ZILGIEN, « Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII^e siècle ou Les avocats dans la bataille idéologique pré-révolutionnaire », art. cité, p. 76. De même, Antoine Leca se montrera assez critique, en considérant que les parlements « exerçaient un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois adoptées par le Souverain », A. LECA, « Les grandes étapes du contrôle de constitutionnalité des lois dans la pensée politique européenne d'Aristote à Kelsen », *RRJ-Droit prospectif*, 1987-3, p. 968-969.

²²⁶ Ce que démontre Éric Gojosso, qui affirme qu'étaient admis, à la fois l'idée que « le contrôle de constitutionnalité doit incomber aux Cours souveraines », mais également les moyens de ce contrôle par l'enregistrement et les « normes de référence » de ce contrôle, à savoir « les lois fondamentales et la Constitution », E. GOJOSSE, « Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIII^e siècle : une autre approche », art. cité, p. 145.

SECTION 1

UNE RHÉTORIQUE EN HÉRITAGE : LA PRÉTENTION JURIDIQUE DU PARLEMENT DE PARIS À SUBORDONNER LES VOLONTÉS ROYALES AU RESPECT DE LA CONSTITUTION

61. D'une richesse considérable²²⁷, « les insolentes remontrances du XVIII^e siècle »²²⁸ laissent à voir une véritable *pensée pré-constitutionnaliste*²²⁹. Pour le Parlement, le droit d'enregistrement consiste en une libre vérification, de laquelle découle une compétence à formuler des remontrances, c'est-à-dire à s'opposer à l'enregistrement de la législation royale. Ce droit de remontrances se présente ainsi comme le droit de s'opposer aux volontés royales lorsque celles-ci sont contraires à ce que les parlementaires considèrent comme la vérité du droit²³⁰. Cette compétence tient selon les grands robins au fait que le Parlement serait le « dépôt des lois »²³¹ ; prérogative dont Montesquieu se fera le défenseur²³². Formulant déjà un principe

²²⁷ Durant le règne de Louis XV, les remontrances du Parlement de Paris sont en effet considérées comme « de véritables traités de politique et de droit public ». Ernest Glasson ajoute qu'elles sont « un témoignage extrêmement précieux de la pensée juridique et collective de milliers de très grands juristes français sur plusieurs générations – juristes dont le discours de longue durée, par sa continuité même, a pesé de façon fondamentale sur la formation de nombreux aspects de la doctrine de l'État », E. GLASSON, *Le Parlement de Paris. Son rôle politique depuis le règne de Charles VII jusqu'à la Révolution*. Tome II, Paris, Hachette et Cie, 1901, p. 72. Dans le même sens, Elina Lemaire considère que les remontrances du Parlement de Paris sont « un témoignage extrêmement précieux de la pensée juridique et collective de milliers de très grands juristes français sur plusieurs générations – juristes dont le discours de longue durée, par sa continuité même, a pesé de façon fondamentale sur la formation de nombreux aspects de la doctrine de l'État », E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2010, p. 7.

²²⁸ J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, *op. cit.*, p. 67.

²²⁹ Afin d'éviter à un péché d'anachronisme, précisons qu'il ne s'agit pas ici de comparer la constitution monarchique et la constitution moderne née à la Révolution. Nous n'ignorons pas l'affirmation définitive de Paul Bastid, selon laquelle « ni par les idées qui les inspirent, ni par leur consistance, ni par leur application, les lois dites fondamentales ne répondent à ce qu'on appelle dans le droit moderne une constitution », P. BASTID, *L'idée de Constitution*, Paris, Economica, coll. « Classiques », 1985, p. 63. La pensée pré-constitutionnaliste des parlementaires nous semble toutefois pouvoir être établie : elle réside dans l'existence de fortes similitudes quant à la manière d'envisager la supériorité de la constitution, même si cette constitution est évidemment fondamentalement dissemblable à celle qui naîtra après la chute des parlements. Sur la nécessité de ne pas tomber dans le « piège » consistant à importer des données historiques pour les appliquer anachroniquement au monde contemporain, v. l'étude de Denis BARANGER, « L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel » in C. M. HERRERA, A. LE PILLOUER (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, *op. cit.*, p. 117.

²³⁰ E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, *op. cit.*, p. 83 : « Ce formalisme très exigeant des parlementaires de l'ancienne France reposait sur une double conviction : le respect des formes était d'abord, pour eux, le meilleur moyen de révéler la vérité du droit, et il constituait, ensuite, un instrument très efficace de modération concrète de la puissance publique, et donc de prévention du despotisme ».

²³¹ J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, *op. cit.*, p. 245-268.

²³² « Il ne suffit pas, affirme Montesquieu, qu'il y ait, dans une monarchie, des rangs intermédiaires ; il faut encore un dépôt de lois. Ce dépôt ne peut être que dans les corps politiques, qui annoncent les lois lorsqu'elles sont faites et les rappellent lorsqu'on les oublie », MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* [1758], in *Œuvres complètes*, Tome II,

de séparation des pouvoirs bien avant Montesquieu, les parlementaires considéraient que « les attributs du Souverain et les fonctions des magistrats ne peuvent être confondus : c'est au Souverain à donner des lois, c'est aux magistrats à les faire exécuter avec toute l'autorité dont il les a rendus dépositaires à cet effet »²³³. Derrière cette prétention à la vérité, c'est bien une prétention juridique qu'oppose le Parlement au Roi, puisque cette libre vérification est présentée comme « le droit public du Royaume »²³⁴. Bien servir les rois signifie pour les magistrats « les servir conformément aux lois »²³⁵. Cette prétention juridique, qui révèle un grand attachement au droit de la part des parlementaires, sera pourtant contestée par le Roi et ses partisans. Ainsi de Jean Bodin, selon qui « il n'appartient pas au magistrat de juger la loi, mais selon la loi »²³⁶. La rhétorique à laquelle le phénomène doctrinal de juridictionnalisation fait écho laisse donc à voir des prétentions antagonistes (§1).

62. De cette prétention à la libre vérification des lois du Roi découle une affirmation de la supériorité de la constitution sur la volonté royale. Ce discours sera là encore hautement polémogène. Tout en reconnaissant « en principe, que le Parlement est dépositaire des lois fondamentales »²³⁷, le Roi se considère en effet paradoxalement comme seul gardien de la constitution²³⁸ ; constitution qui sera déjà pensée au XVIII^e, mais de façon évidemment bien différente de la conception qui lui succédera à partir de la Révolution. L'expérience des violations des règles de dévolution de la Couronne par Louis XIV²³⁹ – dont le testament sera

Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1951, Livre II, Chapitre IV, p. 249. Telle est bien aussi la prétention du Conseil constitutionnel à l'époque contemporaine.

²³³ J. FLAMMERMONT, « Introduction » in *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, *op. cit.*, p. XLIX et p. 283.

²³⁴ Parlement de Paris, *Remontrances sur la séance royale du 19 novembre 1787*, 11-13 avril 1788, in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 730.

²³⁵ Parlement de Paris, *Remontrances sur le conflit entre le Parlement de Toulouse et le duc de Fitz-James*, 18 janvier 1764, in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome II, 1755-1768, *op. cit.*, p. 438.

²³⁶ J. BODIN, *Les six livres de la République*, [1576], Paris, Fayard, coll. « Corpus des œuvres de philosophie en langue française », 1986, Livre VI, p. 274, cité in J. KRYNEN, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne) », *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, p. 176.

²³⁷ R. BICKART, *Les Parlements et la notion de Souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, Paris, Felix Alcan, 1932, p. 91.

²³⁸ Louis XV affirme ainsi : « C'est moi qui suis le vrai et suprême gardien des lois et des véritables principes de l'ordre public de mon royaume », *Députation du Parlement de Rouen*, 29 août 1764, cité in R. BICKART, *ibid.*, p. 93.

²³⁹ Notamment l'édit de Marly de juillet 1714 et la déclaration du 23 mai 1715 par lesquels Louis XIV confère à ses fils bâtards légitimés la qualité de Princes du Sang. Autrement dit, le Roi va – dans un cas de crise, puisqu'il ne se trouvait aucun Prince du sang légitime pour lui succéder – régler sa propre succession, en méconnaissance des lois fondamentales posant les principes d'indisponibilité de la Couronne, d'exclusion des bâtards de la succession et du droit de la Nation à disposer de la Couronne. Sur ce point, v. C. SAGUEZ-LOVISI, *Les lois fondamentales au XVIII^e siècle. Recherches sur la loi de dévolution de la couronne*, Paris, PUF, coll. « Travaux et recherches de l'Université de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Paris », 1983, p. 19-76.

annulé, sur le fondement des lois fondamentales, par le Parlement de Paris²⁴⁰, prenant le parti du duc d'Orléans contre les princes légitimés²⁴¹ – discréditera toutefois la thèse du Roi gardien de la constitution et confortera sans doute les magistrats dans la conviction que la garde des lois fondamentales par le Roi lui-même s'avère infructueuse. Le Parlement se proclamera ainsi explicitement seul « gardien de la constitution »²⁴², ce qui lui permettra tout à la fois d'élargir le contenu de cette dernière afin d'accroître son influence et de s'autoconstitutionnaliser. La constitution sera ainsi déjà pensée comme l'ensemble des règles relatives à l'organisation du pouvoir et à la protection de la liberté (§2).

§1 – L'unité de la fonction législative au fondement de prétentions antagonistes

63. La prétention à la « libre vérification des lois » fut source de controverses, dans la mesure où le Roi n'avait pas la même conception du droit d'enregistrement que les parlementaires (A). Ces prétentions antagonistes autour de l'unité de la fonction législative seront source d'un affrontement des pouvoirs d'un point de vue tant juridique – qui légifère ? – que religieux – qui incarne la justice divine ? (B).

A. Une conception contestée du droit d'enregistrement

64. Comme le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, l'enregistrement des lettres patentes²⁴³ – seules lois du Roi à être contrôlées – ou la « vérification des lois »²⁴⁴, tend à imposer au souverain le respect du droit. L'enregistrement, qui se trouve être un véritable

²⁴⁰ Le Parlement de Paris accepta en effet en 1715 de modifier le testament de Louis XIV, qui restreignait considérablement les pouvoirs du duc d'Orléans, en échange d'un rétablissement de son droit de remontrances. V. *Procès-verbal de la séance du Parlement tenue pour la Régence*, 2 septembre 1715 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, *op. cit.*, p. 1-30.

²⁴¹ L'édit de Marly de juillet 1714 et la déclaration du 23 mai 1715 furent en effet annulés par un édit adopté par le Régent en juillet 1717 au nom de la violation des lois fondamentales relatives à la dévolution de la Couronne.

²⁴² Dans un discours prononcé le décembre 1788 l'avocat général Seguier affirme ainsi : « Nous dirons que nous envisageons cet imprimé comme le premier effort d'une anarchie prête à éclater, et si la sagesse du gardien de la constitution ne se hâte de prévenir l'effet de cette production séditieuse, elle deviendra le germe de désordres que le système d'égalité se flatte d'introduire dans les rangs et dans les conditions », J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 782.

²⁴³ « On appelle lettres patentes un document écrit sur parchemin et qui se présente ouvert à son destinataire : d'où l'expression *litterae patentes* ». Elles sont classées parmi les « lois du Roi », F. OLIVIER-MARTIN, *Les lois du Roi*, Paris, LGDJ, coll. « Reprint », 1997, p. 144.

²⁴⁴ C'est-à-dire la « transcription sur les registres du greffe de chaque juridiction supérieure pour les rendre exécutoires », P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, *op. cit.*, p. 71. Ce contrôle serait né au XIV^e siècle, F. SAINT-BONNET, « Le parlement, juge constitutionnel (XVI^e-XVIII^e siècle) », art. cité, p. 178. François Olivier-Martin préfère parler de « vérification des lois » plutôt que d'enregistrement, ce dernier terme impliquant selon lui une forme d'automatisme que n'a pas le contrôle à proprement parler, *ibid.*, p. 299.

contrôle de constitutionnalité des actes royaux²⁴⁵, constitue en effet une résistance au libre exercice de la souveraineté, dans la mesure où la loi royale ne devient proprement exécutoire qu'à condition d'être enregistrée par les parlements. Cette prérogative des parlements, qui sera présentée comme première et essentielle²⁴⁶, n'est pas conçue par eux comme une simple formalité. Ceux-ci s'accordent en effet le droit de refuser d'enregistrer une loi et d'adresser au roi des remontrances afin de lui demander de la retirer ou de la modifier, ce qui est la traduction de leur droit – qu'ils jugent constitutionnels – de libre vérification. Or, « pour les auteurs qui écrivent avant 1789, le refus d'enregistrement a [...] un caractère absolu. Les lettres de jussion et les lits de justice dont la monarchie se sert pour imposer ses vues, sont inadmissibles. Les mesures prescrites grâce à de tels procédés sont nulles et de nul effet tant qu'elles contrarient l'ordre constitutionnel »²⁴⁷. La conception qu'ont les parlementaires de leurs fonctions rappelle en ce sens le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois à l'époque contemporaine : ainsi par exemple de Paul Pierre Lemercier de la Rivière, avocat puis conseiller au Parlement de Paris, qui, dans ses *Essais sur les maximes et lois fondamentales de la monarchie française* (1789), défend l'idée du « nécessaire respect de certaines formes, au nombre desquelles figure la consultation d'un organe chargé de contrôler l'activité normative royale »²⁴⁸. Il formule alors une exacte définition du contrôle de constitutionnalité des lois : « vérifier une nouvelle loi, c'est la comparer, la combiner avec les anciennes et principalement avec celles de la constitution ; c'est examiner si elle leur est conséquente ou contraire ; l'enregistrer, c'est la placer dans les registres où les lois sont inscrites »²⁴⁹. Les parlementaires n'entendaient donc pas se limiter à exercer leur droit de remontrances, ils revendiquaient une *libre vérification* des lois, « c'est-à-dire le droit de refuser définitivement ou de modifier les actes envoyés à l'enregistrement »²⁵⁰. Au stade de la vérification, les lettres patentes ne sont encore que le produit d'une volonté

²⁴⁵ « Dépositaires des lois du royaume, [les parlementaires] se déclarent sans plus de raisonnement et dans un même mouvement également en charge de conseiller le roi sur la conformité de ses textes législatifs à la constitution, autrement dit de vérifier leur constitutionnalité », J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, op. cit., p. 263-264.

²⁴⁶ « [...] la première et principale autorité desdits parlements » est « de vérifier les ordonnances et edicts du roy », B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Treize livres des parlements de France*, 1621, VIII, Chap. 17, p. 702, cité in J. KRYNEN, « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires “prêtres de la justice” » in *Mélanges de l'école française de Rome. Moyen-Âge*, 2002, 114, p. 117.

²⁴⁷ E. GOJOSSE, « Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIII^e siècle : une autre approche », art. cité, p. 151.

²⁴⁸ E. GOJOSSE, « Le contrôle de l'activité normative royale à la veille de la Révolution : l'opinion de Mercier de la Rivière », *RRJ-Droit prospectif*, 1999, p. 238-239.

²⁴⁹ P. P. LEMERCIER DE LA RIVIÈRE, *Vœux d'un Français ou Considérations sur les principaux objets dont le roi et la nation vont s'occuper*, Paris et Versailles, Vallat la Chapelle et Vieillard, 1788, p. 52, cité in E. GOJOSSE, « Le contrôle de l'activité normative royale à la veille de la Révolution : l'opinion de Mercier de la Rivière », art. cité, p. 240-241.

²⁵⁰ A. LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, Paris, A. Fontemoing, 1907, p. 312.

politique passagère, qu'il convient de confronter au droit – c'est-à-dire aux lois du monarque dont le Parlement a le dépôt et qui, par l'effet du temps, se sont en quelque sorte sédimentées pour former le droit du royaume²⁵¹ –, tandis que l'enregistrement est la conséquence d'une vérification positive, qui consiste à muer cette volonté passagère en loi véritable, c'est-à-dire à l'inscrire dans le corps du droit.

65. Cette prétention juridique du Parlement de Paris n'est en réalité compréhensible qu'à condition de prendre en considération une autre rhétorique : celle du Roi. À cet égard, il est frappant de constater que son discours diverge fondamentalement de celui du Parlement. La fonction de ce dernier n'est en effet pas perçue de la même manière par le Roi, qui n'y voit en aucune façon une possibilité de limiter juridiquement ses prérogatives souveraines²⁵². Le Parlement n'assume qu'une fonction de conseil ; si sa fonction était plus élevée, le risque serait pour le Roi de ne conserver « que le nom et l'ombre vaine de la souveraineté »²⁵³. De là découlera la lutte incessante entre l'institution royale et l'institution parlementaire. De là également le paradoxe consistant pour le Roi à affirmer sa souveraineté tout en reconnaissant

²⁵¹ V. en ce sens, E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, op. cit., p. 211 : « L'ordre juridique tel que se le représentent les officiers des Parlements s'articule autour de deux ordres de législation, dont la hiérarchie n'est jamais définitivement établie : les lois générales du Royaume, c'est-à-dire le droit commun "à tous les ordres et à toutes les parties de l'État", d'une part, et les lois particulières, "dont l'observation n'intéresse que certaines contrées du Royaume ou certaines classes de personnes", d'autre part. Les premières comprennent les lois fondamentales, les droits de la nation et, plus généralement, toutes les règles "dont le maintien assure à tous les sujets [...] leurs biens, leurs libertés, leur vie et leur honneur". Parmi les secondes, qui regroupent les droits propres à un état ou à une communauté, les "loix particulières" des provinces tiennent un rang spécifique par la place considérable que leur accordent les remontrances du XVIII^e siècle ».

²⁵² C'est en ce sens que Bodin oppose la monarchie pure au gouvernement mixte : « On a voulu dire et publier par escrit que l'estat de France estoit aussi composé des trois Républiques, et que le Parlement de Paris tenoit une forme d'Aristocratie, les trois estats tenoyent la Démocratie, et le Roy representoit l'estat Royal : qui est une opinion non seulement absurde, ains aussi capitale. Car c'est crime de leze majesté de faire les subjects compagnons du Prince souverain [...]. Si donques il n'y a aucune image de puissance populaire en l'assemblee des trois estats qui se font en ce royaume, non plus, et encores moins qu'en Espagne et Angleterre, beaucoup moins y aura de seigneurie Aristocratique en la Cour des Pairs, ni en l'assemblée de tous les officiers du Royaume, attendu mesmement que la presence du Roy fait cesser la puissance et auctorité de tous les corps et colleges, et de tous les officiers tant en general qu'en particulier (...) », J. BODIN, *Les Six Livres de la République*, op. cit., Livre II, Chap. I, p. 21-22. C'est en définitive toute la théorie du lit de justice : le parlement n'a qu'une fonction de conseil – la monarchie pure se caractérisant par « l'esprit de conseil » – et l'autorité ne réside que dans le Prince, dont les magistrats, en tant qu'officiers de la Couronne, ne sont qu'une émanation. C'est pourquoi l'autorité de la Cour cesse en présence du souverain. V. en ce sens, J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, op. cit., p. 26-27 : « La venue du souverain suspend *ipso facto* la délégation ».

²⁵³ « Quand le législateur veut manifester ses volontés, vous êtes son organe, et sa bonté permet que vous soyez son conseil ; il vous invite à l'éclairer de vos lumières, et vous ordonne de lui montrer la vérité. Là finit votre ministère. Le Roi pèse vos observations de sa sagesse ; il les balance avec les motifs qui le déterminent ; et de ce coup d'œil qui embrasse l'ensemble de la monarchie, il juge les avantages et les inconvénients de la loi. S'il commande alors, vous lui devez la plus parfaite soumission. Si vos droits s'étendoient plus loin, si votre résistance n'avoit pas un terme, vous ne seriez plus ses officiers, mais ses maîtres ; sa volonté seroit assujettie à la vôtre ; la majesté du trône ne résideroit plus que dans vos assemblées ; et dépouillé des droits les plus essentiels de la couronne, dépendant dans l'établissement des loix, dépendant dans leur exécution, le Roi ne conserveroit que le nom et l'ombre vaine de la souveraineté », *Lit de justice tenu à Versailles, 7 décembre 1770*, P.-J.-S. DUFÉY, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France*, Tome II (1756 à 1790), Paris, Galliot, 1826, p. 212-213.

avoir besoin du Parlement pour la maîtriser ; paradoxe tenant à ce qu'en définitive le Roi oscillera sans cesse entre rejet et sollicitation du parlement²⁵⁴, ce qui peut s'expliquer par le fait qu'une grande part de la légitimité – au sens d'acceptabilité – de la monarchie pure, à une époque où le droit divin et la tradition commencent à ne plus suffire, consiste dans « l'esprit de conseil ». Au XVIII^e siècle, l'un des arguments de la querelle entre les parlements et le gouvernement royal réside en effet dans la frontière entre monarchie et despotisme. Pour les parlementaires, la monarchie véritable se distingue du despotisme en ce que la puissance du Roi est tempérée par l'autorité des lois, dont les magistrats ont le dépôt. Pour les absolutistes, au contraire, l'essence de la monarchie est à lui seul source et siège de toute autorité. Ce qui la distingue du despotisme, c'est précisément que ses volontés ne sont pas arbitraires mais empreintes de cet « esprit de conseil, de justice et de raison »²⁵⁵. Le paradoxe tient donc en définitive au fait qu'en réalité, parlementaires et absolutistes ont deux conceptions différentes de la monarchie – et donc de la constitution –, de la même manière que les controverses relatives à l'émancipation du Conseil constitutionnel sous la V^e République opposent, ainsi que nous le verrons, des conceptions antagonistes de la constitution ainsi que de la démocratie.

66. Cette divergence ne perturbera toutefois pas la Cour souveraine, qui n'aura de cesse de maintenir sa position : gardienne de la Constitution monarchique, il est de son devoir de la limiter afin de lui permettre de perdurer²⁵⁶. Car limiter le pouvoir royal, pour le Parlement, c'est en quelque sorte le renforcer²⁵⁷. Pour les parlementaires – comme pour Montesquieu – la monarchie est le régime où un seul gouverne selon les lois, par opposition au despotisme qui se caractérise par la toute-puissance d'une volonté arbitraire. Dès lors, l'opposition des parlementaires n'est pas conçue par eux négativement, comme une opposition au roi, mais

²⁵⁴ « À la fin du XV^e siècle, la théorie du droit d'enregistrement et de remontrance, comme la procédure de publication des édits, est ainsi fixée : Le roi est la source unique du droit. Il y a crime de lèse-majesté à contester ses ordonnances et sa puissance absolue. Mais ces ordonnances ne prennent leur dernière forme et vertu qu'après avoir été *consultées*, c'est-à-dire soumises à l'examen approfondi du Parlement, *le vrai sénat du royaume*, dont les avis ne lient pas le roi, mais l'éclairent. Seul, représentant direct et ordinaire du souverain, il est qualifié pour les accommoder non seulement aux principes traditionnels et permanents de la Monarchie, mais aux enseignements de l'expérience et de la raison pratique dont le contrôle reste toujours réservé », E. MAUGIS, *Histoire du Parlement de Paris. De l'avènement des rois Valois à la mort d'Henri IV*. Tome 1, *Période des Rois Valois*, Paris, Auguste Picard, 1913, p. 543.

²⁵⁵ V. en ce sens, B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, Thèse dactyl., Université Lyon 3, 2019, p. 104 *sqq.*

²⁵⁶ Le Parlement de Paris déclare ainsi au Roi, dans ses remontrances du 15 avril 1752 contre la bulle *Unigenitus* : « Sire, si votre parlement doit ses premiers soins à l'intérêt de la religion, il est également tenu par la fidélité qu'il vous a jurée de veiller à la conservation de ces grandes maximes qui constituent l'essence de votre souveraineté », P.-J.-S. DUFÉY, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France*, Tome I (1461 à 1756), Paris, Galliot, 1826, p. 211.

²⁵⁷ « Votre parlement, Sire, a travaillé dans tous les temps pour affermir et pour étendre votre autorité sacrée, qu'il regarde comme l'âme de l'État et comme le principe de sa propre existence », Parlement de Paris, *Remontrances*, 3 décembre 1770, P.-J.-S. DUFÉY, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France*, Tome II (1756 à 1790), *op. cit.*, p. 206.

plutôt positivement, comme une défense de la Constitution monarchique. Laisser l'arbitraire prendre le pas sur la loi reviendrait en effet à fragiliser l'autorité du Roi, et par conséquent la monarchie elle-même. C'est pourquoi toute la ruse des remontrances consiste à affirmer qu'il s'agit de sauver le Roi de ses propres errements et que la plupart du temps les rois ne remettent pas directement en question l'autorité royale mais les mauvais conseils des ministres et de son entourage en parlant de « volontés surprises »²⁵⁸. L'opposition que le Roi a pu formuler à cette limitation n'affaiblit dès lors pas cette prétention, qui poussera parfois le Parlement à entrer en opposition franche avec le pouvoir royal²⁵⁹. Le droit d'enregistrement est ainsi présenté par le Parlement de Paris comme « la plus grande et la plus importante de toutes les fonctions, la plus intimement unie à la constitution même de la Monarchie, celle dans laquelle se peignent le plus essentiellement et l'empreinte de la majesté royale et l'image du concours de la nation »²⁶⁰. Or déjà, en opposition avec cette conception, se trouvait l'idée selon laquelle la volonté du Souverain ne pouvait se voir contrainte : car la contrainte juridique ne pouvait aboutir, en définitive, qu'à une contrainte politique. Le Roi se posait ainsi en seul détenteur de la souveraineté ; souveraineté se matérialisant par le fait que sa volonté, singulièrement législative, ne pouvait se voir limitée. La promulgation des lois n'est qu'un « acte d'obéissance »²⁶¹. Les prétentions royales et parlementaires étaient donc parfaitement antagonistes, dans la mesure où le Roi considérait que « le Parlement n'est qu'un corps judiciaire ; il ne peut participer au pouvoir législatif et au pouvoir politique qu'avec le

²⁵⁸ V. en ce sens, E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, op. cit., p. 178 sqq.

²⁵⁹ Éric Gojosso relève qu'il paraît difficile d'admettre l'existence d'une véritable sanction constitutionnelle, dans la mesure où, en définitive, il ne s'agissait que d'un rôle de conseil auprès du Roi, ce dernier disposant toujours de la possibilité d'adresser des lettres de jussion voire de former un lit de justice. Telle serait « l'opinion officielle » soutenue pendant longtemps par la doctrine : « aucune haute juridiction, fût-elle la plus récalcitrante, n'était [...] fondée à anéantir une ordonnance ou un édit royal ». Pourtant, l'auteur relève qu'au XVIII^e siècle les parlements sont parvenus à plusieurs reprises à infléchir la position royale, par exemple en annulant des lettres patentes, voire par la voie de la « démission collective ou la cessation de service ». Partant, pour l'auteur, « les cours souveraines du XVIII^e siècle disposaient de fait d'un authentique pouvoir de sanction à l'égard des lois royales jugées inconstitutionnelles. Sans doute cette sanction est-elle malaisée à saisir selon les catégories actuelles du droit constitutionnel – autant que la “constitution” de l'ancienne monarchie ! Émergeant lentement de la pratique, elle emprunta des manifestations variées que le pouvoir estima toujours illégales, condamnant de la sorte toute formalisation », E. GOJOSSE, « Les cours souveraines et le contrôle de constitutionnalité des lois royales », art. cité, p. 107.

²⁶⁰ Parlement de Paris, *Remontrances*, 27 novembre 1755 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome II, 1755-1768, op. cit., p. 74.

²⁶¹ En réponse aux remontrances sur la refonte des monnaies, le Régent Philippe d'Orléans a ainsi pu affirmer le 4 juillet 1718 que les lois « ne subsistent que par la volonté du Souverain et n'ont besoin que de cette volonté seule pour être lois. Leur enregistrement dans les cours, à qui l'exécution en est confiée, n'ajoute rien au pouvoir du législateur ; c'en est seulement la promulgation et un acte d'obéissance indispensable, dont les cours doivent tenir et tiennent sans doute à honneur de donner l'exemple aux autres sujets », J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, op. cit., p. 86.

consentement formel du roi et dans la mesure qu'il détermine »²⁶². À l'opposé, le Parlement de Paris affirme sans ambages en 1718 que « l'enregistrement au Parlement est une condition nécessaire de la loi »²⁶³. Et c'est bien cette dernière conception qui domine, car « selon l'opinion commune du XVIII^e, acceptée par la monarchie, les lois ne sont exécutoires qu'après leur transcription sur les registres des cours souveraines »²⁶⁴.

B. Un affrontement des pouvoirs

67. Les horizons opposés qui structurent la pensée du XVIII^e siècle quant à la libre vérification des lois aboutissent donc à un affrontement des pouvoirs. D'abord, le droit d'enregistrement et de remontrances pose la question de savoir, d'un point de vue constitutionnel, si contrôler les lois revient en définitive à exercer la fonction législative. Tandis que, sur ce point, la position des historiens du droit s'avère fort divergente²⁶⁵, le Roi comme le Parlement formulent – paradoxalement – la même réponse : les parlements n'exercent aucune fonction législative²⁶⁶. Puisqu'« au roi seul appartient le pouvoir législatif ; les Parlements ne participent donc pas à la formation de la loi »²⁶⁷. Mais les dissensions naîtront des déductions

²⁶² E. GLASSON, *Le Parlement de Paris. Son rôle politique depuis le règne de Charles VII jusqu'à la Révolution*. Tome II, *op. cit.*, p. 510.

²⁶³ Parlement de Paris, *Itératives remontrances sur la refonte de monnaies*, 26 juillet 1718 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, *op. cit.*, p. 96.

²⁶⁴ E. GOJOSO, « Le contrôle de l'activité normative royale à la veille de la Révolution : l'opinion de Mercier de la Rivière », art. cité, p. 241-242.

²⁶⁵ Pour les uns, le droit d'enregistrement des lettres patentes « apparaissait comme une participation à l'exercice du pouvoir législatif, et ce, de la part de corps judiciaires, qui intervenaient aussi en matière administrative. Les Parlements se présentaient donc comme des organes incarnant la confusion des trois pouvoirs », J.-L. MESTRE, « Juridictions judiciaires et contrôle de constitutionnalité en France de 1715 à 1814 », art. cité, p. 505. Dans le même sens, François Olivier-Martin critique l'idée, défendue notamment par les *Maximes* rédigées par quelques avocats jansénistes au Parlement de Paris, selon laquelle la vérification des lois ne confère pas aux parlements un pouvoir législatif. Au contraire, il considère qu'elle « confère aux cours un droit absolu de veto. Demandez aux constitutionnalistes modernes si le droit de veto n'implique pas participation au pouvoir législatif », F. OLIVIER-MARTIN, *Les lois du Roi*, *op. cit.*, p. 353-354. Pour les autres, les parlements ne participeraient « tout au plus, malgré leurs prétentions contraires, qu'à l'exécution de la loi par le biais de son enregistrement », P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, *op. cit.*, p. 69.

²⁶⁶ Cette affirmation n'est pas propre au Parlement de Paris. Ainsi, le Parlement de Bordeaux affirmera à plusieurs reprises ne participer d'aucune façon au pouvoir législatif : « Votre Parlement, Sire, sans avoir jamais pensé à s'attribuer le pouvoir législatif, qui réside en entier dans la personne sacrée du souverain, est néanmoins, par son institution, son conseil légal en matière de législation. Il est chargé, par devoir et par serment, de juger de l'utilité de la loi pour l'avantage du monarque et de ses sujets. Il la compare aux lois anciennes et fondamentales [...]. Ce jugement de comparaison, dans lequel entrent encore les considérations prises des temps et des circonstances, ne peut être le fruit que d'une délibération parfaitement libre et pleinement réfléchie, parce qu'il doit former, dans l'esprit des peuples, en faveur de la loi, un préjugé certain de justice et d'utilité qui accompagne toujours la volonté propre du prince : il doit garantir au prince même comme au peuple, que cette volonté est exempte de surprises et de prévention ; et c'est, Sire, ce jugement que nous appelons vérification de la loi », Parlement de Bordeaux, 25 mai 1757, cité in J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, *op. cit.*, p. 249.

²⁶⁷ R. BICKART, *Les Parlements et la notion de Souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, *op. cit.*, p. 3.

fort différentes qui découleront de cette affirmation. Pour le Roi, du pouvoir exclusif de faire la loi découle l'impossibilité pour les magistrats de s'opposer à sa volonté : la volonté royale suffit seule à l'édition des lois²⁶⁸. Si le Roi reconnaît aux parlements un droit de remontrances, celui-ci correspond à une fonction de conseil. Il ne résulte pas des lois fondamentales une « *libre vérification* », dans la mesure où une telle compétence « aboutit au partage du pouvoir législatif »²⁶⁹. Dans l'esprit même de la Constitution monarchique, le Roi, souverain par essence, délègue l'exercice de sa souveraineté à des officiers et, tout en restant maître de révoquer ou de retenir cette délégation, reste également maître de requérir le conseil des assemblées d'états, des cours et du conseil, sans jamais souffrir que cette fonction de conseil n'aboutisse à un quelconque assujettissement de la volonté royale²⁷⁰. Au contraire, le Parlement de Paris ambitionne de son côté d'authentifier juridictionnellement la volonté royale – comme le Conseil constitutionnel prétendra plus tard opérer une seule authentification juridictionnelle de la volonté législative²⁷¹ –, en affirmant que « la seule volonté du Roi n'est pas une loi complète ; la simple expression de cette volonté n'est pas une forme nationale ; il faut que cette volonté, pour être obligatoire, soit publiée légalement ; il faut, pour qu'elle soit publiée légalement, qu'elle ait été librement vérifiée »²⁷². Autrement dit, que le Roi exerce bien à lui *seul* la fonction législative ne signifie pas qu'il puisse l'exercer *librement*. Le pré-constitutionnalisme des parlementaires ne reconnaît pas à la volonté humaine – même royale – les facultés d'une puissance absolument autonome.

68. L'analogie avec le phénomène doctrinal de juridictionnalisation à l'époque contemporaine se laisse alors aisément percevoir. Sous l'ancienne France, le Parlement n'exerce pas la fonction législative, mais considère néanmoins que la volonté humaine, fût-elle royale, n'est pas libre²⁷³. De son propre aveu, le juge constitutionnel, à l'époque actuelle,

²⁶⁸ Se fondant sur le discours de la Flagellation du 3 mars 1766, Jean Egret souligne qu'aux yeux du Roi – Louis XV, en l'occurrence – « les Parlements ne sont pas un pouvoir nécessaire entre le Roi et la Nation : ils ne participent pas à l'établissement des lois, ils n'ont pas le droit de résister aux volontés du Souverain. Le Roi admet les Remontrances mais elles doivent être modérées dans leur forme et rester secrètes. En aucun cas, les Cours ne peuvent lier la volonté du Roi », J. EGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire. 1715-1774*, *op. cit.*, p. 135.

²⁶⁹ A. LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, *op. cit.*, p. 312.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 311 : « [...] pas plus que la résistance des États généraux, celle du Parlement ne peut être poussée au point d'anéantir le pouvoir législatif du roi ».

²⁷¹ Contrairement à la sanction, l'authentification ne suppose pas l'expression d'une volonté subjective mais consiste en un constat objectif.

²⁷² Parlement de Paris, *Remontrances sur la séance royale du 19 novembre 1787*, 11-13 avril 1788 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 727.

²⁷³ « Le droit de vérifier les lois n'est pas celui de les faire ; mais si l'autorité qui fait la loi pouvait encore suppléer ou gêner la vérification, celle-ci n'étant plus qu'une précaution dérisoire ou qu'une vaine formalité, la volonté de l'homme pourrait remplacer la volonté publique et l'État tomberait sous la main du despotisme », Parlement de Paris, *Remontrances sur la séance royale du 19 novembre 1787*, 11-13 avril 1788, in *ibid.*, p. 732.

n'estime pas participer à la fonction législative²⁷⁴. Toutefois, même si le législateur est le représentant du peuple titulaire de la souveraineté, sa volonté n'est pas sans bornes, puisque « la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »²⁷⁵. On comprend dès lors le caractère artificiel de l'argument des juges selon lequel ils n'exerceraient pas la fonction législative : aujourd'hui comme alors, le contrôle de la volonté législative revient en définitive à ce que le contrôleur se substitue au contrôlé, c'est-à-dire à considérer que le juge qui contrôle la loi exerce, lui aussi, la fonction législative²⁷⁶. Évidemment, une telle constatation ne peut aujourd'hui qu'aboutir à la fameuse critique de « gouvernement des juges », que Louis XVI, peu de temps avant la Révolution formulait de la façon suivante : « si la pluralité de mes cours forçait ma volonté, la Monarchie ne serait plus qu'une *aristocratie de magistrats*, aussi contraire aux droits et aux intérêts de la Nation qu'à ceux de la Souveraineté. Ce serait, en effet, une étrange constitution que celle qui réduirait la volonté du Roi à la valeur de l'opinion d'un de ses officiers et qui *assujettirait le législateur* à avoir autant de volontés qu'il y aurait de délibérations différentes dans les diverses cours de justice de son royaume »²⁷⁷. À cette réponse du Roi, que le Parlement de Paris jugera « affligeante »²⁷⁸, les grands robins opposeront l'argument selon lequel la volonté royale est une volonté humaine qui peut à ce titre

²⁷⁴ Ce que révèle le considérant désormais classique du Conseil constitutionnel selon lequel « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ». V. sur ce point, M. TALON, « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », *RDJ*, 2020, p. 137.

²⁷⁵ Cons. const., 23 août 1985, n° 85-197 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *JORF* du 24 août 1985, p. 9814. V. sur cet *obiter dictum*, Ph. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001.

²⁷⁶ Sous l'ancienne France, c'est notamment ce qu'avait affirmé le garde des sceaux d'Argenson dans son discours au lit de justice du 26 août 1718 : le parlement « a porté ses entreprises jusqu'à prétendre que le Roi ne peut rien sans l'aveu de son parlement et que son parlement n'a pas besoin de l'ordre ni du consentement de S.M. pour ordonner qu'il lui plaît. [...] Ainsi, le Parlement pouvant tout sans le Roi et le Roi ne pouvant rien sans son parlement, celui-ci deviendrait bientôt le législateur nécessaire du Royaume », J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, *op. cit.*, p. 109. Aujourd'hui, cette idée est défendue par Michel Troper, à travers la thèse du juge constitutionnel co-législateur. Ce dernier participe en effet pour Michel Troper à l'expression de la volonté générale, même si cette volonté diffère de celle du Parlement en ce qu'il ne se prononcerait pas en opportunité, M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie » in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2015, 2^e éd., p. 329. Cette analyse a été remise en cause par Philippe Blachère, qui considère qu'elle demeure empreinte d'une trop forte connotation légicentriste. Pour l'auteur, le Conseil constitutionnel n'exprime pas la volonté législative mais la volonté constitutionnelle, celle du « peuple constituant », Ph. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, *op. cit.*, p. 185-195. Nous reviendrons sur les conséquences d'une telle affirmation sur la théorie de la représentation : V. *infra*, § 440-443.

²⁷⁷ *Réponse du Roi aux Remontrances sur la séance royale du 19 novembre 1787 des 11-13 avril 1788*, 17 avril 1788 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 735. Nous soulignons.

²⁷⁸ Parlement de Paris, *Itératives remontrances*, 30 avril 1788 in *ibid.*, p. 736.

être dans l'erreur ou la méprise²⁷⁹. C'est la raison pour laquelle elle doit être contrôlée²⁸⁰, car lorsque le Parlement contrôle la volonté royale, il ne lui oppose pas sa volonté propre, mais le respect du droit²⁸¹. Pourtant, si le Parlement ne se reconnaît pas le droit de participer à la fonction législative, il se reconnaît en revanche le droit de modifier les lois. Or, là encore, la querelle est vive puisque le Roi n'a eu de cesse de s'opposer à la reconnaissance d'un tel pouvoir pour ses magistrats²⁸².

69. Ensuite, en sus du contrôle de la loi et son éventuelle modification, se pose la question de l'interprétation ; question qui habite toute réflexion sur le contrôle juridictionnel. Autoriser le juge à interpréter la loi revient en effet à l'autoriser, d'une certaine façon, à s'immiscer dans la sphère législative²⁸³. Or, selon la conception de la souveraineté sous le régime ancien, « interpréter la loi et la faire relève d'un seul et même pouvoir »²⁸⁴. C'est la raison pour laquelle va s'ouvrir, à partir du XV^e siècle, une longue période de lutte durant laquelle le Roi tente d'empêcher les parlements de se livrer à une interprétation des actes royaux²⁸⁵, singulièrement par l'ordonnance civile de 1667 qui réserve au Roi le monopole de l'interprétation de ses propres lois, « conçue telle une machine de guerre tournée contre la haute

²⁷⁹ Cette argument avait déjà été avancé par les parlementaires en 1718 : « Les grands personnages qui ont été employés par nos rois à la rédaction des ordonnances en imposant au Parlement l'obligation d'examiner scrupuleusement les édits, déclarations et autres lettres patentes qui lui sont envoyées ont sans doute fait réflexion que les rois sont hommes et comme tels qu'ils peuvent être sujets à toutes les faiblesses attachées à l'humanité », Parlement de Paris, *Itératives remontrances sur la refonte de monnaies*, 26 juillet 1718 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, *op. cit.*, p. 96.

²⁸⁰ « [...] c'est précisément parce qu'il n'est pas donné aux rois d'être sans cesse en garde contre l'erreur ou la séduction, c'est pour ne pas abandonner la Nation aux malheureux effets des volontés surprises, que la Constitution exige, en matière de lois, la vérification des cours », Parlement de Paris, *Itératives remontrances*, 30 avril 1788 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 740.

²⁸¹ « Le droit d'accorder librement les subsides ne fait pas des États généraux une aristocratie de citoyens ; le droit de vérifier librement les lois ne fait pas des parlements une aristocratie de magistrats. On est gouverné par des aristocrates, mais votre parlement n'aspire point à gouverner. Dans ses jugements, il est soumis aux lois, sa volonté n'est rien ; il prononce, mais la loi a décidé. [...] La Cour ne peut se dispenser de juger suivant la loi ; la Cour ne peut se dispenser de remonter suivant la loi ; la Cour ne peut se dispenser de résister suivant la loi », Parlement de Paris, *Itératives remontrances*, 30 avril 1788 in *ibid.*, p. 740.

²⁸² Cette position fut maintenue tout au long du XVIII^e siècle : « La soumission est le premier devoir de mes sujets, c'est à mon parlement à donner l'exemple de cette loi fondamentale de mon royaume. Lorsque je lui ai permis de me faire des remontrances sur les édits et déclarations que je lui envoie pour enregistrer, je ne lui ai point donné le pouvoir de les anéantir ou altérer sous prétexte de les modifier », J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, *op. cit.*, p. 468 (nous soulignons) ; « Chargés de l'application des lois, il ne vous a point été ordonné d'en étendre ou d'en restreindre les dispositions », *Lit de justice tenu à Versailles*, 7 décembre 1770, P.-J.-S. DUFÉY, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France*, Tome II (1756 à 1790), *op. cit.*, p. 212.

²⁸³ « Ainsi, aux XVI-XVII^e siècles, la monarchie française, comme les autres, est-elle poursuivie par l'inquiétude de voir son monopole législatif lui échapper lors du processus d'interprétation judiciaire », J. KRYNEN, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne) », art. cité, p. 176.

²⁸⁴ F. SAINT-BONNET, « Le contrôle *a posteriori* : les parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi », art. cité, [en ligne].

²⁸⁵ J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, *op. cit.*, p. 150-158.

magistrature »²⁸⁶. Les déclarations royales seront alors un instrument permettant de fixer l'interprétation d'une loi²⁸⁷. À cela, les parlementaires rétorquent que l'interprétation de la loi est inhérente à leur fonction juridictionnelle : ce faisant, ils prétendent assumer un rôle juridique, sans pour autant revendiquer de participation politique à l'exercice de la souveraineté : « part du corps du roi », les parlementaires « concourent à la perfection de la loi comme conseillers » et ne se posent donc pas comme un « contre-pouvoir »²⁸⁸. Comme le démontre François Saint-Bonnet, les parlementaires placent l'argument historique au secours de cette prétention, en affirmant que l'office juridictionnel du Parlement est né avec la monarchie et que sa fonction d'interprétation de la loi lui est par conséquent consubstantielle²⁸⁹. Il convient toutefois de souligner que, sous l'ancienne France, l'interprétation est synonyme d'équité²⁹⁰. Or, l'équité permet de s'écarter de la loi²⁹¹, ce qui justifie ainsi bien souvent que le Parlement puisse se placer au-dessus de la loi royale²⁹². Dès lors, l'aporie tient à ce que, quand bien même le discours des parlementaires démontre bien avant la Révolution l'attachement des juges à la loi²⁹³, le jugement en équité va accentuer « leur pouvoir sans contrôle de se placer au-

²⁸⁶ J. KRYNEN, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne) », art. cité, p. 174. L'auteur précise que, s'agissant de l'interdiction d'interpréter, cette ordonnance aura en réalité eu peu d'impact en pratique, en raison de l'impossibilité pour les juges de se passer de l'interprétation, *ibid.*, p. 183.

²⁸⁷ « Les juristes savants avaient désigné sous le nom de *lex declaratoria* la loi délivrant l'interprétation "authentique" du Prince. Dès le début du XIV^e siècle, la royauté française commence à promulguer des lettres patentes qui "déclarent" le sens qu'il convient de donner à tel texte législatif antérieur, ordonnance ou édit. "Déclaration" va devenir le terme technique désignant jusqu'à la fin de l'Ancien Régime les lois royales interprétatives, de plus en plus nombreuses, de plus en plus longues, de plus en plus précises », J. KRYNEN, *ibid.*, p. 170.

²⁸⁸ F. SAINT-BONNET, « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel a priori des lois du roi », art. cité, [en ligne].

²⁸⁹ F. SAINT-BONNET, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 5 [en ligne].

²⁹⁰ J. KRYNEN, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne) », art. cité, p. 161. C'est le cas, singulièrement, chez Bodin : v. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 191-196.

²⁹¹ L'équité se présente en effet comme un « palliatif à la rigidité des lois, elle est une exception à leur rigueur ». C'est un « droit d'exception » et une « exception au droit », E. AGOSTINI, « L'équité », *Recueil Dalloz*, 1978, p. 7-8. Pour Jean Carbonnier, l'équité « évoque constamment une opposition à la rigidité du droit, au *droit strict* ». Ainsi, « dans ses applications judiciaires », l'équité est « un *droit affranchi de règles* », J. CARBONNIER, *Droit civil*. Vol. 1, Paris, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2^e éd., 2017, p. 22-23.

²⁹² En effet, « si le législateur n'a pas agi en fonction du bien commun et n'a pas respecté la loi naturelle, alors la loi doit être enfreinte car elle a perdu ses fondements, sa validité et sa légitimité », M.-L. DUCLOS-GRÉCOURT, *L'idée de loi au XVIII^e siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, Poitiers-Issy-les-Moulineaux, Faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers-LGDJ-Lextenso éditions, « Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 2014, p. 134.

²⁹³ Ce que démontre bien Marie-France Renoux-Zagamé dans une étude sur le discours des parlementaires ; discours qui laissait déjà à voir un véritable culte de la loi. Mais il s'agissait alors toujours, derrière la loi humaine, de la loi de Dieu, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « "Royaume de la loi" : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Histoire de la Justice*, n° 11, 1998, p. 35.

dessus des lois »²⁹⁴. Mais cette aporie n'en est pas une pour les magistrats, puisque ces derniers vont au contraire déduire de leur devoir d'obéissance à la loi leur pouvoir d'interprétation. Marie-France Renoux-Zagamé souligne bien en ce sens que le juge « bouche de la loi » signifie, à rebours de ce qu'en déduiront les révolutionnaires et par un incroyable renversement de paradigme, avoir le pouvoir de donner vie à la loi, et donc de l'interpréter²⁹⁵.

70. La portée proprement constitutionnelle de cet affrontement des pouvoirs se complique d'une dimension religieuse, liée à l'origine divine de toute justice et à la question de savoir à qui il appartient, du Parlement ou du Roi, de représenter Dieu dans l'exercice de ce sacerdoce. Alors qu'à partir de la Révolution, l'équité perdra de sa superbe face à l'exaltation de la loi, elle occupe une place privilégiée sous l'ancienne France dans la mesure où la justice, avant d'être une institution, est un idéal, et même une vertu. Quoique sécularisée, la France chrétienne conçoit en effet la justice comme une finalité transcendante qui, comme telle, ne saurait être concédée à la volonté humaine. Cristallisée par Domat²⁹⁶, la consubstantialité de la justice humaine et de la justice divine perdurera durant tout le régime ancien. Aussi le fondement de légitimité du Roi – et donc de la justice, puisque le Roi est réputé être l'intermédiaire de la justice divine – est-il l'accomplissement de l'idéal chrétien. La justice apparaît en ce sens davantage comme un devoir que comme une prérogative pour le monarque²⁹⁷ – tout comme les remontrances constitueront pour les parlementaires un « devoir » bien plus qu'un « droit ». Il en découle logiquement, puisque la justice émane de Dieu et que le Roi est le représentant de Dieu sur terre, que les parlementaires ne devraient pouvoir juger en équité ; l'équité étant le reflet des préceptes de la loi divine. Mais corrélativement, les juges sont réputés ne former qu'un avec le Roi, si bien que juger en équité découle logiquement de leur prétention à l'unité de la justice royale²⁹⁸. Au surplus, les juges prétendent tirer leur responsabilité directe

²⁹⁴ G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements » in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome II, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, p. 282.

²⁹⁵ « Se proclamer “bouche de la loi”, c'est donc pour les juges monarchiques se donner un rôle tout ensemble passif et actif : certes ils ne sont là que pour faire parler la loi, mais comme la loi ne peut parler que par eux, la part qui leur revient en propre dans l'acte de jugement par lequel la loi atteint son but, c'est-à-dire s'incarne dans la vie des hommes, demeure essentielle », M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « “Royaume de la loi” : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », art. cité, p. 52.

²⁹⁶ M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « La figure du juge chez Domat », *Droits*, n° 39, 2004, p. 35 ; J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, op. cit., p. 79.

²⁹⁷ Comme en atteste la recommandation de Saint Louis à Philippe III : « cher fils, si tu deviens roi, efforce toi de posséder ce qui convient à un roi, c'est-à-dire d'être tellement juste que tu ne t'écartes jamais de la justice, pour quelque raison que ce soit », Cité in J.-M. CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice. Approches médiévales », in *Droits et justices du moyen âge. Recueil d'articles d'histoire du droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Introuvables », 2016, p. 182.

²⁹⁸ « C'est parce qu'ils estiment faire corps avec le roi que les parlementaires se déclarent eux aussi affranchis, si nécessaire, des normes en vigueur, déclarent qu'eux aussi sont présumés *habere omnia jura in scrinio pectoris*, et qu'ils peuvent, à la différence des magistrats inférieurs, juger en équité », J. KRYNEN, « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires “prêtres de la justice” » art. cité, p. 106.

de Dieu, dont ils se doivent de faire respecter la loi sur terre²⁹⁹. Ainsi, les parlementaires se poseront en « “prêtres de la justice” (*sacerdotes justitiae*) » membres d’un « “clergé temporel” (*sacerdotium temporale*) »³⁰⁰. C’est la raison pour laquelle le Parlement de Paris n’aura de cesse – jusqu’à sa chute – de s’immiscer dans les questions religieuses³⁰¹.

71. La prétention juridique du Parlement de contrôler librement les lois royales est ainsi au fondement de prétentions antagonistes quant à l’exercice de la fonction législative. Mais les juges feront fi de ces difficultés dans la mesure où leur prétention n’a à leurs yeux qu’une finalité : protéger la Constitution et, avec elle, la monarchie.

§2 – La supériorité de la Constitution au fondement d’une pensée pré-constitutionnaliste

72. Alors que les arguments relatifs à la suprématie de la Constitution ainsi qu’à la protection des droits et libertés sont au fondement du phénomène doctrinal de juridictionnalisation à l’époque contemporaine, les discours parlementaires sous l’Ancien Régime se révèlent prodigieusement semblables. L’affirmation de la supériorité de la Constitution, entendue de façon extensive, aura pour fonction chez les grands robins tant d’élargir leurs prérogatives (**A**) que d’assurer la protection effective de la liberté (**B**) ; double fonction ayant vocation à opposer une limitation juridique à l’autorité royale.

A. Une vision extensive de la Constitution au bénéfice d’un élargissement des prérogatives du Parlement

73. En sus des lois divines et naturelles que le Parlement a vocation à faire respecter, le droit de l’ancienne France consacre également l’existence de « lois fondamentales », expression

²⁹⁹ M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « “Royaume de la loi” : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », art. cité, p. 51-59.

³⁰⁰ J. KRYNEN, *L’État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L’idéologie de la magistrature ancienne*, op. cit., p. 79. V. également, du même auteur, « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires “prêtres de la justice” » art. cité, p. 109-116. V. aussi, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « De la parole de Dieu à la parole de justice : l’éloquence judiciaire selon les juges monarchiques », *Droits*, n° 36, 2002, p. 3.

³⁰¹ Cette immixtion est d’ailleurs à l’origine de nombreuses querelles entre le Parlement de Paris et le Roi au XVIII^e siècle, singulièrement s’agissant, à partir de 1730, de la Bulle *Unigenitus*, que les magistrats, majoritairement jansénistes, se sont refusés à considérer comme une loi de l’Église et de l’État. Le Parlement prit en effet la défense de jansénistes à qui étaient opposés des refus de sacrements, ce qui suscita la colère du Roi qui tenta à plusieurs reprises de retirer au Parlement le droit de se prononcer sur les affaires ecclésiastiques. Or les grands robins ne pouvaient l’admettre, dans la mesure où ils se considèrent, eux aussi, comme des « délégués de Dieu – le roi n’étant que le canal en quelque sorte passif de cette première délégation », J.-M. CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales » in J.-M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 1999, p. 91. V. sur ce sujet, J. FLAMMERMONT, « Introduction » in *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome 1, 1715-1753, op. cit.

succédant à celle de « lois du royaume » depuis la seconde moitié du XVI^e siècle³⁰². Durant le Moyen-Âge, « la puissance royale n'a au-dessus d'elle que des principes d'ordre religieux et moral, la morale étant d'ailleurs absorbée par la doctrine de l'Église »³⁰³. Par la suite, le Parlement va s'estimer compétent pour vérifier la conformité des lois, sous forme de lettres patentes, aux *lois fondamentales du Royaume*³⁰⁴. Car, affirme le Parlement de Paris, même si le Roi est « seul maître, seul législateur », il n'est pas moins de leur « devoir » de « représenter » au roi « qu'il y a des lois aussi anciennes que la monarchie qui sont fixes et invariables, dont le dépôt [lui] a été transmis avec la couronne »³⁰⁵. Cette vérification se fera par la suite expressément par rapport à la *Constitution*, ou parfois aux « maximes du royaume »³⁰⁶. Si le terme de constitution fut usité bien plus tôt, « il ne connut une pleine expansion qu'au siècle des Lumières »³⁰⁷, et la rhétorique relative à la *protection de la constitution* sera singulièrement exaltée au XVIII^e siècle. L'expression de « constitution de l'État » sera en effet employée sans

³⁰² Selon Jean Barbey, l'expression figurerait pour la première fois en 1575, dans un ouvrage intitulé : *Brève Remontrance de la noblesse de France sur le fait de la Déclaration de Mgr le duc d'Alençon*, cité in J. BARBEY, *Être roi. Le roi et son gouvernement en France de Clovis à Louis XVI*, Fayard, 1992, p. 59. Elle apparaîtrait pour la première fois l'année suivante chez les parlementaires, O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 180. V. aussi, A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, op. cit., p. 129. Nous nous bornerons ici à la présentation classique, consistant à assimiler « lois du royaume » et « lois fondamentales », c'est-à-dire à considérer que le passage des unes aux autres ne marque qu'une évolution terminologique. Sur ce point, Arnaud Vergne s'est toutefois attaché à démontrer que l'expression « lois du royaume » désigne une réalité bien différente, dans la mesure où elle intéresse davantage les règles relatives à la justice et s'avère plus englobante en ce qu'elle inclut certaines lois ordinaires, *ibid.*, p. 139-141.

³⁰³ P. BASTID, *L'idée de Constitution*, op. cit., p. 52. Il n'est pas question ici de s'interroger sur l'existence ou non d'un droit constitutionnel à l'époque médiévale. Notons simplement qu'Albert Rigaudière conteste l'inexistence d'un droit constitutionnel au Moyen-Âge. Dans une longue étude sur ce sujet, l'auteur défend en effet l'idée selon laquelle la *lex vel constitutio*, c'est-à-dire l'ordonnance fixant l'âge de majorité des rois à « treize ans révolus », édictée par Charles V en 1374 et l'ensemble des ordonnances qui ont suivi « sont une manière de constitution de la France des années 1400 ». Ainsi, non seulement la France médiévale était pour lui dotée d'une constitution, mais au surplus d'une constitution écrite et non simplement coutumière. Le terme constitution aurait ainsi expressément été employé au sujet de sept textes relatifs à « l'âge de la majorité, les modalités de la succession à la couronne, le fonctionnement de la tutelle des enfants de France et l'organisation de la régence », A. RIGAUDIÈRE, « Un grand moment pour l'histoire du droit constitutionnel français : 1374-1409 », *Journal des Savants*, 2012, n° 2, p. 281.

³⁰⁴ « [...] Sire, nous croyons dans nos consciences être indispensablement obligés de réitérer les mêmes remontrances. Nous y sommes forcés par le serment de fidélité que nous prêtons à V. M. en entrant dans nos charges, par toutes les ordonnances de nos rois qui nous imposent d'examiner dans les édits et autres lois qui nous sont apportés s'il n'y a rien de contraire aux intérêts de V. M. et de l'État et aux lois fondamentales du royaume, qui nous obligent d'en délibérer et par conséquent d'y opiner en toute liberté de suffrage et nous défendent en même temps de reconnaître pour lois celles qui ne nous ont pas été envoyées revêtues du caractère de l'autorité royale », Parlement de Paris, *Itératives remontrances sur la refonte des monnaies*, 26 juillet 1718 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome 1, 1715-1753, op. cit., p. 88.

³⁰⁵ Parlement de Paris, *Itératives remontrances sur la refonte de monnaies*, 26 juillet 1718 in *ibid.*, p. 94-95.

³⁰⁶ Pour Philippe Pichot-Bravard, la formule « maximes du royaume » est préférée à partir de la seconde moitié du XVIII^e siècle à celle de « lois fondamentales du royaume » car elle permet opportunément au Parlement d'élargir leur contenu, celui des « maximes » étant « suffisamment imprécis pour qu'on puisse y rattacher des principes dont la supériorité n'était jusque-là par reconnu par tous », P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'histoire du droit et droit romain », 2011, p. 285.

³⁰⁷ A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, op. cit., p. 10.

ambages par le Parlement de Paris en 1721³⁰⁸, puis de façon plus constante à partir de 1753³⁰⁹. Or, les grands robins furent précurseurs puisqu'il faudra manifestement attendre la parution de *l'Esprit des lois* en 1748 pour qu'en dehors des institutions – et singulièrement des parlements – les auteurs se saisissent de cette expression³¹⁰. Le paradoxe tient alors à ce que la Révolution, décrite comme l'avènement du constitutionnalisme, ne se réappropriera pas cette nécessité de protéger la constitution par un contrôle juridictionnel et qu'il faudra en réalité attendre que la V^e République fasse inconsciemment renaître les discours parlementaires pour que l'idée constitutionnaliste aboutisse. Le fait que la Révolution n'ait pas fait naître le concept de constitution exacerbe évidemment ce paradoxe : celui-ci existait en effet déjà sous l'ancienne France³¹¹. Bien qu'ils le soutiennent, les révolutionnaires ne sont pas à l'origine de *la* Constitution³¹² mais d'une *autre* conception de la constitution, à savoir non plus un corps de maximes produites par l'Histoire et inaccessibles aux volontés humaines, mais une prescription volontariste, un acte de souveraineté. La conception révolutionnaire n'est toutefois pas « plus normative » dans ses effets que la conception coutumière de la constitution promue par les parlementaires ; au contraire, si, comme beaucoup d'auteurs contemporains, on lie la juridicité à la sanction³¹³, il est possible de considérer que la constitution ancienne est plus « normative » que la conception révolutionnaire – ce qui rejoint l'idée avancée d'une ellipse entre les doctrines parlementaires et la juridictionnalisation contemporaine.

74. Si Constitution il y a sous l'ancienne France, deux problématiques se posent : la première relative à son contenu, la seconde à son gardien. Or, ces deux interrogations sont étroitement imbriquées dans le discours parlementaire. L'existence et

³⁰⁸ « Le feu Roi, votre prédécesseur de glorieuse mémoire, a décidé que les affaires de la pairie n'étaient point sujettes à évocation pour cause de parenté, parce que par la constitution de l'État la connaissance en appartient de droit au Parlement », Parlement de Paris, *Remontrances sur l'évocation du procès du Duc de la Force*, 1^{er} mars 1721 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome 1, 1715-1753 *op. cit.*, p. 146-147.

³⁰⁹ P.-J.-S. DUFÉY, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France*, Tome I (1461 à 1756), *op. cit.*, p. 294. V. aussi, A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, *op. cit.*, p. 45.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 10.

³¹¹ Jacques Krynen affirme en ce sens : « Il est remarquable que bien avant que la Révolution n'en fasse un thème majeur [...] les élites judiciaires aient mis en action une doctrine de type constitutionnaliste, faisant référence dans leurs oppositions diverses à la "constitution", et non plus seulement au concept classique bien que plus restrictif de "lois fondamentales" », J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, *op. cit.*, p. 264.

³¹² Une telle prétention se révèle par l'article 16 de la Déclaration de 1789, puisqu'en affirmant qu'une société n'a point de constitution en l'absence de séparation des pouvoirs et de garantie des droits, les révolutionnaires signalent l'absence de constitution sous l'ancienne France ; position qui sera reprise par « l'historiographie libérale », singulièrement Madame de Staël et Benjamin Constant, M. VALENSISE, « La constitution française » in K. M. BAKER (dir.), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, Vol. 1, *The Political Culture of the Old Regime*, Oxford-New-York, Pergamon Press, 1987, p. 442-443.

³¹³ V. *infra*, § 169-180.

l'identité – nécessairement constitutionnelle – du gardien de la constitution dépend nécessairement du contenu de celui-ci. En ce qui concerne son contenu, on désigne classiquement par lois fondamentales l'ensemble des règles relatives à la Couronne, à savoir sa dévolution et l'inaliénabilité de son domaine³¹⁴. Jean Bodin, en théoricien de la souveraineté, les limitera fort logiquement à la loi salique et l'indisponibilité de la Couronne³¹⁵. À l'origine, les lois fondamentales se limitaient à définir le statut de la Couronne, et les seules limites opposées à l'autorité absolue du monarque – les lois divines et naturelles – s'avéraient d'un contenu et d'une force bien trop nébuleux pour être véritablement contraignantes. C'est avec l'essor de la notion de constitution au XVIII^e siècle³¹⁶, et principalement à travers le discours parlementaire, que les lois fondamentales, enrichies par leur jurisprudence, vont acquérir une substance et par conséquent une force nouvelle³¹⁷. À l'instar du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, qui ne prendra véritablement naissance qu'au moment où le Conseil constitutionnel étendra les normes de référence de son contrôle par sa décision du 16 juillet 1971, à la fin de l'Ancien Régime, la justice royale va fort opportunément étendre le nombre de principes qu'elle estime constitutifs de la monarchie française³¹⁸. La vision extensive de la Constitution monarchique permet ainsi au Parlement de développer ses prérogatives car, nécessairement, plus les lois fondamentales sont nombreuses et plus la capacité de limiter la souveraineté royale est grande³¹⁹. Le contenu de cette Constitution va alors rejoindre la question

³¹⁴ M.-L. DUCLOS-GRÉCOURT, *L'idée de loi au XVIII^e siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, *op. cit.*, p. 341.

³¹⁵ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 181.

³¹⁶ O. BEAUD, « L'histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 2, 2010, p. 31.

³¹⁷ « Dans les doctrines parlementaires, la notion de constitution, comme celle de lois fondamentales, comportait une double dimension formelle et matérielle. Dans son aspect institutionnel ou organique, la constitution de la monarchie française comprenait, d'abord, les règles de dévolution de la Couronne et d'inaliénabilité du domaine, c'est-à-dire un ensemble de normes coutumières forgées progressivement par l'écoulement du temps, pour assurer la pérennité de l'État [...]. Mais les officiers des Parlements comptaient également, parmi ces règles institutionnelles, celles qui prévoyaient l'agencement des institutions de l'Ancien Régime et qui organisaient l'exercice du pouvoir souverain », E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, *op. cit.*, p. 78.

³¹⁸ Ainsi, « tout en prétendant rester dans leur rôle, les cours tentent d'élargir le *corpus* de référence auquel confronter les lois du roi pour intensifier leur contrôle : à cette fin, elles érigent des précédents ou des ordonnances anciennes en principes, coutumes ou lois fondamentales et/ou "découvrent" des principes fondamentaux supposés avoir toujours existé mais n'avoir jamais été révélés », F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, *op. cit.*, p. 355. Dans le même sens, Jean-Louis Mestre relève : « ces lois fondamentales n'étant pas énumérées par un texte solennel, les Parlements ont eu tendance à en accroître le nombre, pour renforcer leur propre rôle en face du pouvoir monarchique », J.-L. MESTRE, « Juridictions judiciaires et contrôle de constitutionnalité en France de 1715 à 1814 », art. cité, p. 502. François Saint-Bonnet a ainsi établi une analogie entre l'extension de la Constitution de 1958 au Préambule par le Conseil constitutionnel et la prétention des parlements à « déterminer le corpus de référence auquel elles vont ensuite confronter les lois du roi, hissant ainsi certaines lois ou principes à un rang supérieur », F. SAINT-BONNET, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises », art. cité, p. 781.

³¹⁹ A l'inverse, plus elles sont entendues de façon restrictive et plus la limitation elle-même s'avèrera modeste. C'est en ce sens qu'Olivier Beaud interprète la conception restrictive qu'avait Bodin de ces lois fondamentales :

de sa garde, dans la mesure où le Parlement de Paris va intégrer sa propre existence, son fondement même, au rang des lois fondamentales. La prétention juridique des rois sera en effet constitutionnalisée par le Parlement de Paris lui-même, qui affirmera que la vérification des lois est une compétence qu'il détient de la « *constitution de l'État* »³²⁰. L'avocat parisien Louis Adrien Le Paige, quelques années auparavant, ne disait pas autre chose lorsqu'il affirmait que l'existence du Parlement se fonde sur la « constitution même de l'État » et qu'ainsi la vérification des lois, qui peut légitimement aboutir à une opposition catégorique aux lois du Roi, est « de l'essence de notre Monarchie »³²¹. Le Parlement de Paris, « né avec la Monarchie », lui est dès lors consubstantiel et demeure nécessaire à sa survie. Derrière l'idée de protéger les lois fondamentales, c'est donc la monarchie elle-même qu'il s'agit de protéger. Par conséquent, tenter de nier le rôle du Parlement, c'est dénaturer le régime ; c'est menacer l'existence même de la monarchie. Aussi le droit de contrôler les lois fondamentales est-il lui-même une loi fondamentale : le Parlement, en d'autres termes, s'*autoconstitutionnalise*. Illustration en est faite par le dernier acte notable du Parlement, avant d'être définitivement réduit au silence et de disparaître pour laisser place aux États généraux : la fixation solennelle du contenu des lois fondamentales. Par un arrêté du 3 mai 1788 – dite « Constitution du 3

« Contrairement à d'autres auteurs soucieux de limiter le pouvoir royal, en étendant le nombre et la nature de lois fondamentales, Bodin limite très logiquement leur nombre afin de concilier sa théorie de la souveraineté avec ces types de lois. Il ne retient que deux lois : la loi improprement appelée loi salique relative à la succession des monarques français [...] et la règle d'inaliénabilité de la Couronne, solennellement consacrée par l'Édit de Moulins (1566) », O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 180-181. Dans le même sens : « En accord avec son absolutisme, l'acceptation de Bodin est forcément plus spécialisée et plus étroite », J. H. FRANKLIN, *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, Paris, PUF, coll. « Fondements de la politique », 1993, p. 115.

³²⁰ « Votre parlement, Sire, a toujours tenu, et ne cessera de tenir pour maxime inviolable, que Votre Majesté ne tient sa puissance que de Dieu ; que toute autorité, dans l'ordre politique, émane de cette puissance ; que les magistrats ne sont que vos officiers, et que l'autorité qu'ils exercent n'est que l'autorité de Votre Majesté elle-même ; qu'enfin le droit de faire des lois n'appartient qu'à vous seul, sans dépendance et sans partage. Mais, Sire, vous ne penserez pas que ce soit porter atteinte à ces principes inébranlables que de vous représenter que les rois vos augustes prédécesseurs ont reconnu, dans tous les temps, qu'il étoit nécessaire, pour la conservation des droits de la royauté, et pour le bien de l'État, que les lois fussent vérifiées dans leurs parlements, et que *la nécessité de cette vérification tient à la constitution de l'État*, qui ne peut être changée ni altérée », Parlement de Paris, *Remontrances*, 15 janvier 1771, P.-J.-S. DUFÉY, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France*, Tome II (1756 à 1790), op. cit., p. 227. Nous soulignons.

³²¹ « Il est [...] de l'essence de notre Monarchie, qu'il y ait toujours un Tribunal, qui, successeur des anciens Parlements généraux, & les représentant, en réunisse, & en conserve invariablement toutes les fonctions, comme formant la constitution même de l'État, & en étant inséparable ; c'est-à-dire qui soit le dépositaire & le conservateur des Lois & des maximes de l'État ; qui examine, & qui promulgue légitimement & librement toutes les Lois nouvelles ; qui donne au Monarque les avis importants au bien de son service, & à celui de la Patrie ; qui lui résiste même, s'il le faut, plutôt que de trahir des intérêts si chers ; *qui réfrène* en un mot, comme le dit du Seissel à François I., *la puissance absolue dont voudroient user les Rois*, en n'acquiesçant jamais à ce qui n'est pas juste », L. A. LE PAIGE, *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des pairs et sur les lois fondamentales du royaume*, Tome 1, *Récapitulation des quatre lettres*, op. cit., p. 151-152. Sur le « constitutionnalisme de Le Paige », v. P. ROYER et al., *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, op. cit., p. 187-189.

mai »³²² –, le Parlement de Paris va en effet établir une liste, relativement vague³²³, de toutes les lois fondamentales formant la Constitution du Royaume³²⁴. Sept lois sont ainsi mentionnées, parmi lesquelles seule la dévolution de la Couronne³²⁵ était déjà solidement établie par coutume. L'originalité de cet arrêté tiendra à l'effort de systématisation manifesté par le Parlement, et non au contenu des lois fondamentales ainsi énumérées, puisque la plupart d'entre elles figuraient déjà dans les écrits épars des magistrats³²⁶. Le droit de vérification des lois³²⁷ – comme, au reste, le droit de les modifier³²⁸ – avait en effet déjà été affirmé au milieu du XVIII^e siècle, mais revêt ici une portée d'autant plus solennelle que le Parlement le réaffirme de façon plus péremptoire, en faisant figurer parmi les lois fondamentales « le droit des cours de vérifier dans chaque province les volontés du Roi et de n'en ordonner l'enregistrement qu'autant

³²² E. CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII^e siècle* [1927], Genève, Slatkine Reprints, 1978, p. 563.

³²³ « [...] Les Parlements ayant [...] intérêt à grossir le nombre des lois fondamentales, les décrivent volontiers en termes si généraux et si imprécis qu'elles semblent tout embrasser », R. BICKART, *Les Parlements et la notion de Souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, *op. cit.*, p. 38-39.

³²⁴ P.-J.-S. DUFEY, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France*, Tome II (1756 à 1790), *op. cit.*, p. 35 ; J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 745 ; R. BICKART, *Les Parlements et la notion de Souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, *op. cit.*, p. 41 ; E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, *op. cit.*, p. 71-72.

³²⁵ « Le droit de la maison régnante au Trône, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, à l'exclusion des filles et de leurs descendants », Parlement de Paris, *Arrêté du 3 mai 1788* in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 745. Ne figure pas dans cet arrêté l'inaliénabilité du domaine de la Couronne, qui aurait manifestement fait débat dans la doctrine et au sein des institutions à la fin de l'Ancien Régime, A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, *op. cit.*, p. 136.

³²⁶ Ainsi du consentement à l'impôt, déjà constitutionnalisé par le Parlement. V. par exemple la réponse du Premier Président au lit de justice du 6 août 1787 : « Le principe constitutionnel de la Monarchie française est que les impositions soient consenties par ceux qui doivent les supporter ; il n'est pas, Sire, dans le cœur d'un roi bienfaisant d'altérer ce principe qui tient aux lois primitives de votre état, à celles qui assurent l'autorité et qui garantissent l'obéissance », J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 682. En 1788, il sera rattaché à la convocation des États généraux : « Le droit de la Nation d'accorder librement les subsides par l'organe des États généraux régulièrement convoqués et composés », Parlement de Paris, *Arrêté du 3 mai 1788* in *ibid.*, p. 746. En réalité, l'ensemble des lois fondamentales énumérées avaient déjà été consacrées par le Parlement de Paris et les parlements de province, la plus tardivement reconnue étant le consentement à l'impôt par les États généraux, A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, *op. cit.*, p. 130-137.

³²⁷ Ainsi par exemple en 1763, où « la nécessité de vérification des lois » est présentée comme l'une des « ordonnances du Royaume qui sont immuables », Parlement de Paris, *Remontrances sur le lit de justice du 31 mai 1763*, 24 juin 1763 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome II, 1755-1768, *op. cit.*, p. 343.

³²⁸ « [...] les édits et les déclarations ne peuvent être exécutés que conformément aux arrêts d'enregistrement, que les modifications portées dans lesdits arrêts en font essentiellement partie et en sont inséparables suivant les anciennes maximes du Royaume et les lois fondamentales de l'État », Parlement de Paris, *Arrêté*, 5 août 1751 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, *op. cit.*, p. 466. Arnaud Vergne relève qu'il s'agit de « celle qui a le plus souvent été promue au rang de loi fondamentale », par l'ensemble des parlements ainsi que la Cour des aides de Paris et la Cour des comptes de Rouen, A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, *op. cit.*, p. 132-133.

qu'elles sont conformes aux lois constitutives de la province ainsi qu'aux lois fondamentales de l'État »³²⁹.

75. De cette prétention juridique ainsi constitutionnalisée, la tentation serait grande de déduire une usurpation par les magistrats de la fonction royale. Alors que le Parlement de Paris « fut en France et même en Europe le représentant le plus imposant et le plus respecté de l'esprit de justice »³³⁰, les historiens contemporains se mettent ainsi en grande partie d'accord pour le fustiger et porter la fatale accusation de « gouvernement des juges »³³¹. Dès la seconde moitié du XVIII^e siècle, d'ailleurs, les parlements n'auront de cesse d'être pris pour cible : partisans de l'absolutisme royal comme révolutionnaires vont partager une franche opposition à la possibilité pour les juges de disposer du pouvoir législatif, et donc du droit de vérification des lois³³². Loin pourtant de prétendre incarner et défendre la monarchie dite absolue, les parlementaires se présentent non seulement comme gardiens de la Constitution monarchique, mais encore comme gardiens de la liberté : le Parlement de Paris, plus particulièrement, se présente comme « l'organe de la Justice et de la liberté politique »³³³, de la même manière que le Conseil constitutionnel sera présenté par la doctrine constitutionnaliste comme le « protecteur des libertés » à partir de la décision du 16 juillet 1971³³⁴.

³²⁹ Parlement de Paris, *Arrêté du 3 mai 1788* in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 746.

³³⁰ E. GLASSON, *Le Parlement de Paris. Son rôle politique depuis le règne de Charles VII jusqu'à la Révolution*. Tome II, *op. cit.*, p. 511.

³³¹ Ainsi par exemple, pour Olivier Chaline : « au-delà des évidentes divergences, on voit s'exprimer un même refus, celui des corps intermédiaires face au pouvoir souverain absolu qu'il soit du roi ou de la nation, en l'occurrence celui du "gouvernement des juges" », O. CHALINE, « Introduction » in O. CHALINE (dir.), *Les parlements et les Lumières*, *op. cit.*, p. 15. François Saint-Bonnet relève à cet égard que les historiens utilisent « la *doxa* constitutionnaliste classique en regardant comme scandaleuse la prétention de ces cours de justice de vouloir participer à l'élaboration de la loi du roi », F. SAINT-BONNET, « Le "constitutionnalisme" des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des "lits de justice" du XVIII^e siècle », art. cité, p. 18. Il en résulte que « l'historiographie présente en général l'attitude des parlements à l'endroit des lois du roi comme une suite d'ingérences dans le domaine du politique », F. SAINT-BONNET, « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel a priori des lois du roi », art. cité, [en ligne].

³³² F. SAINT-BONNET, « Le "constitutionnalisme" des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des "lits de justice" du XVIII^e siècle », art. cité, p. 18-19.

³³³ G. DUCOUDRAY, « Préface » in *Les origines du Parlement de Paris et la justice aux XIII^e et XIV^e siècles*, Paris, Hachette, 1902, p. VIII. V. aussi sur le rapport des rois à la liberté, F. DI DONATO, « Le concept de "liberté" dans l'idéologie des hommes de robe au XVIII^e siècle (France et Italie) » in *Lexicon philosophicum, Quaderni di terminologia filosofica e storia delle idee*, Firenze, Leo S. Olschki, 1996, p. 81.

³³⁴ J. RIVERO, « Note sous CC, Décision du 16 juillet 1971 », *AJDA*, 1971, p. 539.

B. Une vision extensive de la Constitution au bénéfice d'une protection juridictionnelle de la liberté

76. Cette protection de la liberté procède elle aussi d'une vision extensive de la Constitution : pour les parlementaires, le droit constitutionnel ne se limite pas à l'organisation du pouvoir³³⁵ mais s'étend à la protection juridictionnelle de la liberté. En ce sens, l'arrêté de 1788 énumérant les différentes lois fondamentales fait figurer, au titre de la liberté : « le droit de la Nation d'accorder librement les subsides par l'organe des États généraux régulièrement convoqués et composés », « le droit de chaque citoyen de n'être jamais traduit en aucune matière devant d'autres juges que ses juges naturels, qui sont ceux que la loi désigne » et le droit « de n'être arrêté, par quelque ordre que ce soit, que pour être remis sans délai entre les mains des juges compétents »³³⁶. Cette liste appelle deux remarques. D'abord, la formulation de ces principes tend bien à démontrer que la liberté ne peut prospérer qu'à condition que les juges puissent en assurer le respect. Ensuite, s'agissant du contenu de ces principes, les parlementaires demeurent fidèles à leur conception traditionnelle de la liberté. Dans son étude substantielle sur la doctrine des rois, qui démontre la nature profondément libérale de la pensée des magistrats français du XVIII^e siècle, Elina Lemaire souligne que la liberté est entendue comme synonyme de propriété : il s'agit de protéger « le droit de propriété dont [les sujets du roi] disposaient sur leur être » – la « liberté-sûreté » – mais également « l'atteinte à la propriété des biens »³³⁷ – que les magistrats rattachent notamment aux questions fiscales³³⁸. Cette forme de libéralisme ne peut toutefois être assimilée à celle qui émergera à partir de la Révolution et conquerra le XIX^e siècle, dans la mesure où il s'agit d'un « libéralisme sans primauté de l'individu »³³⁹. La défense de la liberté n'a en effet pas pour vocation ultime de protéger l'individu, mais de combattre le

³³⁵ Classiquement, ainsi que l'a démontré Olivier Beaud, les lois fondamentales ne concernent que les « rapports entre le Prince et les estats », c'est-à-dire qu'elles « se rattachent à une partie seulement de l'organisation de l'État comme institution. Leur véritable raison d'être est d'institutionnaliser le pouvoir royal ». Elles n'ont dès lors pas, comme la constitution moderne, « pour objet de limiter le pouvoir de l'État », mais « servent à le protéger contre lui-même. [...] S'il y a limitation de l'État, c'est uniquement au sens d'une limitation immanente à l'État, issue de règles d'organisation essentielles pour que l'État continue à exister », O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 182-183.

³³⁶ Parlement de Paris, *Arrêté du 3 mai 1788* in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, op. cit., p. 746.

³³⁷ E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, op. cit., p. 25.

³³⁸ *Ibid.*, p. 36-42.

³³⁹ *Ibid.*, p. 4. Benjamin Lecoq relève à cet égard que « jusqu'à la fin du XVIII^{ème} siècle, la culture juridique d'Ancien Régime demeure hermétique à cette idée, propre au libéralisme des Lumières, d'après laquelle chaque individu jouirait des mêmes droits inaltérables, inscrits dans la nature humaine et par conséquent supérieurs à tout ordre positif et à toute autorité sociale », B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, op. cit., p. 83.

dévoiement de la monarchie en despotisme³⁴⁰. Aussi cette doctrine, dont les racines semblent se trouver, à la fin du XVII^e siècle, dans ce que Marcel Prélot a appelé le « prélibéralisme aristocratique » – c’est-à-dire la critique de l’absolutisme³⁴¹ –, consiste-t-elle dans la protection, non pas *des* libertés, mais de *la* liberté dans un sens politique. Cette dernière sera en effet « le concept clé de ces doctrines d’*opposition* à l’extension du pouvoir royal » ; concept mentionné de façon très abondante dans les textes parlementaires³⁴². À cet égard, la « liberté » de l’ancienne France ne peut de toute évidence pas faire l’objet d’une analogie avec les « droits et libertés » contemporains : la première, celle de la pensée politique de l’époque – Locke à la fin du XVII^e siècle, puis les penseurs des Lumières, comme Montesquieu, au XVIII^e siècle – se fonde sur le « libéralisme par la loi », la seconde – celle du phénomène doctrinal de juridictionnalisation à l’époque contemporaine – sur le « libéralisme par les droits »³⁴³. Le « libéralisme » des XVII^e et XVIII^e siècles est en effet, ainsi que l’a établi Lucien Jaume, un libéralisme qui associe la liberté à la loi³⁴⁴. L’ambiguïté tient alors au caractère polysémique du terme de loi : s’agit-il de la loi positive ou de la loi naturelle, voire divine ? S’il s’agit de la loi positive, quelle est-elle ? Sur ce point, les auteurs distinguent communément entre les « lois du Roi », c’est-à-dire ce que l’on désignerait aujourd’hui comme les lois ordinaires adoptées par le pouvoir législatif, et les « lois fondamentales », c’est-à-dire la Constitution³⁴⁵. Où se placent alors les lois naturelles ? Dans les *Maximes du droit public français* – ouvrage écrit par des avocats jansénistes tendant à systématiser la doctrine parlementaire –, une distinction est opérée

³⁴⁰ « La liberté publique, attaquée dans son principe, le despotisme substitué à la loi de l’État, la Magistrature enfin réduite à n’être plus que l’instrument du pouvoir arbitraire, tels sont les grands et douloureux objets qui ramènent votre parlement au pied du Trône », Parlement de Paris, *Remontrances sur la séance royale du 19 novembre 1787*, 11-13 avril 1788, in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 721-722.

³⁴¹ Critique formulée, selon Marcel Prélot, par Fénelon, Saint-Simon, Boulainvilliers et les protestants, M. PRÉLOT, G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 7^e éd., 1980, p. 363-379.

³⁴² E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, *op. cit.*, p. 22.

³⁴³ L. JAUME, « Libéralisme » in F. ROUVILLOIS, O. DARD, C. BOUTIN (dir.), *Le dictionnaire du conservatisme*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2017, p. 558.

³⁴⁴ L. JAUME, « Les droits contre la loi ? Une perspective sur l’histoire du libéralisme », *Vingtième Siècle. Revue d’histoire*, 2005, p. 21. Lucien Jaume analyse ensuite ce qu’il identifie comme la seconde période du libéralisme, celui des XIX^e et XX^e siècles, qui se concentre sur l’individu : c’est le triomphe des droits de l’homme. V. également, du même auteur, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Flammarion, coll. « Champs essais », 2010. François Olivier-Martin considère toutefois que les parlementaires auraient « créé, par touches prudentes et successives, le concept des droits individuels opposables même au roi », F. OLIVIER-MARTIN, *Les Parlements contre l’absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, *op. cit.*, p. 461.

³⁴⁵ E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, *op. cit.*, p. 58. François Olivier-Martin distinguait entre les « lois du roi » et les « lois du royaume », ces dernières étant les lois fondamentales, F. OLIVIER-MARTIN, *Les lois du Roi*, *op. cit.*, p. 8-9. Distinction que l’on retrouve dans les remontrances du Parlement de Paris, entre les « ordonnances des rois », modifiables, et les « ordonnances du Royaume, qui sont inviolables », Parlement de Paris, *Remontrances sur le lit de justice du 31 mai 1763*, 24 juin 1763 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome II, 1755-1768, *op. cit.*, p. 342.

entre « deux espèces de Loix fondamentales », à savoir les lois « naturelles » et les lois « positives »³⁴⁶. Or, les « lois fondamentales naturelles » touchent aux libertés, ou plus exactement « le respect de la propriété, de la liberté et de la sûreté des sujets » quand les « lois fondamentales positives » concernaient quant à elles les règles « touchant à l'organisation du pouvoir et les relations entre l'autorité et les sujets »³⁴⁷. Mais, au XVIII^e siècle, une telle conception évolue puisque les robins, dans la défense de la liberté, délaisseront progressivement les lois naturelles et divines au profit de la loi positive³⁴⁸. En effet, alors que les lois fondamentales « se bornaient, en réalité, à fixer les mécanismes de dévolution du pouvoir et le principe de l'inaliénabilité du domaine royal », les parlementaires les étendaient à toutes « celles qui concernaient l'organisation institutionnelle des pouvoirs au sein de la monarchie »³⁴⁹. Or, cette extension des lois fondamentales institutionnelles va être complétée, à partir de 1770, par une extension aux lois fondamentales de la liberté³⁵⁰. Il est dès lors possible de déduire de l'extension des lois fondamentales par les parlementaires une « positivation » des lois naturelles, qui diffère toutefois de la « positivation » des droits de l'homme par la Déclaration des droits de 1789, dans la mesure où il ne s'agissait pas de faire de l'individu et de ses droits absolus le fondement de l'ordre social, comme le proposaient les théories contractualistes, mais seulement d'affirmer l'antériorité de ces droits, et par conséquent leur supériorité vis-à-vis de l'autorité royale. Le Parlement de Paris pose ainsi les bases d'une pensée pré-constitutionnaliste, consistant à soumettre les institutions, y compris et sans doute surtout l'institution royale, au respect de la Constitution de l'ancienne France. Celle-ci, outre les règles d'organisation du pouvoir – dont les fonctions du parlement faisaient, selon le parlement lui-même, partie – avait également vocation à protéger la liberté des sujets du Royaume contre l'arbitraire royal, ou plutôt, de trouver dans la liberté des sujets des instruments permettant de limiter l'autorité royale sans la contester. Au fond, la liberté est toujours posée contre l'autorité du Roi : la liberté individuelle est généralement affirmée contre les ordres arbitraires, comme les lettres de cachet ou l'évocation d'une affaire par le Conseil du roi ; la propriété est invoquée contre la législation fiscale et commerciale ; le droit de n'être jugé par ses juges naturels

³⁴⁶ *Maximes du Droit public français, tirées des Capitulaires, des Ordonnances du Royaume et des autres monumens de l'Histoire de France*, t. 1, Amsterdam, Michel-Henry Rey, 2^e éd., 1775, p. 229-243, cité in J.-L. MESTRE, « L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les "Maximes du droit public français" (1775) » in AFHIP, *État et pouvoir. L'idée européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection d'histoire des idées politiques », 1992, p. 28.

³⁴⁷ E. GOJOSO, « Les cours souveraines et le contrôle de constitutionnalité des lois royales », art. cité, p. 104.

³⁴⁸ E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, op. cit., p. 55.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 69.

³⁵⁰ Elina Lemaire met ainsi en évidence le tournant de 1770 dans le discours des robins, qui vont présenter les lois fondamentales comme la meilleure garantie des « "droits" et "libertés" », *ibid.*, p. 70.

s'oppose à toute modification de l'organisation judiciaire, et donc contre toute atteinte aux prérogatives du Parlement lui-même. Durant la seconde moitié du XVIII^e siècle, le droit comme la Constitution seront entendus comme instrument de limitation du pouvoir³⁵¹ : la pensée pré-constitutionnaliste du Parlement s'affirme alors avec complétude. Conséquemment, par-delà sa prétention juridique de soumission de l'institution royale au droit, se découvre inévitablement une dimension plus conflictuelle : la prétention politique des rois, consistant à limiter la souveraineté royale. Si la première apparaît comme une rhétorique qui se reflètera dans le discours des promoteurs de la juridictionnalisation du droit constitutionnel à l'époque contemporain, la seconde pèse comme une dette que la pensée constitutionnelle n'est pas parvenue à effacer.

³⁵¹ A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, *op. cit.*, p. 64-70.

SECTION 2

UNE DETTE EN HÉRITAGE : LA PRÉTENTION POLITIQUE DU PARLEMENT DE PARIS À TEMPÉRER LA SOUVERAINETÉ DU MONARQUE

77. Plus encore que sa prétention juridique, la prétention politique du Parlement de Paris se révèle hautement problématique. En effet, si le Roi admet en apparence le droit de remontrances d'un point de vue juridique, il condamne en revanche toute opposition politique à sa volonté. En d'autres termes, le Roi consent à ce que le Parlement lui formule des conseils, c'est-à-dire assure un contrôle savant³⁵², mais rejette toute limitation de souveraineté. De leur côté, les grands robins prétendent avoir vocation à limiter la souveraineté royale. Certes fréquemment éloignée de la réalité, l'image que se faisaient les parlementaires de leur propre fonction était toutefois bien ancrée dans la pensée des partisans d'une « monarchie limitée ». À cet égard, l'opposition traditionnelle entre monarchie absolue et monarchie limitée, entre la vision du Roi et celle des parlements, doit toutefois être contestée dans la mesure où le Roi, tout « souverain absolu » qu'il fût, était bien par nature limité avant même que les parlements ne prétendent assurer une telle limitation. Par-delà le « constitutionnalisme juridictionnel »³⁵³ des parlementaires, la monarchie absolue n'était aucunement entendue comme une absence de soumission du Roi au droit³⁵⁴, ce dernier étant loin de pouvoir agir en dehors de toute contrainte³⁵⁵. L'étude de la prétention parlementaire à limiter, de manière externe, la souveraineté royale contribuera ainsi à mieux comprendre les débats qui entourent la juridictionnalisation du droit constitutionnel à l'époque contemporaine (§1). Intrinsèquement

³⁵² « Selon la conception royale, ce droit s'entendait comme une simple vérification technique de la loi, car le parlement, de par sa compétence juridique, était à même de souligner certaines incohérences du texte qui avaient pu échapper au chancelier », C. LEMAO, *Parlement et parlementaires. Bordeaux au Grand Siècle*, Seyssel, Champ Vallon, coll. « Époques », 2007, p. 18.

³⁵³ J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne op. cit.*, p. 264.

³⁵⁴ Singulièrement, comme le démontre Elina Lemaire, d'une soumission des « lois du rois » aux lois fondamentales. En effet, « les monarques, les théoriciens de la monarchie absolue comme, naturellement, ses opposants étaient d'accord sur le principe de la limitation de la souveraineté législative », E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales, op. cit.*, p. 68.

³⁵⁵ « Ainsi, monarque absolu, le Roi de France ne dispose pas pour autant d'un pouvoir illimité », P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques, op. cit.*, p. 31. Comme le relève l'auteur, Bossuet lui-même – bien connu pour sa défense de la monarchie absolue – affirmait que « les rois ne sont pas affranchis des lois », J. BOSSUET, *Politique tirée des propres paroles de l'écriture sainte*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003, p. 86, cité in P. PICHOT-BRAVARD, *ibid.*, p. 32.

politique, le contrôle exercé par le Parlement ne pourra quoi qu'il en soit que s'avérer conflictuel, de la même manière que le seront les controverses relatives au juge constitutionnel sous la V^e République (§2).

§1 – La défense d'une limitation externe de la souveraineté royale

78. Alors que l'opposition de la « monarchie absolue » et de la « monarchie tempérée » a fait l'objet, au XVIII^e siècle, d'une vive polémique opposant les doctrines absolutistes des doctrines parlementaires³⁵⁶, l'ambition de ces développements relatifs à la défense par les grands robins d'une limitation externe de la souveraineté royale sera de remettre en cause la distinction de la monarchie absolue et de la monarchie limitée. Celle-ci ne rend en effet pas compte, à notre sens, des spécificités de l'un et l'autre modèle, qui diffèrent surtout par leur moyen de limitation, et non par l'existence ou non d'une limitation. D'un côté, la monarchie absolue, où l'autorité royale est autolimitée, de l'autre, la monarchie constitutionnelle, au sein de laquelle elle est hétéro-limitée par une autre institution humaine. Autrement dit, d'un côté l'existence d'une limitation interne où le Roi décidait par lui-même de respecter les lois divines et naturelles (**A**), de l'autre le souhait parlementaire d'imposer au roi une limite qui lui est extérieure, provenant notamment du Parlement à travers sa fonction de vérification des lois (**B**).

A. La critique parlementaire de l'autolimitation de la souveraineté royale

79. L'affirmation d'une absence de limitation de la souveraineté du Roi sous l'ancienne France est assez couramment admise. Ainsi, par exemple, pour Carré de Malberg, la seule limitation de la puissance royale par des lois divines conduisait en pratique à définir la souveraineté royale par l'idée selon laquelle « le monarque peut tout ce qu'il veut »³⁵⁷. Or, une telle vision s'avère proprement anachronique : la négation de l'importance des lois divines et naturelles révèle en effet une inaptitude à penser les institutions dans leur contexte et un rejet de l'existence d'un droit fondé sur la transcendance. Elle conduit alors, de façon regrettable, à observer l'ordre juridique de l'ancienne France sous une perspective contemporaine, autrement dit positivée et laïcisée. Pourtant, les légistes de l'ancienne France ainsi que le Roi lui-même

³⁵⁶ Opposition systématisée par Montesquieu. V. là-dessus, E. CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII^e siècle* [1927], *op. cit.* ; B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, *op. cit.*, p. 94-119.

³⁵⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, Sirey, 1920-1922, rééd., Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, p. 150-151.

étaient bien loin de concevoir la souveraineté comme elle le sera à partir de la Révolution, c'est-à-dire illimitée. Certes, la volonté royale, dotée du pouvoir de dernier mot, ne pouvait effectivement être tenue en échec par une quelconque institution. Mais le Roi demeurait toutefois soumis à l'obligation de respecter les lois divines, parmi lesquelles figure notamment la satisfaction du bien commun. Sans doute, l'adjonction de l'épithète « absolue » au substantif « monarchie » aggrave la confusion. Il arrive en effet de voir apparaître chez certains auteurs une fâcheuse confusion entre pouvoir absolu et pouvoir illimité³⁵⁸, tendant à l'affirmation subséquente selon laquelle le caractère absolu de la monarchie présuppose l'absence de toute limitation. Pourtant, à rebours d'une telle vision, la pensée de l'ancienne France révèle que « l'absolutisme est un pouvoir limité »³⁵⁹. Le caractère absolu de la souveraineté conduit en réalité à « lier l'indivisibilité de la souveraineté à l'unicité de son exercice »³⁶⁰. Elle entend donc surtout signifier l'impossible partage de l'exercice de la souveraineté, ce que confirment Bodin et Bossuet lorsqu'ils usent respectivement de formules telles que « la première marque du prince souverain, c'est la puissance donner loy à tous en général, et à chacun en particulier : mais ce n'est pas assez, car il faut adjoindre, sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre que soy »³⁶¹, ou encore « quand le prince a jugé, il n'y a point d'autre jugement »³⁶². Le pouvoir du Roi est absolu car indivisible : il est seul souverain³⁶³.

³⁵⁸ « Mais la grandeur précédemment décrite ne s'attacherait pas à la personne du souverain si son pouvoir était limité. Aussi le pouvoir du roi est-il absolu », P. BASTID, *L'idée de Constitution, op. cit.*, p. 73. Parfois, de telles limites sont bien reconnues, mais minimisées et présentées comme d'assez peu d'importances. C'est ce qui ressort notamment de la formule suivante : « pour Bodin, le pouvoir absolu était un pouvoir sans aucune limite – sauf la loi divine et naturelle », R. BONNEY, *L'absolutisme*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1989, p. 24.

³⁵⁹ H. MOREL, « Absolutisme » in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 3^e éd., p. 5. Si bien, ajoute Elina Lemaire, que « dans l'ancien droit, la souveraineté du roi était [...] une *souveraineté relative*. Le substantif "souveraineté" n'avait pas, alors, la signification qui est la sienne depuis 1789, signification qui implique un pouvoir non plus simplement suprême, mais aussi *absolu et illimité* », E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales, op. cit.*, p. 49. Nous soulignons. Comme le précise l'auteur, cette prise de position des parlementaires n'était nullement nouvelle. En réalité, ils « s'approprièrent l'essentiel des arguments des juristes des XVI^e et XVII^e siècles », *ibid.*, p. 50. Déjà au Moyen-Âge, ainsi que le relève Olivier Beaud, il est possible d'identifier une « doctrine constitutionnaliste selon laquelle le roi devait être assujéti à divers principes et n'était donc pas au-dessus de la loi », O. BEAUD, « L'histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'État », art. cité, p. 44.

³⁶⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'État, op. cit.*, p. 135. De façon significative, Elina Lemaire analyse ainsi la lutte des grands nobles contre le despotisme comme un « rejet de l'unicité », E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales, op. cit.*, p. 13 sq.

³⁶¹ J. BODIN, *Les Six Livres de la République [1576]*, Livre I, Paris, Fayard, coll. « Corpus des œuvres de philosophie en langue française », 1986, p. 306.

³⁶² J.-B. BOSSUET, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, éd. J. Le Brun, Genève, 1967, Cité in R. BONNEY, *L'absolutisme, op. cit.*, p. 58.

³⁶³ J.-L. THIREAU, « L'absolutisme monarchique a-t-il existé ? », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 6, 1997, p. 295-296. Au fond, les positivistes comme Carré de Malberg confondent souveraineté absolue et souveraineté illimitée parce que l'adjectif « absolu » signifie littéralement « délié » (*princeps legibus solutus* : « le prince est délié des lois »). Or, puisqu'ils ne peuvent concevoir de légitimité divine, ils en déduisent qu'il n'y a rien au-dessus de la volonté du monarque. Carré de Malberg va ainsi jusqu'à considérer que le Roi dispose du pouvoir constituant, alors précisément que la culture juridique de l'époque place la constitution hors d'accès des

80. En tout état de cause, sous l'ancienne France, pour les théoriciens de l'absolutisme comme pour les tenants de l'École du droit naturel, la souveraineté, qu'elle soit dite « absolue » ou au contraire « limitée », voit opposer des barrières à son exercice³⁶⁴. En revanche, la limitation de la souveraineté était conçue, même chez Bodin, comme une limitation par les lois naturelles et divines³⁶⁵, et non par une institution humaine : « limitée mais non contrôlée »³⁶⁶, telle était bien la singularité de la souveraineté royale ; singularité qui explique la nécessité de s'extraire des présupposés contemporains – une conception du droit tout à la fois laïcisée et attachée à l'écrit – pour comprendre qu'à l'époque du régime ancien, des contraintes tout à la fois théologiques et non juridiques venaient limiter la puissance royale³⁶⁷. Le Roi était ainsi limité par le caractère sacerdotal de sa fonction et par la religion catholique qui constitue tout à la fois le fondement de son autorité – la « religion royale » –, et le fondement de l'obéissance de ses sujets – il est Roi « Très Chrétien ». Or, pour le Parlement de Paris, « le Roy, l'État et la

volontés humaines – ce qui rend inconcevable l'idée d'un pouvoir constituant. Au surplus, les commentateurs oublient parfois que la *République* de Bodin ne décrit pas le fonctionnement de la monarchie française – l'autorité royale était très affaiblie en 1576 –, mais constitue davantage un programme politique permettant précisément de restaurer la souveraineté royale. Au reste, Bodin ne parle jamais de monarchie absolue mais de « monarchie pure », par opposition aux monarchies composites fondées sur le modèle du régime mixte. La souveraineté du Prince est *de facto* limitée dans son exercice par un ensemble de contraintes, extérieures ou inhérentes à sa fonction. En ce sens, il est possible de considérer que, chez Bodin, « le prince absolu est un souverain incomplet », E. GOJOSO, « L'absolutisme et l'histoire juridique : à propos d'un ouvrage récent », *Revue historique de droit français et étranger*, 2002, p. 468

³⁶⁴ Une telle affirmation paraît moins évidente concernant les théoriciens de la monarchie absolue – opportunément qualifiés d'« absolutistes » à partir de la Révolution. Pourtant, Jean Bodin, Charles Loyseau, Pierre Cardin le Bret et même Jacques-Bénigne Bossuet se sont tous accordés à considérer que le Roi, souverain absolu, était limité tant par les lois divines que par la coutume, singulièrement par les lois fondamentales du Royaume. V. en ce sens notamment, J. BARBEY, *Être roi. Le roi et son gouvernement en France de Clovis à Louis XVI*, *op. cit.*, p. 60.

³⁶⁵ Bodin affirme en effet sans ambages cette limitation de la puissance absolue : « Cette puissance est absolue, et souveraine : car elle n'a autre condition que la loy de Dieu et de nature ne commande », J. BODIN, *Les Six Livres de la République* [1576], Livre I, *op. cit.*, p. 188. Certes, ajoute l'auteur, « le Prince est absous de la puissance des loix », autrement dit n'est pas lié par elles, si bien « qu'elles ne dépendent que de sa pure et franche volonté ». Toutefois, « quant aux loix divines et naturelles, tous les Princes de la terre y sont subjects, et n'est pas en leur puissance d'y contrevenir, s'ils ne veulent estre coupables de leze majesté divine [...]. Et par ainsi la puissance absolue des Princes et seigneuries souveraines, ne s'estend aucunement aux loix de Dieu et de nature », *ibid.*, p. 192-193.

³⁶⁶ M. ANTOINE, « La monarchie absolue » in K. M. BAKER (dir.), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, Vol. 1 : *The Political Culture of the Old Regime*, *op. cit.*, p. 9.

³⁶⁷ En ce sens, et singulièrement sur la vision bodinienne de la souveraineté et la nécessité de distinguer la souveraineté absolue de Bodin de l'absolutisme, v. F. DE SMET, *Le mythe de la souveraineté. Du Corps au Contrat social*, Bruxelles, E.M.E, coll. « Politique et culture », 2011, p. 49-57. Pour l'auteur, la tendance à considérer Bodin comme un théoricien de l'absolutisme tient à ce que les limites bodiniennes de la souveraineté, que constituent les lois naturelles et divines, « n'ont tout simplement pas été prises au sérieux ». Elles sont en effet perçues comme des limites « simplement rhétoriques, irréelles, puisque si elles devaient être prises au sérieux la limite envisagée n'aurait aucun impact concret, puisque sans instrument de contrôle ». L'on voit bien ici, de nouveau, la sanction comme critère de respectabilité du droit. Surtout, cette vision des choses découle d'un présupposé propre à la société juridique contemporaine, où Dieu ne constitue plus le fondement du pouvoir. Elle est surtout selon, François De Smet, le fait de la distanciation entre droit et morale. Dans le même sens, v. Jacques Krynen, qui rappelle que Bodin admettait la limitation de la souveraineté législative par « la loi de dieu », « la loi naturelle » et « les lois fondamentales du Royaume », J. KRYNEN, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2018, p. 161.

loi, forment un tout inséparable »³⁶⁸, et c'est donc tout à la fois la personne du Roi, l'entité étatique et l'acte législatif qui devaient être soumis au respect des lois fondamentales du Royaume. Une objection surgit alors : sous l'ancienne France, la conception classique – c'est-à-dire bodinienne – de la souveraineté n'envisage-t-elle pas cette dernière comme consubstantiellement attachée au pouvoir législatif ? En ce sens, comment les lois du Roi pourraient-elles être limitées si « la première marque du prince souverain, c'est la puissance donner loy à tous en général, et à chacun en particulier »³⁶⁹ ? Limiter l'exercice du pouvoir législatif reviendrait en effet à admettre conséquemment une limitation du Souverain lui-même. Pour confondante qu'elle soit, cette thèse de la nécessaire limitation du pouvoir législatif était parfaitement admise³⁷⁰. La monarchie, même dite absolue, n'excluait en effet nullement la limitation interne de la souveraineté³⁷¹. Cette idée était déjà admise par les théoriciens absolutistes, et même par les rois eux-mêmes – y compris Louis XIV³⁷² – qui distinguait bien leur personne humaine de la Couronne, laquelle ne leur appartenait pas en propre mais ne leur était dévolue qu'à titre de dépôt³⁷³. La formule bien connue de Louis XIV selon laquelle il se trouve dans une « heureuse impuissance » – ou « divine impuissance » – de remettre en cause les lois de l'État³⁷⁴ vient en ce sens corroborer la thèse selon laquelle le souverain se voit limité.

³⁶⁸ Parlement de Paris, *Remontrances*, 9 avril 1753, P.-J.-S. DUFEY, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France*, Tome I (1461 à 1756), *op. cit.*, p. 242.

³⁶⁹ J. BODIN, *Les Six Livres de la République* [1576], Livre I, *op. cit.*, p. 306. V. surtout, O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 53-130.

³⁷⁰ La « plénitude du pouvoir législatif » n'exclut pas que « le roi, quand il légifère, doit respecter les lois fondamentales de la monarchie [...]. Il y a là un principe incontesté, admis par tous les théoriciens et par le roi lui-même », F. OLIVIER-MARTIN, *Les lois du Roi*, *op. cit.*, p. 206.

³⁷¹ Il est à cet égard significatif que le terme « absolutisme » soit parfaitement étranger au vocabulaire de l'ancienne France. Jean-Louis Thireau relève en effet que ce terme, tout comme les expressions « monarchie absolue » ou « royauté absolue » ne sont apparus que postérieurement. L'« absolutisme monarchique » aurait ainsi été conceptualisé en 1797 par Chateaubriand et se serait répandu au XIX^e siècle « chez les historiens libéraux, dans une intention évidemment polémique », J.-L. THIREAU, « L'absolutisme monarchique a-t-il existé ? », art. cité, p. 292. Dans le même sens, R. BONNEY, *L'absolutisme*, *op. cit.*, p. 6-7.

³⁷² Contrairement à l'idée répandue par la phrase apocryphe : « L'État, c'est moi ! », que Louis XIV n'a en réalité jamais prononcée, ce que corrobore le procès-verbal du lit de justice du 13 avril 1655, disponible aux archives nationales. V. en ce sens F. BLUCHE, *Dictionnaire des citations et des mots historiques*, Éditions du Rocher, 1997, p. 162-163 et J.-L. THIREAU, « L'absolutisme monarchique a-t-il existé ? », art. cité, p. 304.

³⁷³ *Ibid.*, p. 304-305.

³⁷⁴ « Les rois, par un attribut même de leur souveraineté, sont dans une bienheureuse impuissance de détruire les lois de leurs états. Ce n'est ni imperfection ni faiblesse dans une autorité suprême de se soumettre à la justice de ses lois. La nécessité de bien faire et l'impuissance de faillir sont les plus hauts degrés de la perfection. Dieu même ne peut aller plus avant, et c'est dans cette divine impuissance que les souverains, qui sont ses images sur la terre, le doivent particulièrement imiter dans leurs états. Qu'on ne dise point que le Souverain ne soit pas sujet aux lois de son état, puisque la proposition contraire est une vérité du droit des gens, que la flatterie a quelquefois attaquée et que les bons princes ont toujours défendue comme une divinité tutélaire de leurs états », *Traité des droits de la Reyne très-chrestienne sur divers estats de la Monarchie d'Espagne*, 1667, Imprimé sur ordre de Louis XIV. Ces paroles ont été reprises pour justifier le caractère limité de la souveraineté, notamment dans les remontrances du Parlement de Paris du 9 avril 1753, J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome 1, 1715-1753, *op. cit.*, p. 527. Elles seront également mentionnées dans quelques ouvrages de référence au XVIII^e siècle. V. notamment, « Despotisme » in D. DIDEROT, J. LE ROND D'ALEMBERT, *Encyclopédie, ou*

Mais il s'agit alors d'une limitation interne, inhérente à sa fonction même, et non d'une limitation externe – une hétéro-limitation – du pouvoir royal. Aussi aperçoit-on là encore le paradoxe à situer les racines du phénomène doctrinal de juridictionnalisation dans le constitutionnalisme révolutionnaire. L'absolutisme royal est en effet par nature limité, ce qui n'est pas le cas de l'absolutisme né de la Révolution française, qui n'admet pas de limites, et auquel, selon Jean Rivero, le Conseil constitutionnel aurait mis fin³⁷⁵. Toutefois, pour les parlementaires, cette limitation interne de la volonté royale ne suffit pas. Ils invoquent ainsi la nécessité d'une limitation *extérieure* au Monarque ; une limitation par une autre institution humaine.

B. L'éloge parlementaire de l'hétéro-limitation de la souveraineté royale

81. Pour les parlementaires, la monarchie, bien qu'absolue, se doit d'être *effectivement* limitée, c'est-à-dire qu'elle ne peut s'exercer que dans le cadre juridiquement prédéterminé par l'histoire, œuvre d'une tradition immémoriale au gré de laquelle les différentes lois se sont sédimentées pour former, sous la garde du Parlement, le corps du droit. Or, sous l'ancienne France, d'un côté, le Roi se doit de respecter les lois divines et naturelles. De l'autre, le jugement divin ne s'exprime que par l'intermédiaire du Roi. Aussi est-ce pour remédier à cette contradiction d'un souverain limité par une autorité divine qu'il représente lui-même sur terre que les parlementaires ambitionnent de limiter les actes royaux. En tant que « prêtres de la justice », les grands robins, aussi, se doivent de veiller au bon respect des lois. L'audace de la magistrature ancienne sera ainsi, non de poser l'idée de limitation de la souveraineté royale – idée déjà admise – mais de prétendre que l'autolimitation du Roi ne peut suffire. Parce que « les rois sont hommes » et « qu'ils n'est point d'homme infaillible »³⁷⁶, une telle limitation n'est pleinement effective que si elle lui est externe, c'est-à-dire si une autre volonté humaine – celle des magistrats – vient guider, orienter la volonté royale, et ainsi veiller à ce que cette dernière tende à la satisfaction du bien commun. Le contrôle exercé par les parlements avait donc en définitive vocation à limiter la souveraineté royale de l'extérieur, et les parlements « se firent

Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, t. 10, A. Berne et Lausanne, 1782, p. 793 ; *Maximes du Droit public français, tirées des Capitulaires, des Ordonnances du Royaume et des autres monumens de l'Histoire de France*, t. 1, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 2^e éd., 1775, p. 248.

³⁷⁵ J. RIVERO, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, nouvelle éd. 1986, p. 5.

³⁷⁶ « Et c'est précisément parce qu'il n'est pas donné aux rois d'être sans cesse en garde contre l'erreur ou la séduction, c'est pour ne pas abandonner la Nation aux malheureux effets des volontés surprises, que la Constitution exige, en matière de lois, la vérification des cours », Parlement de Paris, *Itératives remontrances*, 30 avril 1788 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 740.

les vecteurs des doctrines de limitation de la souveraineté royale »³⁷⁷. Si toutefois, du point de vue de l'observateur extérieur, la limitation est exogène, du point de vue des parlementaires, une telle limitation est présentée comme endogène. Les parlementaires ne concevaient en effet pas leur office comme consistant dans l'expression d'une volonté concurrente de celle du Roi, dans la mesure où leur conception du droit est réfractaire au volontarisme et que leur tâche n'est pas d'opposer une volonté subjective à une autre volonté subjective, mais de s'assurer, par un contrôle qu'ils estiment objectif, que les volontés du monarque s'inscrivent suffisamment dans le cadre et les formes de la Constitution monarchique pour être qualifiées de « lois »³⁷⁸. Aussi les grands robins ne se voient-ils pas comme des « tiers », puisqu'ils n'estiment pas leur action extérieure à la volonté et à la souveraineté du Roi. Les cours se considèrent en effet comme consubstantiellement liées à la Couronne et à l'autorité du Roi, dont elles ne sont qu'une émanation : en ce sens leur contrôle est présenté comme une contrainte interne, puisque inhérente à l'autorité du monarque. En dépit de ces arguments, la magistrature ancienne remet profondément en cause la célèbre maxime « *princeps legibus solutus est* » – le prince est délié des lois – formulée par Ulpian dans le Digeste³⁷⁹, et dont Adhémar Esmein dira que « peu de textes ont exercé une influence plus profonde sur le développement du droit public dans certains pays d'Europe et surtout en France »³⁸⁰. Elle remet surtout en cause la souveraineté bodinienne, dans la mesure où celle-ci se caractérise, ainsi que l'a démontré Olivier Beaud, par un « pouvoir de sanction ultime » qui ne peut être remis en cause ni contrôlé. Une dans son principe, la souveraineté est également une dans son exercice. Dès lors, « un tiers ne peut ni réformer ni annuler la décision du Souverain, car celui qui contrôle le Souverain – le gardien en quelque sorte – devient *ipso facto* le Souverain lui-même »³⁸¹. Aussi le principe de souveraineté théorisé par Bodin fait-il obstacle à la monarchie dite « limitée », c'est-à-dire en réalité à une doctrine

³⁷⁷ A. LECA, « Les grandes étapes du contrôle de constitutionnalité des lois dans la pensée politique européenne d'Aristote à Kelsen », art. cité, p. 968.

³⁷⁸ E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, op. cit., p. 119 : « En excluant la volonté du champ des sources du droit, les doctrines parlementaires de la fin de l'Ancien Régime annonçaient la critique conservatrice du volontarisme des Lumières et de la Révolution française [...]. La pensée juridique et politique des représentants de la grande robe d'Ancien Régime se situe, à cet égard, en marge du mouvement qui, de Hobbes à Rousseau, en passant par Locke, marquera toute la modernité politique, ses penseurs, bien entendu, mais également ses acteurs » – singulièrement dans la France révolutionnaire. Pour les officiers des Parlements et Cours souveraines, en effet, le droit n'est pas et ne doit pas être le produit d'une volonté ».

³⁷⁹ Sur cette maxime, v. A. ESMEIN, « La maxime *princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français » in *Essays in legal history*, Oxford University Press, 1913, p. 201 et F. OLIVIER-MARTIN, *Les lois du Roi*, op. cit., p. 201-204.

³⁸⁰ A. ESMEIN, « La maxime *princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français », art. cité, p. 201. Esmein explique que, alors qu'originellement, cette maxime « ne s'appliquait qu'aux lois concernant le droit privé » car « l'Empereur restait tenu des lois concernant le droit public », elle sera par la suite interprétée comme conférant au monarque la possibilité d'être « affranchi d'une manière générale » des lois.

³⁸¹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 105.

de l'hétéro-limitation du pouvoir³⁸². Cette dernière se renforcera durant la seconde moitié du XVIII^e siècle, à la suite de la publication de *l'Esprit des lois* en 1748 : Montesquieu, plus que quiconque, assurera la défense de la limitation d'une institution humaine par une autre institution humaine³⁸³.

82. La distinction entre monarchie absolue et monarchie limitée apparaît donc tout à fait contestable, dans la mesure où elle laisse à penser que la souveraineté royale est illimitée dans le cadre de la monarchie absolue³⁸⁴. Or, d'une part, et ainsi qu'il vient d'être démontré, la monarchie absolue est déjà conçue comme limitée et, d'autre part, « la monarchie – toute monarchie –, est par nature absolue »³⁸⁵. Aussi serait-il plus pertinent d'opposer la *monarchie absolue*, au sein de laquelle le Roi s'oblige à respecter les lois divines et naturelles en l'absence de tout contrôle, à la *monarchie constitutionnelle*, au sein de laquelle le Roi se voit limité par une institution extérieure, une institution humaine. La première, qui selon le présupposé précédemment formulé n'est pas née avec Louis XVI³⁸⁶, est précisément celle qui sera combattue par les parlementaires. Très loin de la théorie de la souveraineté illimitée de Hobbes,

³⁸² Elle fait donc également obstacle au « constitutionnalisme », qu'il s'agisse d'un « constitutionnalisme médiéval » ou d'un « constitutionnalisme moderne », O. BEAUD, « L'histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'État », art. cité, p. 45-46. L'existence de lois fondamentales s'imposant au Roi lui-même ne remet d'ailleurs nullement en cause cette idée, dans la mesure où chez Bodin, ces lois fondamentales « ont pour particularité de ne s'imposer véritablement qu'après la mort du Souverain les ayant violées », O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 182.

³⁸³ Pour Montesquieu, « limiter le pouvoir du Roi en invoquant sa responsabilité devant Dieu n'est plus opérant, il faut envisager l'existence de limites humaines, institutionnelles. Seules de telles limites permettent d'établir un gouvernement modéré, c'est-à-dire un gouvernement dans lequel peut régner la liberté », P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, op. cit., p. 265. Carlos-Miguel Pimentel souligne à cet égard que la pensée de Montesquieu se situe au cœur de la transition constitutionnelle entre un temps révolu et un temps à venir : « l'idée d'un troisième pouvoir se situe à un moment-clé de l'évolution de nos concepts juridiques, à un instant pour ainsi dire unique dans son histoire, pendant lequel la souveraineté a tout simplement disparu. L'idée d'une constitution placée au-dessus du souverain est en train de prendre forme ; mais, dans le même temps, l'idée d'un pouvoir constituant ne s'est pas encore pleinement dégagée. Le législateur ordinaire n'est déjà plus véritablement souverain ; le pouvoir constituant ne l'est pas encore devenu », C.-M. PIMENTEL, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, Thèse dactyl., Paris II, 2000, p. 28.

³⁸⁴ Seul l'épithète « limitée » est ici problématique, et non la réalité à laquelle l'idée de monarchie limitée renvoie chez les auteurs qui l'ont conceptualisée. Ainsi par exemple, la typologie que propose Stéphane Rials entre monarchie absolue et monarchie limitée ou tempérée rend bien compte de limitations de nature différente. Au sein de la monarchie absolue, le Roi est limité « dans une certaine mesure par le droit (lois divines, naturelles et fondamentales) » mais « les agencements de procédure n'y sont pas des obstacles définitifs à la volonté royale ». S'agissant de la « monarchie limitée (ou tempérée) », la différence tient à ce que « le monarque se trouve soumis à certaines sujétions d'exercice, singulièrement dans le domaine législatif, qui peuvent faire obstacle à sa volonté, sauf circonstances particulières, sans jamais s'imposer à elle », S. RIALS, *Révolution et Contre-Révolution au XIX^e siècle*, Paris, Albatros-Diffusion Université Culture, 1987, p. 86.

³⁸⁵ J. BARBEY, *Être roi. Le roi et son gouvernement en France de Clovis à Louis XVI*, op. cit., p. 148.

³⁸⁶ Comme le démontre Jean Barbey, la monarchie demeure la même dans son principe entre le haut Moyen-Âge et Louis XVI, même si les entraves à l'exercice de la souveraineté royale n'ont bien évidemment pas été les mêmes. V. en ce sens, *ibid.*, p. 148-149.

reprise ensuite par Rousseau³⁸⁷, selon laquelle « celui qui prescrit des bornes est plus puissant que celui auquel elles sont prescrites »³⁸⁸, ou encore que « celui dont l'autorité serait bornée ne serait point roi, mais sujet de celui qui aurait borné sa puissance »³⁸⁹, les parlementaires fondent la limitation réelle du pouvoir dans l'intervention d'un tiers. C'est la raison pour laquelle, au XVIII^e siècle, les parlementaires n'auront de cesse de distinguer la monarchie de la tyrannie à travers le principe même de limitation juridictionnelle : c'est bien la limitation royale *par le contrôle des lois* qui permet de considérer que le pouvoir du Roi n'est pas un pouvoir arbitraire³⁹⁰. Il en résulte que le contrôle des actes royaux ne consiste pas en une remise en cause de la souveraineté royale : il s'agit au contraire, sans remettre en cause le titre de la souveraineté, de perfectionner son exercice, censée s'exprimer selon une conception ancienne dans la réalisation du bien commun et non, selon la vision absolutiste, « comme un commandement incontestable du souverain »³⁹¹.

83. L'analogie entre les discours contemporains et ceux de l'ancienne France apparaît alors de façon saisissante. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation s'inspire en effet bien plus de la pensée pré-constitutionnaliste des parlementaires que de celle des révolutionnaires³⁹². Alors que la Révolution rompt avec la conception de la souveraineté

³⁸⁷ « [...] il est de l'essence de la Puissance Souveraine de ne pouvoir être limitée : elle peut tout ou elle n'est rien », J.-J. ROUSSEAU, *Lettres écrites de la Montagne* (Lettre VII), in *Œuvres complètes, III. Du contrat social, Écrits politiques*, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1964, p. 826. À propos de l'influence de Hobbes sur la question des limites de la souveraineté chez Rousseau, v. R. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, op. cit., p. 332-364.

³⁸⁸ T. HOBBS, *Le Citoyen ou Les fondements de la politique*, Paris, Flammarion, coll. « GF », 1982, trad. S. Sorbière, Chap. VI, p. 163.

³⁸⁹ *Ibid.*, Chap. VII, p. 169. Hobbes admet pourtant que la souveraineté, bien qu'absolue, puisse être assujettie aux lois de nature. V. en ce sens la note de Simone Goyard-Fabre in T. HOBBS, *Le Citoyen ou Les fondements de la politique*, *ibid.*, Chap. VI, p. 157, note 12. Par ailleurs, dans le *De Cive* ainsi que dans le *Léviathan*, Thomas Hobbes pose certes le principe selon lequel le souverain « n'est pas sujet aux lois civiles », mais il ne prolonge toutefois pas cette affirmation pour la loi de nature, *ibid.*, Chap. VI, p. 159 ; T. HOBBS, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1999, trad. F. Tricaud, Chap. XXVI, p. 281 *sqq.* En revanche, l'auteur ne conçoit pas la loi de nature comme une véritable loi. L'écrit, chez le penseur anglais, occupe en effet une place déterminante. La loi de nature n'étant pas écrite, elle est nécessairement de moindre importance. Dans le même sens, Robert Derathé relève que chez Hobbes, « c'est à la loi civile et non à la conscience individuelle qu'il appartient de prescrire les règles du juste et de l'injuste », R. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, op. cit., p. 323.

³⁹⁰ Ainsi par exemple du Chancelier d'Aguesseau, H. F. d'AGUESSEAU, *Fragments sur l'origine et l'usage des remontrances*, *Œuvres*, XIII, 1789, p. 553-554, Cité in J.-M. CARBASSE, G. LEYTE, *L'État royal, XII^e - XVIII^e siècle. Une anthologie*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2004, p. 177-178. Ainsi également des *Maximes du droit public français*, où « l'État monarchique » se distingue notamment de « l'Empire despotique » par le dépôt des lois », *Maximes du Droit public français, tirées des Capitulaires, des Ordonnances du Royaume et des autres monumens de l'Histoire de France*, t. 1, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 2^e éd., 1775, p. 70.

³⁹¹ F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, op. cit., p. 305.

³⁹² Certes, sous l'ancienne France, la souveraineté était Une, si bien que le Roi disposait tant du titre que de l'exercice de la souveraineté. La comparaison est alors rendue difficile, dans la mesure où, depuis la Révolution, le droit constitutionnel a entendu opérer une distinction entre le titulaire de la souveraineté – la Nation – et les représentants, qui disposent de son exercice. En d'autres termes, la limitation de la souveraineté royale consiste à limiter le titulaire même de la souveraineté, tandis que la limitation de la souveraineté nationale consiste à limiter

d’Ancien Régime, l’avènement sous la V^e République du Conseil constitutionnel, et le phénomène doctrinal qui en découle, rompent à leur tour avec la conception révolutionnaire de la souveraineté³⁹³. Le constat selon lequel, entre l’Ancien Régime et la Révolution, « la souveraineté n’a pas changé de nature » en ce qu’elle aurait « le même caractère d’absolutisme »³⁹⁴, apparaît en ce sens proprement inexact, dans la mesure où l’avènement du volontarisme juridique, qui a dépouillé le droit de sa dimension transcendante – voire téléologique – constitue ici une rupture radicale³⁹⁵. Au nom du principe de souveraineté, le triomphe de la volonté a eu pour conséquence de créer un ordre juridique non pas seulement areligieux, mais antireligieux³⁹⁶. Puisque le droit est le pur produit de la volonté de l’homme, les valeurs qu’il tend à promouvoir ne peuvent être déterminées de l’extérieur – elles ne peuvent en ce sens être considérées comme transcendantes – mais sont au contraire créées par l’homme – elles sont immanentes. Dès lors, le libéralisme – ou plutôt, un certain libéralisme –, en tant que triomphe de la volonté, ne pouvait que rejeter une transcendance venant nécessairement

celui qui exerce la souveraineté, le représentant. Toutefois, la distinction posée entre le titre et l’exercice de la volonté ne vient pas remettre en cause cette analogie quant à la limitation du pouvoir souverain : le principe représentatif au fondement du constitutionnalisme moderne et contemporain admet que le représentant, en agissant pour le représenté, c’est-à-dire en exerçant la souveraineté, se substitue assez largement à lui. Autrement dit, si le peuple est souverain, il en découle que ceux qui parlent en son nom le sont également.

³⁹³ Jean-Louis Thireau considère d’ailleurs en ce sens que « c’est l’un des plus graves contresens auxquels a donné lieu l’expression “absolutisme” que d’avoir fait croire que la puissance du roi était sans bornes, en transposant artificiellement sous l’Ancien Régime les conceptions politiques abstraites nées sous la Révolution française et en méconnaissance de la nature véritable de la souveraineté monarchique », J.-L. THIREAU, « L’absolutisme monarchique a-t-il existé ? », art. cité, p. 305. Bertrand de Jouvenel formulait une observation similaire : « On croit généralement de nos jours que les sociétés humaines ont toujours reconnu une autorité qui n’a pas besoin, dans les termes de Jurieu, d’avoir raison pour valider ses actes, une autorité indéfiniment créatrice et destructrice de droits et qui n’a que sa propre volonté pour règle : *sit pro ratione voluntas*. On croit que cette autorité était autrefois en mauvaises mains et se trouve aujourd’hui en bonnes mains, et que l’avoir mise en bonnes mains est la seule garantie qui puisse être donnée aux citoyens. Mais c’est une erreur de croire que l’Histoire n’a vu d’autre changement concernant la Souveraineté que son déplacement. Elle a surtout vu la construction de cette Souveraineté sans limite ni règle, dont nos ancêtres n’avaient pas l’idée », B. DE JOUVENEL, *De la souveraineté. À la recherche du bien politique*, Paris, Éditions Génin – Librairie de Médicis, 1955, p. 216.

³⁹⁴ E. VILLEY, « La souveraineté nationale. Son fondement, sa nature et ses limites », *RDP*, 1904, p. 5.

³⁹⁵ Significative est à cet égard la défense par les contre-révolutionnaires, à partir de la Révolution, d’un contrôle de constitutionnalité des actes royaux. Ainsi en est-il de Joseph de Maistre, Louis de Bonald, Nicolas Jannon ou l’abbé Sixte-Louis-Constant Ruffo de Bonneval, E. GOJOSSE, « Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIII^e siècle : une autre approche », art. cité, p. 147. V. plus spécifiquement, E. GOJOSSE, « Le contrôle de constitutionnalité des lois dans quelques écrits monarchistes de la période révolutionnaire » in AFHIP, *La Constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection d’histoire des idées politiques », 2001, p. 229. L’auteur explique que les contre-révolutionnaires « tendent la main aux écrivains jansénistes acquis aux parlements et à certains physiocrates qui avaient prôné la censure des lois inconstitutionnelles », *ibid.*, p. 231.

³⁹⁶ Ainsi dans une certaine mesure en droit administratif de la notion d’intérêt général qui est profondément anti-chrétienne, même si, comme l’a démontré Jacques Chevallier, elle relève, au même titre que la religion, d’une croyance. En sus de sa fonction légitimante, « l’idéologie de l’intérêt général » illustre en effet que « la société moderne n’a fait que laïciser [la croyance religieuse], en la déplaçant de Dieu à l’État », J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l’idéologie de l’intérêt général » in CURAPP, *Variations autour de l’idéologie de l’intérêt général*, Vol. 1, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1979, p. 42.

limiter le libre vouloir de l'individu³⁹⁷. À la différence de la souveraineté ancienne – non pas celle de Hobbes, mais celle de Bodin et de l'ancienne France –, la souveraineté révolutionnaire et post-révolutionnaire se fonde sur une conception naturaliste, voire contractualiste, de la société et du pouvoir postulant l'indépendance de l'individu. Cette emprise de la volonté – qui n'a pas pour conséquence immédiate l'avènement de la démocratie, mais bien plutôt la désintégration du spirituel – doit toutefois être considérée, à la période révolutionnaire, sous le prisme du jusnaturalisme moderne, découlant principalement de l'École moderne du droit naturel³⁹⁸. Pour cette école, qui a grandement influencé la pensée des révolutionnaires, « les droits naturels de l'homme constituent une limite à la souveraineté de l'État »³⁹⁹. Aussi la loi révolutionnaire est-elle l'affirmation de la « primauté de la raison »⁴⁰⁰. Toutefois, cette conception n'a pas eu pour conséquence d'atténuer le volontarisme juridique. Ainsi que le relève Rials, « l'optimisme rationaliste » des révolutionnaires, c'est-à-dire la foi immodérée dans la vertu et la raison du législateur, se situe au fondement du légicentrisme français⁴⁰¹. Si la raison préexiste, elle ne vient toutefois pas limiter la volonté de l'homme par un ordre préexistant, au contraire de la nature⁴⁰². L'avènement du positivisme a en effet eu pour conséquence tout à la fois de faire primer la volonté sur la rationalité, mais également d'admettre que le droit positif « régit des actes moralement indifférents »⁴⁰³ : le droit est droit

³⁹⁷ V. sur ce point le chapitre de Pierre Manent sur « le triomphe de la volonté », dans lequel il démontre que « la liberté comme libre arbitre s'accordait délicatement avec la nature ; la liberté comme volonté est trop forte pour la nature », P. MANENT, *La cité de l'homme*, Paris, Flammarion, coll. « Champs essais », 2012, p. 223-260.

³⁹⁸ Avec notamment Grotius, qui a entendu « laïciser le droit naturel », J. IMBERT, « L'origine idéologique des "principes de 1789" » in CERHIIP, *Les principes de 1789*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection d'histoire des idées politiques », 1989, p. 12. Alfred Dufour distingue trois doctrines du droit naturel influentes dans l'histoire et la pensée juridique : le « jusnaturalisme antique », correspondant à la « doctrine classique antique du droit naturel païen des philosophes grecs et des jurisconsultes romains », le « jusnaturalisme scolastique », avec la « doctrine scolastique médiéval du droit naturel chrétien » et le « jusnaturalisme moderne » représenté par la « doctrine systématique moderne du droit naturel rationaliste », A. DUFOUR, « Droit naturel / Droit positif », *APD*, Tome 35, 1990, p. 67. Ce que l'on appelle l'École du droit naturel moderne correspond ainsi à cette dernière doctrine. Sur la vision du droit naturel de ses principales figures modernes, à savoir Vitoria, Suarez et Grotius, v. I. ANDRÉ-VINCENT, « La notion moderne de droit naturel et le volontarisme (de Vitoria et Suarez à Rousseau) », *APD*, Tome 8, 1964, p. 237.

³⁹⁹ R. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, J. Vrin, coll. « Bibliothèque d'histoire de la philosophie », 2^e éd., 1995, p. 169.

⁴⁰⁰ G. BURDEAU, « Étude sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *APD*, Tome 9, 1939, p. 10.

⁴⁰¹ S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », 1988, p. 371.

⁴⁰² À partir du XVII^e siècle et l'École du droit naturel moderne, « la loi positive n'a plus vocation à révéler un ordre antérieur promu par la loi naturelle, dont la définition évolue, mais à organiser *ex nihilo* la société », M.-L. DUCLOS-GRÉCOURT, *L'idée de loi au XVIII^e siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, *op. cit.*, p. 34. C'est cette contradiction, nous semble-t-il, à laquelle fait référence Michel Villey lorsqu'il critique la confusion opérée par la plupart des auteurs entre « le droit naturel et le droit rationnel ». Pour l'auteur, les théories du droit naturel moderne qui se forment au XVII^e et XVIII^e siècle ne sont que des « versions déformées » et des « corruptions » de la doctrine classique telle qu'elle résulte d'Aristote et de Saint Thomas, M. VILLEY, « La nature des choses », communication au colloque de Toulouse, 1964 in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1969, p. 49.

⁴⁰³ A. DUFOUR, « Droit naturel / Droit positif », art. cité, p. 75.

quel que soit son contenu⁴⁰⁴. Le vouloir rationnel demeure ainsi un libre vouloir. Au surplus, cette rationalité ne peut constituer une limite dans la mesure où elle implique une fondation de la société par la seule volonté humaine⁴⁰⁵. Autrement dit, comme c'est le cas chez Rousseau et Hobbes, les prescriptions de la loi naturelle ne peuvent acquérir de force contraignante qu'une fois posées, rehaussant ainsi la puissance du législateur. S'agissant par exemple des droits proclamés par la Déclaration de 1789, ce n'est pas parce qu'ils sont « naturels, inaliénables et sacrés »⁴⁰⁶ que les révolutionnaires vont les « déclarer », c'est au contraire parce qu'ils les « déclarent » – en réalité, qu'ils les fondent – qu'ils seront considérés comme « naturels, inaliénable et sacrés »⁴⁰⁷ – c'est-à-dire légitimes⁴⁰⁸. La Déclaration, comme les constitutions qui suivront, sont œuvre de droit positif car fruit de la volonté humaine. Au contraire, et ainsi que le défendait Joseph de Maistre, une loi divine ou naturelle n'a pas besoin d'être écrite en raison de son extériorité : elle transcende la volonté humaine⁴⁰⁹. Nul besoin de limiter la souveraineté royale dans la mesure où le juste préexiste à cette volonté, et le souverain ne fait que s'y conformer. Or, à partir de la Révolution, la volonté générale ne préexiste pas à celle qu'exprime

⁴⁰⁴ « [...] la *source* des lois et l'unique fondement de leur autorité, reste la *volonté* du législateur [...]. La loi mérite d'être obéie, quel que soit son contenu, sa justice "matérielle", son utilité, seulement en raison de sa "*forme*" : parce qu'elle procède de l'autorité compétente, que la volonté compétente, investie par le Contrat social, d'hommes libres, en a donné l'ordre. *Jus quia jussum*. À la loi positive de Dieu succéda le commandement des hommes », M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, rééd. Paris, Dalloz, 2001, p. 222.

⁴⁰⁵ « Ce que l'on peut désormais appeler les droits de l'homme n'est plus vraiment le reflet du droit de Dieu. Coupés de cette source limitatrice à laquelle ils doivent originellement tout et notamment leur sacralisation, les droits inhérents à la seule nature de l'homme, antérieurs à la société politique, sont exaltés exclusivement. Et s'impose définitivement l'idée que la société n'est pas un donné, qu'elle n'est pas naturelle, mais qu'elle doit être fondée rationnellement à partir de la nature de l'homme et par la volonté de celui-ci », S. RIALS, « Ouverture : Généalogie des droits de l'homme », *Droits*, n° 2, 1985, p. 6.

⁴⁰⁶ Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁴⁰⁷ *Contra*, pour Michel Ganzin, le droit naturel prime le droit positif dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; le droit positif ne faisant que retranscrire un déjà-là : le droit naturel, M. GANZIN, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : droit naturel et droit positif » in CERHIIP, *Les principes de 1789, op. cit.*, p. 81. Nous nous rallions pour notre part à la démonstration de Stéphane Rials, pour qui « l'École moderne du droit naturel porte presque inévitablement dans ses flancs le volontarisme légicentriste ». En effet, « les conséquences de la laïcisation de la loi naturelle » tiennent à ce que le législateur soit seul à même de procéder à « cet examen de conscience, à cette introspection rationnelle que requiert l'élaboration d'une loi positive compatible avec la loi naturelle ». Si bien que « la transmutation du droit naturel en droit positif, des droits naturels en droits civils, de la nature en volonté, des droits de l'homme en lois de l'homme apparaît ainsi presque inévitable », S. RIALS, « Ouverture : Généalogie des droits de l'homme », art. cité, p. 11.

⁴⁰⁸ P. WACHSMANN, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, n° 2, 1985, p. 17 : « [...] la Déclaration est bien constitutive et la référence au droit naturel sert simplement à légitimer l'ordre juridique auquel elle donne naissance ».

⁴⁰⁹ « Une des grandes erreurs d'un siècle, qui les professa toutes, fut de croire qu'une constitution politique pouvait être écrite et créée *a priori*, tandis que la raison et l'expérience se réunissent pour établir qu'une constitution est une œuvre divine, et que ce qu'il y a de plus fondamental et de plus essentiellement constitutionnel dans les lois d'une nation ne sauroit être écrit », J. DE MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines* [1814] in *Œuvres*, Paris, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 2007, p. 368.

les représentants⁴¹⁰. Elle n'existe qu'au moment de son expression⁴¹¹. Ainsi, si Rousseau admet la supériorité de la loi naturelle, entendue comme « la loi de raison », sur la loi positive, il n'en demeure pas moins qu'il considère que la première ne précède pas la seconde, dans la mesure où il nie l'existence d'un « droit naturel établi par la raison » dans l'état de nature⁴¹². À cet égard, le Contrat social n'est rien d'autre, comme l'a établi Alfred Dufour, qu'une légitimation par le droit naturel du droit positif établi par le législateur⁴¹³.

84. Les parlementaires ont ainsi vocation à perfectionner une souveraineté qui pour absolue, se trouve déjà limitée, en surajoutant à ces limites à la fois religieuses – les lois divines –, et téléologiques – les lois naturelles –, des limites externes, c'est-à-dire constitutionnelles. Leur vision préfigure ainsi le « constitutionnalisme libéral » ultérieur⁴¹⁴. Elle préfigure également les interminables controverses relatives à la fonction juridictionnelle en matière constitutionnelle.

§2 – L'irréductible conflictualité de la fonction juridictionnelle en matière constitutionnelle

85. Le conflit de volontés sous l'ancienne France suppose, ainsi que nous l'avons relevé, de distinguer la prétention des parlementaires de l'analyse qui peut en être faite. De leur point de vue, les parlementaires n'estiment pas exprimer une volonté concurrente de celle du Roi, à la fois parce qu'ils sont consubstantiels à la fonction royale et qu'il s'agit en fait de la même

⁴¹⁰ « On sait que dans la conception révolutionnaire de la représentation cette dernière n'est pas *délégante* d'une quelconque volonté préexistante du souverain mais *institutive*, c'est-à-dire créatrice d'une volonté qui n'existe pas en dehors d'elle », B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2011, p. 97.

⁴¹¹ Si bien que « le juste est, et il n'est rien que cela, ce que le souverain définit comme étant juste, au moment où il énonce la loi et par le seul fait de l'énoncer », G. MAIRET, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Essais », 1997, p. 222.

⁴¹² « Droit naturel » in D. DIDEROT, J. LE ROND D'ALEMBERT, *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome V, A. Berne et Lausanne, 1778, p. 116 : c'est la loi qui devient « la règle du juste et de l'injuste ». En outre, à rebours de l'idée commune selon laquelle Rousseau rejeterait la loi naturelle, Robert Derathé s'est employé à démontrer que la critique de la loi naturelle formulée dans le *Discours sur l'inégalité* était mal comprise. L'auteur prend d'abord appui sur le tome IV de la *Correspondance générale* et les *Lettres écrites de la Montagne*, singulièrement la lettre VI par laquelle il affirme qu'« il n'est pas plus permis d'enfreindre les lois naturelles par le Contrat social, qu'il n'est permis d'enfreindre les lois positives par les contrats des particuliers ». Il explique alors que les critiques de la loi naturelles – entendues, selon l'École du droit naturel, comme celles qui reposent sur la Raison – ne concernent que l'état de nature. Rousseau nie en effet l'existence de ce qu'il appelle « la loi de raison », qui est l'une des deux formes possibles de lois naturelles, avant la naissance d'un « ordre social ». C'est ainsi que « Rousseau est amené à faire une distinction entre le droit naturel primitif, antérieur à la raison, et le droit naturel rétabli par la raison », le premier étant propre à l'état de nature, le second à « l'état civil », R. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, op. cit., p. 151-171.

⁴¹³ A. DUFOUR, « Droit naturel / Droit positif », art. cité, p. 76.

⁴¹⁴ Qui prône précisément un « exercice *divisé* de la souveraineté-puissance publique au nom de la limitation du pouvoir nécessaire pour garantir la liberté individuelle », O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 137.

volonté qu'ils contribuent à former par leur conseil, mais aussi parce qu'ils ont une conception du droit réfractaire à tout volontarisme. Pourtant, au regard de la manière dont l'opposition entre le Roi et ses parlements s'est déroulée dans les faits, il est possible de considérer qu'il s'agit bien en réalité d'une lutte de volontés, puisque la question est de savoir qui a le pouvoir de dernier mot et, par conséquent qui, du Roi ou du Parlement, veut au nom du Royaume, voire de la Nation. D'un conflit entre la volonté royale et la volonté parlementaire (A) découlera en effet la prétention des rois à représenter la Nation, qui fera émerger la question de sa fonction politique – rappelant ainsi les débats contemporains relatifs à la nature, politique ou non, de la justice constitutionnelle (B).

A. Le conflit de volontés

86. En matière constitutionnelle, l'existence d'un juge compétent pour contrôler les actes législatifs soulève inmanquablement la question de l'encadrement de la puissance, autrement dit la possibilité de limiter l'expression de la volonté générale. Dans l'histoire constitutionnelle, la controverse est bien connue. Elle culminera – ou se résoudra, selon certains auteurs – à l'époque contemporaine dans l'*obiter dictum* en forme d'apophtegme selon lequel « la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁴¹⁵. Sous l'ancienne France, déjà, la prétention parlementaire à limiter la volonté royale sera fortement vilipendée. « C'est légal parce que je le veux », balbutiera Louis XVI au seuil de sa chute⁴¹⁶. Car si les grands rois ont le droit de formuler au roi des remontrances, ce dernier peut opposer son refus par des lettres de jussion, lesquelles ordonnent au Parlement l'enregistrement de la loi. La résistance parlementaire peut alors se transformer en obstruction, puisque les magistrats peuvent ne pas céder à cet ordre royal et adresser d'itératives remontrances⁴¹⁷. En réponse à celles-ci, le Roi peut adresser de nouvelles lettres de jussion. Si le Parlement ne cède toujours pas, le Roi procède alors à un enregistrement forcé par le fameux lit de justice⁴¹⁸. Ce pouvoir de

⁴¹⁵ Cons. const., 23 août 1985, n° 85-197 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, JORF du 24 août 1985, p. 9814. V. Ph. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, *op. cit.*

⁴¹⁶ Dans un lit de justice du 19 novembre 1787. V. I. STOREZ-BRANCOURT, « “C'est légal parce que je le veux” : loi et constitution dans le face à face du roi et du Parlement à la fin de l'Ancien Régime », *Parlement[s]*, *Revue d'histoire politique*, n° 15, 2011, p. 59.

⁴¹⁷ Quatre itératives remontrances sont ainsi adressées entre 1715 à 1753, J. FLAMMERMONT, « Introduction » in *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, *op. cit.*, XXXVII.

⁴¹⁸ Le Parlement doit alors céder, sauf rares cas où il a pu formuler des arrêts contraires ou, plus grave, suspendre le service de la justice. Dans tous les cas, le Parlement manifeste sa désapprobation à l'égard de ce procédé : « Sire, votre parlement ne voit jamais Votre Majesté déployer sa puissance sans être pénétré de la douleur la plus profonde et de la consternation qu'inspirent les actes d'autorité absolue », P.-J.-S. DUFÉY, *Histoire, actes et remontrances des parlements de France*, Tome II (1756 à 1790), *op. cit.*, p. 214.

dernier mot dont dispose le Roi, considéré par le doyen Vedel comme l'ancêtre du pouvoir de dernier mot dont dispose le pouvoir constituant sur les décisions du Conseil constitutionnel⁴¹⁹, est une nouvelle illustration de la conception absolutiste de la souveraineté. Selon cette dernière, la souveraineté ne peut souffrir de limite, dans la mesure où la personne souveraine préexiste au droit dont il est la source, et dont il dispose. C'est ainsi que Bodin, parmi d'autres, a pu « caractériser la souveraineté comme pouvoir du dernier mot », c'est-à-dire un « pouvoir de décision ultime » qui s'avère « incontestable »⁴²⁰. Défenseurs d'une monarchie constitutionnelle, les parlementaires seront fermement opposés à cette vision absolutiste de la souveraineté manifestée dans le lit de justice. Ainsi, dans sa *Lettre sur les lits de justice*, l'influent avocat janséniste Le Paige⁴²¹ critiquera ce procédé, en ce que l'absence de délibération et l'impossibilité pour les parlementaires d'exprimer leurs arguments au Roi tendrait à n'en faire qu'un « acte de puissance absolue »⁴²² ayant vocation à faire passer en force une loi que les parlementaires, par leur refus de l'enregistrer, ont considéré comme une « Loi mauvaise »⁴²³. Le Paige opposera ainsi la volonté du Roi – manifestée par la force – à la sage délibération des parlementaires. Opposée à cette vision absolutiste de la souveraineté, mais désarmée face à elle – puisque son devoir de conseil ne peut faire échec à la volonté du Roi – la prétention politique du Parlement de Paris à limiter la souveraineté ne peut demeurer, en tout état de cause, qu'une prétention⁴²⁴. Pourtant, l'obstination des parlementaires a pu, quelques années précédant la Révolution, leur permettre de faire triompher leur volonté sur celle du Roi. Ainsi, s'agissant de l'établissement de la Subvention territoriale – impôt reposant sur les biens immeubles, les biens-fonds, frappant donc le Clergé et la Noblesse – et de l'impôt du Timbre, le Roi, face à l'opposition du Parlement de Paris et leur volonté de réunir les États généraux, a tenu le 6 août 1787 un lit de justice tendant à l'enregistrement forcé de ces impôts. Il déclare ainsi : « C'est

⁴¹⁹ G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 180.

⁴²⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 103-107. Olivier Beaud ajoute que, selon cette conception, la loi du Roi ne peut être contestée « car celui qui contrôle le Souverain – le gardien en quelque sorte – devient *ipso facto* le Souverain lui-même », *ibid.* p. 105.

⁴²¹ Les jansénistes n'auront de cesse de défendre les parlements. Ainsi notamment des *Maximes du droit public français*, dans lesquelles la nécessité d'un contrôle de constitutionnalité des lois royales est proclamée sans ambages : « mais qui jugera si le Prince a violé les Loix fondamentales ? [...] Il est sage d'établir dans le sein de la Monarchie un Corps qui veille à la conservation des droits des Sujets, et qui représente au Prince la Constitution de l'État, et les justes bornes de son autorité » *Maximes du Droit public français, tirées des Capitulaires, des Ordonnances du Royaume et des autres monumens de l'Histoire de France*, t. 1, Amsterdam, Michel-Henry Rey, 1775, p. 243-244, Cité in J.-L. MESTRE, « L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les "Maximes du droit public français" (1775) », art. cité, p. 23.

⁴²² L. A. LE PAIGE, *Lettre sur les lits de justice*, 18 août 1756, p. 2.

⁴²³ *Ibid.*, p. 3. Il ajoutera ainsi qu'un « jour de Lit de Justice est un jour de deuil pour la Nation », *ibid.*

⁴²⁴ Arnaud Vergne relève bien en ce sens « toute la faiblesse pratique de l'argumentation abstraite des cours face à la capacité du pouvoir d'anéantir toute forme d'opposition institutionnelle », A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, *op. cit.*, p. 484.

toujours avec peine que je me décide à faire usage de la plénitude de mon autorité et à m'écarter des formes ordinaires, mais mon parlement m'y contraint aujourd'hui, et le salut de l'État, qui est la première des lois, m'en fait un devoir »⁴²⁵. Mais le Parlement de Paris prendra alors le lendemain, 7 août 1787, un arrêté par lequel il « déclare nulles et illégales les transcriptions ordonnées être faites sur ses registres »⁴²⁶. Puis, dans un arrêté du 13 août 1787, le même Parlement réitère cette déclaration de nullité et d'illégalité et critique le principe même de la justice retenue, en déclarant « qu'il est affligeant pour le Parlement de voir que sa présence purement passive et involontaire serve de prétexte pour écraser les peuples ; que l'ordre donné au Parlement de se rendre auprès du Roi prouve que la nécessité de l'enregistrement est avouée »⁴²⁷. En réponse, le Roi interdit l'envoi de cet arrêté dans les différents territoires de France et décida, en réprimande, de transférer le Parlement de Paris à Troyes. Le Parlement persistera alors, et prendra un troisième arrêté, le 27 août 1787, par lequel il réaffirmera sa vision de la souveraineté : la souveraineté du Roi est certes absolue, mais cette absoluité ne signifie pas une absence de limitation, laquelle s'apparenterait davantage à un despotisme⁴²⁸. Or le Parlement, dans une certaine mesure, sortira vainqueur de la bataille ainsi menée contre le Roi, puisque les négociations avec le gouvernement permis d'aboutir à un compromis⁴²⁹. Les parlementaires vont d'ailleurs redoubler d'ingéniosité pour repenser le lit de justice et le rendre compatible avec leur prétention. Aussi Louis Adrien Le Paige estime-t-il que l'enregistrement forcé d'un acte par le lit de justice démontre bien qu'un tel enregistrement par le Parlement est indispensable⁴³⁰. Au surplus, ainsi que le démontre François Saint-Bonnet, les parlementaires vont considérer que le fait pour le Roi de se déplacer dans l'enceinte de la justice pour solennellement procéder à l'enregistrement du texte royal démontre la consubstantialité du lien entre juger et légiférer, autrement dit l'« indistinction des fonctions dans les mains du roi », qui

⁴²⁵ J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 676-677.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 688. Les parlementaires se conforment ici aux vues de Louis Adrien Le Paige, pour qui « toute Loi qui n'est enregistrée que par la voie d'autorité dans un Lit de Justice, n'est point reconnue dans l'État pour une loi » et « est tenue pour non enregistrée », L. A. LE PAIGE, *Lettre sur les lits de justice*, 18 août 1756, p. 3.

⁴²⁷ J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 689.

⁴²⁸ « La Cour, forcée par les obstacles qui ont arrêté son zèle à manifester la puissance de ses intentions et son activité vigilante pour le maintien des ordonnances, qui sont les vrais commandements du Roi, a arrêté qu'elle ne cessera de réclamer auprès dudit Seigneur Roi les maximes nécessaires au soutien de la Monarchie, de lui représenter que les États généraux peuvent seuls sonder et guérir les plaies de l'État, et octroyer les impôts dont la nature et la quotité auront été jugées nécessaires après ample discussion et mûre délibération ; que la Monarchie française serait réduite à l'état du despotisme s'il était vrai que des ministres qui abuseraient de l'autorité du Roi pussent disposer des personnes par des lettres de cachet, des propriétés par des lits de justice, des affaires civiles ou criminelles par des évocations ou cassations, et suspendre le cours de la justice par des exils particuliers et des translations arbitraires », *ibid.*, p. 693. Nous soulignons.

⁴²⁹ Ce compromis tenait au retrait des deux impôts que constituent la Subvention territoriale et le Timbre en échange de l'autorisation de la perception temporaire du second vingtième, *ibid.*, p. XXXIII.

⁴³⁰ L. A. LE PAIGE, *Lettre sur les lits de justice*, 18 août 1756, p. 4.

est le principe même de la monarchie⁴³¹. Le lit de justice apparaît en effet comme « l'un de ces moments rares où les deux corps du Roi se trouvent réunis en un seul »⁴³². Or, si les deux fonctions sont indistinctes lors du lit de justice, elles le sont aussi pour le Parlement en l'absence du Roi, si bien qu'il appartient au Parlement, en l'absence du Roi, de vérifier la conformité des lois royales aux lois fondamentales⁴³³. Cette libre vérification « implique la conséquence qu'une ordonnance enregistrée du commandement exprès du roi n'est pas exécutoire »⁴³⁴. Dès lors, constate François Olivier-Martin, « si l'enregistrement d'autorité n'est pas valable, le dernier mot appartient au cours et non au roi »⁴³⁵.

87. L'on voit donc bien ici que le conflit des volontés se traduit par un affrontement sur la question de savoir qui dispose du dernier mot. S'il appartient, en théorie comme en pratique, au roi, cela n'empêchera pas les robins de prétendre l'inverse. Toutefois, ils ne peuvent opposer à la volonté libre et exclusive du Roi leur propre volonté libre et exclusive. Combattant « le système de *la seule volonté* », qui aurait pour effet « d'anéantir les principes de la monarchie », et opposant ainsi la liste des « maximes qu'elle est chargée de respecter »⁴³⁶, la Cour prétend ainsi exprimer une *vérité* constitutionnelle, et non une *volonté* propre. La volonté du juge ne prime dès lors pas la volonté du Roi, puisque les magistrats demeurent soumis à la loi et n'expriment pas leur libre volonté⁴³⁷. Durant la seconde moitié du XVIII^e siècle, toutefois, cet argument sera de moins en moins crédible, dans la mesure où les parlements vont prétendre représenter la Nation⁴³⁸. Par quelle construction intellectuelle les magistrats ont-ils pu revendiquer une telle fonction ? La volonté, précisément. En effet, alors qu'à partir de la

⁴³¹ F. SAINT-BONNET, « Les périls du contre-feu doctrinal des absolutistes au XVIII^e siècle. Des contraintes de l'éristique constitutionnelle coutumière », *Droits*, 2011, n° 54, p. 91.

⁴³² P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, op. cit., p. 53.

⁴³³ F. SAINT-BONNET, « Le "constitutionnalisme" des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des "lits de justice" du XVIII^e siècle », art. cité, p. 26.

⁴³⁴ F. OLIVIER-MARTIN, *Les lois du Roi*, op. cit., p. 350.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 351.

⁴³⁶ Parlement de Paris, *Arrêté du 3 mai 1788* in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, op. cit., p. 745.

⁴³⁷ « Le droit d'accorder librement les subsides ne fait pas des États généraux une aristocratie de citoyens ; le droit de vérifier librement les lois ne fait pas des parlements une aristocratie de magistrats. On est gouverné par des aristocrates, mais votre parlement n'aspire point à gouverner. Dans ses jugements il est soumis aux lois, sa volonté n'est rien ; il prononce, mais la loi a décidé », Parlement de Paris, *Itératives remontrances*, 30 avril 1788 in *ibid.*, p. 740.

⁴³⁸ Ainsi que l'explique François Saint-Bonnet, « la juste limite de l'office du juge dépositaire des lois » est de « ne jamais s'introduire sur le terrain de la volonté (donc du contre-pouvoir) ». Or, précisément, « la guerre que conduisent les parlements dans les années 1750 puis 1780 est funeste car ils tentent d'opposer la volonté à la volonté : ils pensent être un corps extérieur au roi, représentant de la nation, chargé de vérifier librement ses lois ». Or, « ils tentent une métamorphose impossible car ils vont croire disposer de la légitimité pour agir, alors qu'ils n'en ont que pour canaliser », F. SAINT-BONNET, « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel a priori des lois du roi », art. cité [en ligne].

Révolution, la volonté générale ne préexiste pas à celle exprimée par les représentants, sous l'ancienne France, le bien commun préexiste à la volonté de l'homme. Par conséquent, les parlementaires expriment une volonté déjà-là, ils révèlent ce déjà-là, et c'est en cela qu'ils se considèrent comme représentants⁴³⁹.

B. La représentation concurrente de la nation

88. La monarchie constitutionnelle défendue par les parlementaires suppose un partage dans l'exercice de la souveraineté. Tout en préservant l'autorité royale, le Parlement tente ainsi de partager la puissance ; tentative qui sera évidemment source d'importants conflits⁴⁴⁰. Ce partage s'illustrerait ainsi dans la représentation par les parlements de la nation. À cet égard, il est possible, avec Jules Flammermont, d'identifier deux phases distinctes au cours du XVIII^e siècle. La première, s'étendant de 1715 aux années 1750, durant laquelle le Parlement demeure pusillanime et n'ose prétendre représenter la nation⁴⁴¹, ceci d'autant plus qu'il serait malaisé d'admettre que puissent exercer une fonction de représentation de la nation des « magistrats qui achetaient leurs charges à prix d'argent et devaient avant d'entrer en fonctions obtenir l'agrément du Roi, c'est-à-dire du Chancelier ou du Garde des sceaux »⁴⁴². Cette revendication va toutefois émerger à partir des années 1750, les parlements de province revendiquant, d'abord à demi-mot puis de façon explicite en 1764⁴⁴³, le droit de représenter la nation⁴⁴⁴. Le Parlement

⁴³⁹ « “Représenter” c'est donc un acte de connaissance, un acte d'éclaircissement de la réalité, d'une réalité destinée autrement à rester obscure », F. DI DONATO, « Le concept de “représentation” dans la doctrine juridico-politique de Louis-Adrien Le Paige », art. cité, p. 55.

⁴⁴⁰ « Tout en reconnaissant, sur le plan théorique, les principes d'unité, d'indivisibilité et d'incommunicabilité de la puissance publique, principes qui étaient les fondements mêmes du régime monarchique, ils en contestaient l'unicité dans l'exercice », E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, op. cit., p. 138.

⁴⁴¹ Si les parlementaires « affirment de temps à autre leur droit à prendre part à l'exercice de la puissance législative en délibérant librement sur l'enregistrement des lois, on dirait qu'ils n'osent pas soutenir leurs prétentions ; il semble qu'ils sentent eux-mêmes combien est fragile et vain le droit que peuvent avoir à représenter la nation française un petit nombre de magistrats, qui achètent leurs emplois à prix d'argent et ont besoin de l'agrément royal pour entrer en fonctions. La plupart se contentent de la faculté de présenter des remontrances au Roi, qui en tient plus ou moins de compte ; la seule apparence du partage de la puissance législative leur suffit », J. FLAMMERMONT, « Introduction » in *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, op. cit., p. XLIII.

⁴⁴² *Ibid.*, p. LXXIX.

⁴⁴³ J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, op. cit., p. 274-275.

⁴⁴⁴ Jacques Krynen indique en effet qu'« en quelques années à peine, on les vit se prévaloir, par surcroît et sans un quelconque mandat, d'une primordiale fonction de représentation, de représentation d'une nation française revendiquant le respect de ses droits politiques bafoués », J. KRYNEN, *ibid.*, p. 271. Mais le même auteur relève que l'expression « le Parlement représente le roi » apparaît « dans les premiers textes législatifs relatifs à l'organisation du Parlement » puis dans d'anciennes ordonnances royales au XIV^e siècle. Mais elle « disparaît progressivement de la législation à partir du XV^e siècle » pour se multiplier dans les « plaidoiries, remontrances et ouvrages doctrinaux », *ibid.*, p. 63.

de Paris l'affirmera quant à lui formellement la même année, posant le principe d'une double représentation du Roi et de ses sujets⁴⁴⁵. La Cour des Aides de Paris, alors présidée par Malesherbes, le confirmera de façon particulièrement éloquente en 1775, après la réforme de Maupeou⁴⁴⁶ : en l'absence d'États généraux, les « Corps de Magistrature » sont « les seuls représentants de la Nation »⁴⁴⁷. Cette revendication permettra en particulier au Parlement de revendiquer « l'exercice d'un droit d'examen et d'enregistrement des édits établissant de nouvelles impositions »⁴⁴⁸. En réalité, les robins prétendent représenter « à la fois la nation aux yeux du prince, et le prince à ceux de la nation »⁴⁴⁹. Or, si les parlements se considèrent d'abord comme représentants du Roi, c'est bien parce qu'ils ne disposent pas d'un pouvoir délégué mais « forment avec le monarque un seul et même corps »⁴⁵⁰. Cette conception fort ancienne de l'unité de la fonction juridictionnelle⁴⁵¹, et de sa consubstantialité vis-à-vis de la fonction royale, conduit Jacques Krynen à nier l'existence d'une « justice déléguée » au profit d'une « justice communiquée »⁴⁵². En ce sens, « la cour “souveraine” ne rend pas la justice “au nom du roi” »,

⁴⁴⁵ Parlement de Paris, *Remontrances*, 18 janvier 1764 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome II, 1755-1768, *op. cit.*, p. 430-431, Cité in P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle)*. *Les discours, les organes et les procédés juridiques*, *op. cit.*, p. 259.

⁴⁴⁶ Le magistrat Maupeou devenu Chancelier, dont la nature particulièrement sournoise a pu être relevée, s'employa dès 1770 à susciter la colère et la révolte du Parlement afin de justifier leur pure et simple suppression, ce qu'il fit en proposant une réforme retirant au Parlement toute capacité de résistance à la volonté du souverain. Bien entendu, le Parlement de Paris opposa une résistance farouche à cet édit de décembre 1770, « dont l'enregistrement le couvrirait de honte ». La résistance alla jusqu'à la cessation de leurs fonctions, preuve selon Maupeou de la nécessité de sa réforme. Celle-ci fut finalement adoptée, et les magistrats subirent exils et confiscations de leurs offices, J. FLAMMERMONT, *La réforme judiciaire du Chancelier Maupeou*, Mémoire, Paris, Alphonse Picard, 1880, p. 1-21.

⁴⁴⁷ Notamment dans les remontrances du 10 avril 1775, par lesquelles elle s'insurge contre l'édit de décembre 1770 et son « effrayant Article III », lequel « prévoit le cas malheureux où le Roi fera enregistrer les Loix par force » et « défend aux Cours de contrevenir à ces enregistrements », *Mémoires pour servir à l'histoire du droit public de la France en matière d'impôts, ou Recueil de ce qui s'est passé de plus intéressant à la Cour des Aides, depuis 1756 jusqu'au mois de juin 1775*, Bruxelles, 1779, p. 620 et 622. Sur le rôle de la Cour des Aides de Paris quant à la question de la représentation de la nation, v. A. DECROIX, *Question fiscale et réforme financière en France (1749-1789)*. *Logique de la transparence et recherche de la confiance publique*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. « Histoire des Institutions et des Idées Politiques », 2006, p. 311-315 et p. 450.

⁴⁴⁸ Revendication du Parlement de Paris et de la Cour des Aides de Paris, mais également du Parlement de Rennes et de la Cour des comptes de Normandie, *ibid.*, p. 504.

⁴⁴⁹ E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, *op. cit.*, p. 140.

⁴⁵⁰ J. KRYNEN, « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires “prêtres de la justice” », art. cité, p. 103. V. aussi, J.-M. CARBASSE, G. LEYTE, *L'État royal, XII^e - XVIII^e siècle. Une anthologie*, *op. cit.*, p. 153.

⁴⁵¹ Elle a par exemple déjà été énoncée au XVII^e siècle par Bernard de La Roche-Flavin : « Les arrests sont censez comme prononcez de la bouche du Roy », B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Treize livres des parlements de France*, 1621, XIII, Chap. 61, p. 824, cité in J. KRYNEN, « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires “prêtres de la justice” », art. cité, p. 105, note 60.

⁴⁵² L'auteur dénonce en effet une utilisation anachronique des concepts de « justice déléguée » et justice retenue » de la part des historiens, dans la mesure où ils ne font pas « partie de la langue politique ou administrative du temps », J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, *op. cit.*, p. 67. Pour Jacques Krynen, le Parlement et le Roi ne font qu'un, car « c'est la bouche du roi qui parle dans les arrêts », J. KRYNEN, *ibid.*, p. 74. V. également, J. KRYNEN, « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires “prêtres de la justice” », art. cité, p. 100. François Saint-Bonnet et Yves Sassié contestent également l'idée de justice déléguée au profit d'une justice « communiquée », F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, *op. cit.*, p. 356. Dans le même sens, Elina Lemaire affirme à propos des

elle rend, tout simplement, la justice *du roi* »⁴⁵³. La prétention à représenter la nation entre ainsi en opposition avec la « théorie de la consubstantialité du roi et de la cour souveraine »⁴⁵⁴, puisque l'on se demandera comment le Parlement peut synchroniquement représenter le Roi et la nation⁴⁵⁵. Or, en réalité, cette question importe peu. Seule la finalité de cette évolution du discours s'avère en effet déterminante d'un point de vue constitutionnel : le partage de la souveraineté, auquel la prétention à représenter la nation aboutit inéluctablement en tant qu'élément de justification ultime suscité par l'intensification du conflit entre le Roi et le Parlement, qui conduit ce dernier à s'extraire de sa posture non-volontariste pour revendiquer, au nom de la nation, une volonté concurrente⁴⁵⁶.

89. Alors qu'au commencement de l'histoire de France, la justice fut mise au service de l'affirmation de l'autorité de l'État et permit d'asseoir la souveraineté du Roi⁴⁵⁷, elle entrera à la fin de l'Ancien Régime en concurrence immédiate avec l'autorité royale. Ce que redoutaient particulièrement le Roi et son Conseil qui, depuis le début du XVIII^e siècle, accusaient le Parlement de tenter de « partager l'autorité souveraine »⁴⁵⁸. Les parlements s'avéraient en effet plus redoutables que les États généraux – qui du reste ne s'étaient plus réunis depuis 1614, c'est-à-dire depuis « l'effacement de la royauté consultative »⁴⁵⁹ –, dans la mesure où ceux-ci ne disposaient pas du pouvoir législatif⁴⁶⁰. S'agissant du Parlement, non seulement il est, ainsi

parlementaires que, « selon eux, le roi et ses Cours souveraines ne formaient qu'un seul et même corps, et n'exerçaient, de ce fait, qu'un seul et même pouvoir », E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, op. cit., p. 15.

⁴⁵³ J.-M. CARBASSE, G. LEYTE, *L'État royal, XII^e - XVIII^e siècle. Une anthologie*, op. cit., p. 156.

⁴⁵⁴ J. KRYNEN, « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires “prêtres de la justice” », art. cité, p. 103.

⁴⁵⁵ K. M. BAKER, « Representation » in K. M. BAKER (dir.), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, Vol. 1 : *The Political Culture of the Old Regime*, op. cit., p. 469.

⁴⁵⁶ En ce sens, André Lemaire souligne que le point de vue des parlementaires sur leur fonction « aboutit, qu'ils le veuillent ou non, à un véritable *partage* de la souveraineté, en contradiction avec le principe monarchique qu'ils affectent si fort de mettre au-dessus de toute discussion. Si en effet le Parlement a le droit de rendre inexistants ou de modifier à son gré les édits, ordonnances, déclarations, etc., émanés du prince, s'il peut ainsi opposer un *veto* infranchissable à tous les actes législatifs ou administratifs du pouvoir royal, celui-ci n'a évidemment plus que le droit de *proposer*, le Parlement ayant celui de *décider* », A. LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, op. cit., p. 217.

⁴⁵⁷ Ainsi à l'époque médiévale, la justice royale avait vocation à amoindrir les justices seigneuriales et ecclésiastiques qui lui faisaient concurrence. V. notamment, M. DUPUIS-BERRUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, « Collection des Thèses », 2012, p. 271-288.

⁴⁵⁸ F. HILDESHEIMER, M. MORGAT-BONNET, *Le Parlement de Paris. Histoire d'un grand corps de l'État monarchique. XIII^e-XVIII^e siècle*, Paris, Honoré Champion, coll. « Histoire et archives », Hors-série n° 16, 2018, p. 593.

⁴⁵⁹ P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, op. cit., p. 200.

⁴⁶⁰ Ainsi que le soulignait Revol, disciple de Le Paige, les parlements, à la différence des États généraux, disposent du pouvoir législatif. Idée défendue par Charles-François-Henri de Revol dans ses *Observations relatives à la première partie des Lettres sur l'origine du Parlement*, F. DI DONATO, « Le concept de “représentation” dans la doctrine juridico-politique de Louis-Adrien Le Paige », art. cité, p. 54.

qu'il le déclare lui-même, « dépositaire perpétuel et immédiat de [la] justice souveraine »⁴⁶¹, mais au surplus, il exerce par son droit d'enregistrement et de remontrances une *fonction politique*, ce dont Montesquieu avait bien rendu compte⁴⁶². Cette fonction politique des parlements est d'ailleurs, à l'opposé de celle du juge constitutionnel contemporain, parfaitement admise par la doctrine⁴⁶³. En matière constitutionnelle, la nature politique de la fonction juridictionnelle – qui s'avère, ainsi que nous le verrons, inéluctable⁴⁶⁴ – explique les difficultés qu'a posées et que pose toujours l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Les partisans de la souveraineté limitée se voient nécessairement confrontés à une aporie, qu'est le partage de souveraineté qui résulte de cette limitation. Sous l'ancienne France, si le Roi se voit limité par une institution, il en résulte assez logiquement un partage de souveraineté avec ladite institution⁴⁶⁵. Accusé ainsi de vouloir détruire l'autorité royale en s'arrogeant un pouvoir qui ne lui appartient pas, le Parlement retournera l'argument de ses adversaires : c'est au contraire le Roi qui menace la monarchie et risque de « détruire d'un seul coup la Constitution, en concentrant le Parlement dans sa personne »⁴⁶⁶. On s'en souvient, les parlements entendaient défendre la monarchie⁴⁶⁷, ce qu'ils feront au commencement d'une

⁴⁶¹ Parlement de Paris, *Remontrances sur les évocations*, 9 janvier 1731 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, *op. cit.*, p. 234.

⁴⁶² Pour Saint-Bonnet, analysant Montesquieu, « le contrôle *a priori* de la conformité des lois du roi aux lois fondamentales est bien une prérogative judiciaire organiquement (ce sont des juges) et fonctionnellement (ce n'est ni une activité législative ni une activité exécutive). Montesquieu ajoute que le dépôt des lois "ne peut être que dans les corps politiques". Conclusion : il s'agit d'une *justice politique*, sans la moindre connotation péjorative. La justice participe du champ politique *lato sensu* ou du pouvoir normatif, sans pour autant empiéter sur le pouvoir législatif royal et sans porter atteinte à la souveraineté comme pouvoir absolu », F. SAINT-BONNET, « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel *a priori* des lois du roi », art. cité, [en ligne]. V. dans le même sens, sur l'idée que le Parlement se présentait comme « le "corps politique" dépôt des lois, exigé par Montesquieu dans toute monarchie bien organisée », A. LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁶³ « Les remontrances fondées juridiquement sur le devoir et le droit de conseil constituaient donc un moyen de pression sur le pouvoir et l'expression tangible d'un rôle politique auquel les parlements n'avaient jamais cessé de prétendre et qu'ils s'étaient repris à jouer après l'interruption forcée du fait de Louis XIV de 1673 à 1715 », P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, *op. cit.*, p. 73 ; « Certains auteurs ont avancé qu'il n'existait pas de contrôle de constitutionnalité des lois sous l'Ancien Régime [...]. Pour l'époque concernée, ce serait oublier la force de la tradition, la résistance des corps constitués, la puissance des parlements par le jeu du droit de vérification des lois nouvelles », P. SUEUR, *Histoire du droit public français, XV^e – XVIII^e siècle*. Tome I, *La Constitution monarchique*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2007, 4^e éd., p. 116.

⁴⁶⁴ V. *infra*, § 307-325.

⁴⁶⁵ R. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, *op. cit.*, p. 331-332.

⁴⁶⁶ Parlement de Paris, *Remontrances sur la séance royale du 19 novembre 1787*, 11-13 avril 1788, in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 732.

⁴⁶⁷ Ainsi du discours de l'avocat général Seguier le 16 décembre 1788 précédemment mentionné, à propos d'un ouvrage imprimé anonymement intitulé *Délibération à prendre par le tiers état dans toutes les municipalités du royaume de France* ; ouvrage qui selon lui détruit les fondements de la monarchie : « la Constitution du Gouvernement français, cette constitution qui existe depuis tant de siècles et que l'ignorance et la mauvaïse foi peuvent seules méconnaître y est totalement détruite, puisque la France cesserait d'être monarchie ». S'insurgeant alors contre les dangers de la remise en cause des fondements de la monarchie, il affirme : « Est-il possible de s'aveugler au point d'avancer que le peuple constitue à lui seul toute la Nation, que son seul intérêt doit être consulté, que son seul consentement suffit ? [...]. La puissance du Roi, les droits de la Nation, l'ordre public, ne

révolution qu'ils auront eux-mêmes précipitée en s'autorisant, notamment, à représenter la nation⁴⁶⁸. La mobilisation par les grands robins de la théorie de la représentation de la nation se retournera en effet contre eux, puisque c'est aux États généraux puis à l'Assemblée nationale qu'elle profitera⁴⁶⁹. À cet égard, la sollicitation répétée par le Parlement de la réunion des États généraux entre directement en contradiction avec sa prétention à représenter la Nation. Les robins justifient en effet la convocation des États généraux par le fait que « la Nation seule, réunie dans ses États généraux » peut « donner à un impôt perpétuel un consentement nécessaire »⁴⁷⁰ ; principe qu'ils constitutionnalisent en 1788⁴⁷¹. La Révolution anéantira alors les parlements et discréditera la fonction juridictionnelle. Au commencement du constitutionnalisme, les juges, bien qu'élus, ne représenteront personne : la Constitution de 1791 va en effet confier cette fonction de représentation de la Nation tout à la fois au roi et au corps législatif.

90. Le discours propre au phénomène doctrinal de juridictionnalisation, consistant à préconiser la limitation constitutionnelle – et donc juridictionnelle – du pouvoir, rappelle donc la prétention du Parlement de Paris à limiter la souveraineté royale par le contrôle des actes royaux. Aujourd'hui comme hier, la souveraineté est illimitée dans le titre, mais doit se voir limitée dans l'exercice. Alors que les parlementaires voulaient faire découler de l'État de justice

sont qu'une même chose sous des noms différents ; ils ont la même origine, ils tendent au même but, ils se soutiennent par l'observation des lois, et la félicité générale est le résultat de leur réunion », *ibid.*, p. 783.

⁴⁶⁸ François Saint Bonnet et Yves Sassier identifient trois fautes commises par les grands robins, qu'ils qualifient « d'inconséquence conceptuelle » : premièrement, le fait pour les parlements de défendre « leur légitimité sur le fondement de leur origine », car « autant la légitimité d'un organe *politique* est fondée sur son origine (divine, historique ou élective), autant celle d'une juridiction est toute dans l'excellence juridique de ses arrêts ». Deuxièmement, la publication des remontrances qui a pour conséquence pour les parlements de « nier qu'ils font corps avec [la monarchie] et se placer en contre-pouvoir ». Enfin, « la prétention à représenter la nation », F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, *op. cit.*, p. 360. S'agissant de cette dernière, v. également la critique de F. OLIVIER-MARTIN, *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, *op. cit.*, p. 437-448.

⁴⁶⁹ F. SAINT-BONNET, « Le parlement, juge constitutionnel (XVI^e-XVIII^e siècle) », art. cité, p. 197. Déjà au milieu du XVIII^e siècle, les parlements se verront concurrencés par « l'opinion publique », laquelle était supposée davantage refléter les intérêts de la nation que ceux des grands robins qui, au fond, étaient accusés de ne défendre que leurs privilèges. Sur ce point, v. A. DECROIX, *Question fiscale et réforme financière en France (1749-1789). Logique de la transparence et recherche de la confiance publique*, *op. cit.*, p. 427-448.

⁴⁷⁰ Parlement de Paris, *Remontrances*, 26 juillet 1787 in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 673. Le Parlement justifie ainsi d'avoir enregistré des impôts par le passé en opposant impôt « perpétuel » et impôt « de courte durée », enregistré dans l'urgence. À ce sujet, v. A. DECROIX, *Question fiscale et réforme financière en France (1749-1789). Logique de la transparence et recherche de la confiance publique*, *op. cit.*, p. 508. L'auteur relève quoi qu'il en soit que « l'innovation principale, contenue dans ces remontrances du 26 juillet 1787, concerne la reconnaissance explicite, par le Parlement de Paris, de la compétence de la seule nation, assemblée dans les États généraux, pour consentir à l'établissement d'une imposition permanente ».

⁴⁷¹ Comme indiqué précédemment, parmi la liste des lois fondamentales résumées par le Parlement de Paris dans l'arrêté de 1788, figure « le droit de la Nation d'accorder librement les subsides par l'organe des États généraux régulièrement convoqués et composés », Parlement de Paris, *Arrêté du 3 mai 1788* in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, *op. cit.*, p. 746.

un véritable État de droit, la doctrine contemporaine tentera de faire découler de l'État de droit un État juridictionnel.

CONCLUSION DU CHAPITRE

91. Les racines du phénomène doctrinal de juridictionnalisation se laissent donc découvrir dans le discours du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Alors que ce dernier entendait conditionner juridiquement l'existence de la loi à sa libre vérification, sa prétention juridique sera perçue par l'institution royale comme une prétention politique. Elle aboutissait en effet, comme à l'époque contemporaine, à se demander si le contrôle des lois n'avait pas pour effet de faire de l'organe de contrôle un organe de la fonction législative. Or, le Parlement n'entendait guère se substituer au pouvoir législatif, mais se limitait à vouloir juridictionnaliser la volonté royale. Le Roi est certes seul législateur – et donc seul souverain –, mais il se doit de légiférer dans le respect des lois divines, naturelles et constitutionnelles. À cet égard, les parlementaires entendaient bien assurer la protection de la constitution ; protection juridictionnelle dont la nécessité ne se fera plus ressentir à l'époque révolutionnaire. À l'instar du Conseil constitutionnel, le Parlement de Paris va ainsi opportunément élargir le contenu de la constitution – renforçant ainsi ses propres pouvoirs. Il se posera alors en gardien de la liberté, donc de la monarchie, face au despotisme. La Constitution n'est dès lors pas exclusivement entendue comme l'ensemble des règles relatives à l'organisation de la Couronne mais aussi comme celles tenant à la protection de la liberté. Leur prétention juridique sera toutefois complétée par une prétention politique. Celle-ci est présentée, à tort, comme la remise en cause de la monarchie absolue au profit d'une monarchie dite limitée. Or, la distinction entre monarchie absolue et monarchie limitée présuppose une absence de limitation de la souveraineté royale dans le cadre de la première. Pourtant, le Parlement ne critiquait nullement le caractère illimité de la souveraineté royale, mais sa seule autolimitation. Le Roi était en effet soumis au respect des lois divines et naturelles – limites réelles, bien que difficilement concevable par la doctrine contemporaine. La souveraineté sous l'ancienne France ne peut dès lors être comparée à la souveraineté qui émergera à l'époque révolutionnaire. Le caractère absolu de la souveraineté signale en réalité son unicité, si bien que la critique parlementaire tient au fait que le Roi ne puisse se voir limité – et donc contrôlé – par une autre institution humaine. Il en résulte un plaidoyer pour une hétéro-limitation de la souveraineté royale. Le modèle défendu par le Parlement de Paris consiste donc en définitive à promouvoir une monarchie constitutionnelle, c'est-à-dire tout à la fois une limitation par la constitution –

prétention juridique – et un partage dans l'exercice de la souveraineté – prétention politique. Ces deux revendications apparaissent indissociables dans le discours parlementaire : soumettre la volonté royale au respect du droit conduit inéluctablement à limiter le pouvoir souverain. À l'inverse, limiter la souveraineté par la vérification des lois suppose nécessairement un instrument de référence de ce contrôle. Quoi qu'il en soit, cette prétention politique des parlementaires révèle l'irréductible conflictualité de la fonction juridictionnelle en matière constitutionnelle. Le juge de la constitution se voit en effet nécessairement reprocher d'opposer sa volonté à celle du souverain, ceci alors même qu'il se pose en gardien de la vérité constitutionnelle. Sa prétention à représenter la nation ne sera alors pas sans poser de singulières difficultés à la fin du siècle ; difficultés qui expliqueront, par-delà l'émergence tardive du phénomène, l'inquiétude théorique que le juge suscitera dans la pensée juridique et politique.

CHAPITRE 2

LE REFOULEMENT CONTINU DU PHÉNOMÈNE : GÉNÉALOGIE D'UNE CONTROVERSE DOCTRINALE

92. Ainsi que le montre sa narration généalogique au dernier âge de l'ancienne France, le phénomène doctrinal de juridictionnalisation du droit constitutionnel plonge ses racines dans une histoire tumultueuse. Aux racines inconscientes du phénomène dans les discours parlementaires succédera, à partir de la Révolution française, une longue période de refoulement. Bien qu'hétérogène, la longue controverse doctrinale sur le juge constitutionnel qui prendra ainsi naissance à l'époque révolutionnaire a pour fondement unique la problématique de sa fonction – contrôler la constitutionnalité des lois et donc faire échec à la volonté du législateur – si bien que c'est la légitimité de cette fonction, telle qu'elle est appréhendée par la doctrine depuis la Révolution, qui sera désormais au centre de l'analyse.

93. Parmi les nombreuses controverses constitutionnelles, celle qui porte sur le contrôle juridictionnel des lois est sans doute l'une des plus aptes à révéler les présupposés du constitutionnalisme. L'essor de ce dernier à l'époque moderne s'est en effet accompagné d'une exaltation de la fonction législative ; exaltation rendant problématique la reconnaissance de la légitimité d'un juge à s'opposer à la volonté des représentants titulaires de cette fonction. L'étude des origines historiques de la juridictionnalisation du droit constitutionnel, durant la période antérieure à la V^e République, est marquée par une « disproportion entre la richesse doctrinale et la pauvreté des réalisations pratiques »⁴⁷², ce qui permet ainsi de mettre en évidence sa dimension hautement polémogène. En effet, si le discours sur le contrôle juridictionnel des lois s'exprime à différentes périodes sous des aspects singuliers, son caractère permanent tient à ce qu'il s'affirme toujours comme un discours polémique. Mais la permanence de la controverse sur le contrôle juridictionnel des lois ne signifie pas qu'elle n'a pas connu d'évolutions. La permanence exprime en effet la préservation d'une même identité, en dépit de ses évolutions. Ainsi, si les discours s'expriment à différentes périodes sous des aspects singuliers, l'identité de la controverse sur le contrôle juridictionnel des lois repose sur le questionnement central de la limitation du pouvoir.

⁴⁷² F. SAINT-BONNET, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises », art. cité, p. 778.

94. La réponse à cette question a d'abord conduit à exclure le juge des conflits de pouvoir. Au commencement du constitutionnalisme moderne, le juge constitutionnel ne pourra être véritablement pensé. Si, en effet, la balance ou séparation des pouvoirs apparaît comme le meilleur moyen de les limiter, c'est surtout parce que la pensée révolutionnaire entendait cloisonner les rapports du pouvoir législatif au pouvoir judiciaire, cantonnant ce dernier à une fonction d'exécution non exclusivement confiée à l'organe judiciaire (**Section 1**). Pourtant, les excès du constitutionnalisme révolutionnaire conduiront progressivement la pensée constitutionnelle à concevoir le juge comme le meilleur moyen de limiter la fonction législative. Sous la III^e République, un véritable débat sur l'opportunité d'un contrôle juridictionnel des lois se fera ainsi entendre ; débat qui sera caractéristique des différents antagonismes doctrinaux encore observables à ce jour. Ce débat donnera vie à ce que Boris Mirkine-Guetzevitch identifiera comme les « nouvelles tendances du droit constitutionnel » qui, « grâce à la collaboration des juristes », donneront elles-mêmes naissance « au principe de la rationalisation démocratique du pouvoir »⁴⁷³ (**Section 2**).

⁴⁷³ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel », *RDP*, 1928, p. 5.

SECTION 1

LA RÉCUSATION DU JUGE AU COMMENCEMENT DU CONSTITUTIONNALISME MODERNE

95. Afin de mieux cerner les controverses auxquelles le phénomène doctrinal de juridictionnalisation donne lieu à l'époque contemporaine, il convient de comprendre les raisons de son acceptation tardive dans la pensée constitutionnelle et politique. À cet égard, le refoulement du phénomène résulte d'abord de la récusation du juge, victime de son implication sous l'Ancien Régime. La réaction des révolutionnaires contre les revendications des parlements le condamne en effet à être en quelque sorte rejeté, puis oublié. Au commencement du constitutionnalisme moderne, que nous situons de la Révolution française à la deuxième moitié du XIX^e siècle, le contrôle juridictionnel des lois sera ainsi impensé précisément parce que la figure du juge en général sera rejetée.

96. La récusation du juge judiciaire⁴⁷⁴, fort vigoureuse sous la Révolution, révèle déjà les difficultés que pose l'existence d'un véritable pouvoir juridictionnel dans l'État. L'on sait que les Parlements de l'ancienne France, jadis loués par Machiavel⁴⁷⁵, puis sans cesse vilipendés – « persécuteurs et barbares » selon Voltaire, qui se réjouissait de la décision de Louis XV de briser les parlements en 1771⁴⁷⁶ ; « cancer de la monarchie » pour la doctrine contemporaine⁴⁷⁷ – furent à l'origine de cette récusation. À rebours de la présentation généralement établie, nous avons ainsi pu analyser l'opposition entre la conception des grands rois et celle des révolutionnaires comme une opposition entre une vision hétéro-limitée de la souveraineté et

⁴⁷⁴ Nous employons, dans le cadre de l'étude de la période révolutionnaire, la notion de pouvoir ou de fonction « judiciaire ». La raison de ce choix terminologique tient à ce que la notion de « pouvoir juridictionnel » ou « fonction juridictionnelle » ne s'est véritablement proliférée qu'à partir du moment où, en sus du juge judiciaire, sont apparus, d'abord le juge administratif puis le juge constitutionnel. Jusqu'à la deuxième moitié du XIX^e siècle, la distinction des termes « judiciaire » et « juridictionnel » n'avait pas de sens. Il nous paraît d'ailleurs assez éclairant qu'au sein de la Constitution du 22 Frimaire an VIII – qui, par la création du Conseil d'État, est à l'origine de l'éclosion du juge administratif – le titre consacré à la fonction de juger ne s'intitule plus, comme pour les constitutions de 1791 et 1795, « Du pouvoir judiciaire », mais « Des tribunaux ». Sur la fonction juridictionnelle, v. I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2005.

⁴⁷⁵ MACHIAVEL, *Le Prince*, Paris, Flammarion, coll. « Le monde de la philosophie », 2008, trad. Y. Lévy, Chapitre XIX, p. 92 : « Parmi les royaumes bien ordonnés et gouvernés de notre temps, il y a celui de France. Et l'on y trouve une infinité de bonnes institutions dont dépendent la liberté et la sécurité du roi ; desquelles la première est le parlement et son autorité [...] ».

⁴⁷⁶ Cité in A. de TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, coll. « Folio histoire », 1967, p. 264.

⁴⁷⁷ J.-L. HAROUËL *et al.*, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 11^e éd., 2006, p. 575.

une vision absolutiste, donc auto-limitée, de celle-ci⁴⁷⁸. Quoi qu'il en soit, leur responsabilité dans la chute de l'Ancien Régime aura pour conséquence concomitante de jeter, pour longtemps, le discrédit sur le pouvoir juridictionnel. Toutefois, « la lutte entre les parlements et le roi se situe sur le terrain du partage du pouvoir législatif et non sur celui de la définition et de l'indépendance du pouvoir judiciaire »⁴⁷⁹. Partant, sous le régime ancien, c'est la remise en cause, par les parlements, du monopole royal du pouvoir législatif qui fut perçue comme problématique.

97. De ce point de vue, les Parlements furent à l'origine d'un des rares consensus enregistrés sous la Révolution, puisque tant les partisans de la doctrine absolutiste que les révolutionnaires s'accordaient à considérer « comme scandaleuse la prétention de ces cours de justice de vouloir participer à l'élaboration de la loi du roi »⁴⁸⁰. S'agissant d'abord du juge en tant que tel, il se verra en tout lieu récusé comme pouvoir à part entière et relégué à une fonction subalterne (§ 1). Or, puisque la période fera peu de cas du juge, il en résulte plus spécifiquement pour le droit constitutionnel que le juge ne sera même pas envisagé comme gardien de la constitution. Impensé comme véritable pouvoir, le juge sera inévitablement impensable comme contre-pouvoir au législateur (§ 2).

§1 – Un pouvoir judiciaire refusé

98. Du consensus des révolutionnaires autour de la critique des parlements découlera la volonté de faire obstacle à la possibilité pour les juges de concurrencer la loi. Ces vues, qui furent partagées par la grande majorité des révolutionnaires⁴⁸¹, se traduiront par des pouvoirs judiciaire et législatif résolument cloisonnés. Contrairement à la pensée anglaise ou américaine, la fonction de juger n'est pas considérée par les révolutionnaires comme une « branche du gouvernement », ni même comme un pouvoir, mais comme une fonction mécanique subalterne.

⁴⁷⁸ V. *supra*, § 79-82.

⁴⁷⁹ J.-L. HALPÉRIN, « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », *Justices. Revue générale de droit processuel*, n° 3, 1996, p. 15. Dans le même sens, Alexis de Tocqueville soutient que « ce n'est pas la puissance administrative que les deux adversaires [les parlements et le pouvoir royal] se disputent, mais le pouvoir législatif, dont ils avaient aussi peu de droits de s'emparer l'un que l'autre », A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, *op. cit.*, p. 130.

⁴⁸⁰ F. SAINT-BONNET, « Le "constitutionnalisme" des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des "lits de justice" du XVIII^e siècle », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° 15, 2011, p. 18. Cette vision, rousseauiste de la loi parfaite fut toutefois, ainsi que le démontre Lucien Jaume, contestée par certains révolutionnaires, tel Condorcet, L. JAUME, « Garantir les droits de l'homme : 1791-1793 », *La Revue Tocqueville*, vol. XIV, 1993, p. 532-55.

⁴⁸¹ Michel Verpeaux relève ainsi que « la soumission du pouvoir judiciaire à la loi, est à peu près partagé par tous les Constituants » ; qu'elle est à leurs yeux une « vérité intangible », M. VERPEAUX, « La notion révolutionnaire de juridiction », *Droits*, n° 9, 1989, p. 34-35.

99. Le pouvoir associant tout à la fois l'idée de *fonction* et d'*organe*, ces deux aspects fonctionnel et organique semblent concourir à démontrer la négation du juge en tant que pouvoir – c'est-à-dire, à la naissance du constitutionnalisme, en tant qu'autorité de création du droit. Aussi les révolutionnaires refuseront-ils au juge le pouvoir d'interpréter les lois au nom de la réduction de la fonction judiciaire à une fonction mécanique et subordonnée (A). Il en découlera subséquemment un refus d'ériger le juge en véritable « pouvoir », ce qui signifie que son indépendance organique sera fort relative (B).

A. Le caractère mécanique et subordonné de la fonction judiciaire

100. Le caractère mécanique et subordonné de la fonction judiciaire se manifeste dans le refus du pouvoir d'interpréter les lois. La fonction de juger se voit en effet, à la période révolutionnaire, limitée à une simple « fonction d'application mécanique de la loi » par la fameuse « théorie du jugement-syllogisme »⁴⁸². Ainsi que le relève Michel Troper, « selon cette conception, le juge se borne à formuler un syllogisme : une fois déterminé qu'un fait entre dans le champ d'application de la loi, il ne reste plus qu'à lui appliquer cette loi »⁴⁸³. Dès lors : « la fonction juridictionnelle n'est pas créatrice de Droit »⁴⁸⁴. Cette théorie, héritée dans une moindre mesure de Montesquieu⁴⁸⁵, fut plus substantiellement formulée, en matière pénale, par Beccaria – qui aurait manifestement « beaucoup influencé les membres de l'Assemblée » constituante⁴⁸⁶.

⁴⁸² M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980, rééd. coll. « Anthologie du Droit », 2015, p. 50 et p. 170.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 50.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 50.

⁴⁸⁵ L'auteur exprimera en effet très distinctement sa conception d'une fonction judiciaire comme fonction de pure application de la loi. En ce sens, il distingue les « États despotiques » dans lesquels le juge fait la loi, les « États monarchiques » dans lesquels le juge applique la loi mais peut également la créer lorsqu'elle est absente – ou, selon les mots de Montesquieu, en chercher l'esprit – et le « gouvernement républicain » au sein duquel « il est dans la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi », MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* [1758], in *Œuvres complètes*, Tome II, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1951, Livre VI, Chapitre III, p. 311. V. également, *ibid.*, Livre XI, Chapitre VI, p. 399 : « Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte ». V. encore, *ibid.*, p. 404 : même si la loi s'avère « trop rigoureuse », cela ne doit pas permettre au juge de l'assouplir car « [...] 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 ». Philippe Raynaud apporte toutefois des nuances à cette influence, démontrant que Montesquieu fut en réalité plus modéré que ce que l'on en dit, singulièrement s'agissant de sa conception de la loi, P. RAYNAUD, « La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française », *APD*, Tome 30, 1985, p. 63-68.

⁴⁸⁶ M. VERPEAUX, « La notion révolutionnaire de juridiction », art. cité, p. 40. L'auteur apporte toutefois des tempéraments à cette influence en relevant que certains Constituants, comme Thouret, Tronchet, Garat ou Fréteau, avaient exposé les difficultés d'une telle vision mécanique de la fonction judiciaire, *ibid.* p. 41-44. V. également sur l'influence de Beccaria dans la conception du jugement comme syllogisme, Y-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965, p. 38, note 1 ; P. RAYNAUD, « La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française », art. cité, p. 69-70.

Ce dernier l'expose en deux temps. D'abord, s'agissant de l'interprétation des lois, l'auteur se fonde sur une conception volontariste selon laquelle l'interprétation légitime relève du seul souverain « dépositaire de la volonté générale »⁴⁸⁷. Cela suppose donc que l'interprétation est elle-même un acte de volonté. Cela explique donc la dénégation par l'auteur de l'interprétation judiciaire, qui serait source d'une fâcheuse insécurité pour « les citoyens » en ce qu'ils seraient à la merci « des faux raisonnements ou des mouvements d'humeur passagers d'un juge qui prend pour une interprétation légitime le vague résultat de toute une série de notions confuses flottant dans son esprit »⁴⁸⁸. C'est en effet parce que l'interprétation est conçue par Beccaria comme un acte de volonté qu'il convient de la réserver aux seuls organes capables d'exprimer une volonté politique. Ensuite, Beccaria tire les conséquences de ce refus de conférer au juge un pouvoir d'interprétation de la loi en faisant valoir la nécessité de lois écrites, gardiennes d'une permanence et d'une stabilité que seule la « volonté générale » peut légitimement remettre en cause⁴⁸⁹. Cette conception, retranscrite notamment par Bergasse le 17 août 1789 dans son *rapport au nom du comité de Constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire*⁴⁹⁰, aura bien une traduction en droit positif révolutionnaire – montrant ainsi que le juge judiciaire fut l'une des premières cibles institutionnelles au lendemain de l'Ancien Régime – à travers l'article 10 du titre II de la loi des 16 et 24 août 1790, aux termes duquel « les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture », puis la Constitution de 1791 qui énonce que « les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour

⁴⁸⁷ C. BECCARIA, *Des délits et des peines* [1764], Paris, Flammarion, 1991, § IV, p. 67.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, § IV, p. 68.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, § V, p. 70-71.

⁴⁹⁰ Bergasse affirme en effet que « le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé si le juge jouit du dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions. Car, on s'aperçoit sans peine que si la loi peut être interprétée, augmentée ou, ce qui est la même chose, appliquée au gré d'une volonté particulière, l'homme n'est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui l'interprète ou qui l'augmente ; et le pouvoir d'un homme sur un autre homme étant essentiellement ce qu'on s'est proposé de détruire par l'institution de la loi, on voit clairement que ce pouvoir au contraire acquerrait une force prodigieuse, si la faculté d'interpréter la loi était laissée à celui qui en est le dépositaire », J. MAVIDAL, P. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, Première série (1789-1799), Paris, Librairie administrative Paul Dupont, 1867-1914, Tome VIII, p. 443. Bergasse, que l'on associe souvent à la mouvance monarchienne de l'Assemblée, partage avec les Monarchiens – Mounier, Malouet, Lally-Tollendal, etc. – une conception désincarnée de la volonté générale et donc de la constitution : pour eux, la loi n'exprime pas la volonté générale parce qu'elle est subjectivement imputée au peuple par l'intermédiaire de ses représentants élus, mais parce qu'elle est matériellement juste, produit d'un équilibre des intérêts dont se compose la société. Sur cette « conception désincarnée de la volonté générale » chez les Monarchiens, v. B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, Thèse dactyl., Université Lyon 3, 2019, p. 276-295.

raison de leurs fonctions »⁴⁹¹. La doctrine postérieure, au XIX^e siècle, n'aura d'ailleurs de cesse d'invoquer ces textes pour illustrer l'amointrissement considérable des pouvoirs du juge – voire pour le justifier. L'article 5 du Code civil prohibant les arrêts de règlement⁴⁹² et la sanction de l'interdiction formulée à l'article 10 de la loi des 16 et 24 août 1790 par l'article 127 de notre ancien Code pénal⁴⁹³ ne feront en ce sens que confirmer l'étanchéité des fonctions législative et judiciaire.

101. Mais l'interdiction faite aux juges d'interpréter la loi s'illustrera singulièrement à la Révolution par la mise en place du référé législatif de l'article 12 de la loi des 16 et 24 août 1790⁴⁹⁴, qui « démontre efficacement le caractère et la rigidité des conceptions juridiques des Lumières »⁴⁹⁵. Deux mécanismes sont alors instaurés : le « référé facultatif » et le « référé obligatoire »⁴⁹⁶. Le premier consiste, pour les juges du fond confrontés à une difficulté d'application de la loi, à adresser une demande d'interprétation de cette dernière au législateur. Le second rend obligatoire, après deux pourvois formés devant le Tribunal de cassation –

⁴⁹¹ Article 3, Chapitre V, Titre III. Il est intéressant de remarquer que l'article 189, de la Constitution du 5 fructidor an III renversera la perspective de la séparation : « Les administrations départementales et municipales ne peuvent modifier les actes du Corps législatif, ni ceux du Directoire exécutif, ni en suspendre l'exécution. Elles ne peuvent s'immiscer dans les objets dépendant de l'ordre judiciaire ».

⁴⁹² B. BEIGNIER, « Les arrêts de règlement », *Droits*, n° 9, 1989, p. 45.

⁴⁹³ « Seront coupables de forfaiture, et punis de la dégradation civique : 1° Les juges, les procureurs généraux ou de la République, ou leurs substituts, les officiers de police, qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées [...] ».

⁴⁹⁴ « Les juges ne pourront point faire de règlements mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ». Le mécanisme fut précisé par l'article 21, Chapitre V, Titre III de la Constitution de 1791 : « Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation sera tenu de se conformer ». Il sera repris à l'article 256 de la Constitution du 5 fructidor an III, qui limite à plus d'un pourvoi la nécessité de transmettre la question au Corps législatif. La période napoléonienne transférera, dans un premier temps, ce pouvoir d'interprétation au tribunal de Cassation « devant toutes les sections réunies » (article 78 de la loi du 27 ventôse an VIII), pour finalement le confier au Conseil d'État dont la décision devait être approuvée par l'Empereur (loi du 16 septembre 1807). Quoi qu'il en soit, dès 1804, le référé législatif sera remis en cause par l'article 4 du Code civil prohibant le déni de justice. Il sera ensuite définitivement abrogé par la loi du 1^{er} avril 1837. Sur le référé législatif dans l'histoire constitutionnelle, v. Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, op. cit., 1965.

⁴⁹⁵ P. ALVAZZI DEL FRATE, « Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789 », *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, p. 254. Quoi que l'interdiction d'interpréter les « ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes » avait déjà été formulée sous l'Ancien Régime, à l'article VII, Titre I, de l'Ordonnance civile de 1667, obligeant les magistrats à consulter le Roi sur son « intention ». En pratique, il apparaît toutefois qu'à travers le procédé de l'enregistrement, les magistrats apportaient régulièrement des modifications aux textes. V. en ce sens, F. SERPILLON, *Code civil ou commentaire sur l'Ordonnance du mois d'Avril 1667*, Paris, Pierre-Merry Delaguette, 1776, p. 11 ; Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, op. cit., 1965, p. 11.

⁴⁹⁶ J. BARTHÉLEMY, « De l'interprétation des lois par le législateur », *RDV*, 1908, p. 470 ; P. ALVAZZI DEL FRATE, « Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789 », art. cité, p. 254.

institué par la Constitution de 1791 « auprès du Corps législatif »⁴⁹⁷ –, la transmission du troisième pourvoi au Corps législatif, qui rendra un décret d'interprétation de la loi⁴⁹⁸. Le décret interprétatif devra alors être sanctionné par le Roi avant d'être appliqué par le Tribunal de cassation, ce qui rend bien compte de la conception que les révolutionnaires se font de l'interprétation, puisque la Constitution assujettit le décret d'interprétation aux mêmes formes que la loi elle-même. Il en découle que le juge ne pourra ni créer du droit, ni interpréter la loi – opérations qui, dans l'esprit des révolutionnaires, sont identiques puisque le droit se réduit à la loi⁴⁹⁹. Cette dernière prohibition appelle toutefois une nuance : pour Michel Troper « ce qui était interdit aux tribunaux, c'était l'interprétation réglementaire, mais l'interprétation *in concreto* leur était non seulement permise, mais aussi prescrite »⁵⁰⁰. En dépit de cette possibilité pour le juge d'interpréter la loi pour l'application au seul cas d'espèce, les révolutionnaires ont assurément formulé la volonté de séparer strictement les fonctions législative et judiciaire, en retirant au juge toute possibilité d'empiéter sur la première. La sacralité de la loi se substituera alors à la sacralité du Roi⁵⁰¹, précisément parce que les parlements de l'ancienne France s'immiscèrent par trop dans la fonction législative⁵⁰². Ce faisant, les révolutionnaires

⁴⁹⁷ Article 19, Chapitre V, de la Constitution des 3-14 septembre 1791 : « Il y aura pour tout le royaume un seul tribunal de cassation, établi auprès du Corps législatif ».

⁴⁹⁸ Article 21, Chapitre V, de la Constitution des 3-14 septembre 1791 : « Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation sera tenu de se conformer ».

⁴⁹⁹ M.-L. DUCLOS-GRÉCOURT, *L'idée de loi au XVIII^e siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, Poitiers-Issy-les-Moulineaux, Faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers-LGDJ-Lextenso éditions, « Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 2014 : au XVIII^e siècle, « la loi envahit la sphère juridique et, développée en son sens le plus général, en vient à être confondue avec le droit ». Benjamin Lecoq explique également que les révolutionnaires, particulièrement les Constituants, retiennent une interprétation « légaliste » de la séparation des pouvoirs fondée sur « la centralité de la loi ». Quelles que soient les interprétations de la séparation des pouvoirs, toutes « tendent invariablement à réaliser l'empire de la loi », B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, op. cit., p. 611-613.

⁵⁰⁰ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 67. Par « interprétation *in concreto* » il faut entendre les cas dans lesquels le juge doit déterminer si la loi invoquée s'applique au cas d'espèce en l'absence de détermination par cette loi des cas dans lesquelles elle s'applique, c'est-à-dire l'opération de traduction juridique d'une situation donnée, *ibid.* p. 66. V. aussi p. 170-171 et, du même auteur, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française » in 1791. *La première Constitution française*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1993, p. 355. *Contra*, Joseph Barthélemy soutient que le pouvoir judiciaire ne pouvait formuler aucune interprétation, pas même *in concreto*. En ce sens, il formule une distinction entre « l'interprétation de *législation* » et « l'interprétation de *doctrine* », pour ensuite la rejeter et considérer qu'aucune forme d'interprétation ne sera admise durant la période révolutionnaire, en prenant appui sur le mécanisme du référé législatif, J. BARTHÉLEMY, « De l'interprétation des lois par le législateur », art. cité, p. 466-472.

⁵⁰¹ L. LE FUR, *L'État, la Souveraineté et le Droit*, Trebnitz, s.n., s.d., p. 2.

⁵⁰² Les critiques de cette immixtion au profit d'une stricte subordination des Parlements au pouvoir législatif du Roi transparaissent dès la deuxième moitié du XVIII^e siècle à travers les déclarations formulées par certaines institutions royales, tel le Grand Conseil, mais également au sein des cahiers de doléances de 1789. V. en ce sens, A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Paris, De Boccard, coll. « Romanité et modernité du droit », 2006, p. 489-498. V. également sur la critique du

contrevenaient toutefois malgré eux à leur propre dogme, le référé législatif portant « atteinte au principe de la spécialisation »⁵⁰³ – si tant est que l’on admette qu’interpréter n’est pas légiférer⁵⁰⁴. En ce sens, il apparaît ouvertement que le pouvoir judiciaire était « *soumis au législateur davantage encore qu’à la loi* »⁵⁰⁵. La séparation des fonctions législative et judiciaire ne tendait en effet pas à autre chose qu’à garantir la suprématie du législateur.

B. L’indépendance relative de l’organe judiciaire

102. Cette conception de la fonction judiciaire conduira les révolutionnaires à discuter de l’existence – ou non – d’un « pouvoir judiciaire »⁵⁰⁶. Cette discussion transparait en effet des débats relatifs au mode de désignation des juges. Pour les défenseurs de l’inexistence d’un tel pouvoir, ce dernier ne peut être qu’une branche du pouvoir exécutif dans la mesure où la fonction judiciaire est décrite comme une pure et simple application de la loi⁵⁰⁷. Ce rattachement de la fonction de juger au pouvoir exécutif doit alors logiquement mener à une nomination des juges par le Roi. Au contraire, les partisans d’un pouvoir judiciaire distinct du pouvoir exécutif⁵⁰⁸ assurent la défense du mécanisme électif comme mode de désignation des juges. Or, c’est bien le mécanisme électif qui sera retenu dès 1790⁵⁰⁹, ce que confirme, comme l’a établi

pouvoir d’interprétation par les juges dans les cahiers, P. ALVAZZI DEL FRATE, « Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789 », art. cité, p. 253.

⁵⁰³ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 68. Joseph Barthélemy évoquait également à cet égard une « méconnaissance de la séparation des pouvoirs », J. BARTHÉLEMY, « De l’interprétation des lois par le législateur », art. cité, p. 466.

⁵⁰⁴ Ce qui, paradoxalement, n’est pas le cas de Michel Troper lorsqu’il considère que le Conseil constitutionnel, par son pouvoir d’interprétation, s’érige en co-législateur.

⁵⁰⁵ J.-P. ROYER *et al.*, *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 5^e éd., 2016, p. 252.

⁵⁰⁶ Discussion qui, selon Carré de Malberg, demeurerait en 1920 toujours d’actualité : « l’accord est loin de régner entre les auteurs sur le point de savoir en quel sens la puissance juridictionnelle doit être considérée comme distincte des deux autres », qui portait donc sur « la question du nombre des pouvoirs de l’État », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, Tome I, Sirey, 1920-1922, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, p. 691.

⁵⁰⁷ M. VERPEAUX, « La notion révolutionnaire de juridiction », art. cité, p. 36-39. Ainsi que le relève Benjamin Lecoq, « bien que le texte de la Constitution de 1791 (art. 3 à 5 du Titre III) semble consacrer positivement la triade classique des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, il ne fait aucun doute que les Constituants, à la suite de Montesquieu, n’ont jamais vu dans la fonction judiciaire autre chose qu’une branche de la fonction exécutive », B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l’autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, op. cit., p. 612, note n° 2195.

⁵⁰⁸ Notamment Barnave, Brillat-Savarin et Thouret. V. M. VERPEAUX, « La notion révolutionnaire de juridiction », art. cité, p. 38-39.

⁵⁰⁹ D’abord par le décret du 5 mai 1790 portant que les juges seront élus par le peuple et du 7 mai 1790 concernant le consentement du Roi à l’élection des juges, et sur le nombre des sujets qui lui sera présenté (« L’Assemblée nationale décrète que le Roi ne pourra point refuser son consentement à l’admission d’un juge choisi par le peuple, et que les électeurs ne présenteront point au Roi plus d’un sujet à chaque vacance d’office de judicature »). Ensuite par les articles 3 et 4 du titre II de la loi des 16 et 24 août 1790 qui posent le principe de l’élection des juges par les justiciables. Enfin par l’article 2, chapitre V, titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 (« La justice sera

Michel Verpeaux, l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790⁵¹⁰. L'élection des juges sera ainsi pensée comme l'instrument de déconnexion entre les juges et le Roi, témoignant de la volonté de dissoudre le système de l'ancienne France où le Roi disposait – en théorie – de la justice. Mais il s'agissait aussi, subséquemment, d'incriminer tout à la fois la conception aristocratique procédant des offices de judicature et la conception patrimoniale de la fonction juridictionnelle qui émanait de la vénalité des charges parlementaires⁵¹¹. En ce sens, un consensus doctrinal s'observe pour considérer la vénalité comme l'une des principales critiques formulées, au commencement de la Révolution, à l'encontre des Parlements⁵¹². La volonté des révolutionnaires était en effet de « briser le régime séculaire de patrimonialité des charges de justice, empêcher la reconstitution d'une magistrature professionnelle, s'assurer de la compétence et représentativité des juges »⁵¹³. C'est ainsi que la Constitution du 3 septembre 1791 énoncera en préambule du Titre III sur les pouvoirs publics que « le Pouvoir Judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple »⁵¹⁴. Pourtant, en dépit du court épisode d'élection

rendue gratuitement par des juges élus à temps par le peuple, et institués par des lettres-patentes du roi qui ne pourra les refuser »).

⁵¹⁰ Aux termes duquel « 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 pour raison de leur fonction ». M. VERPEAUX, « La notion révolutionnaire de juridiction », art. cité, p. 39. V. également, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome I, *op. cit.*, p. 811. Nous voyons mal en effet comment, en tant que branche du pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire pourrait être ainsi tenu à l'écart de l'administration. Admettre que les deux pouvoirs ne font qu'un consisterait en effet à juxtaposer à la théorie de l'administrateur-juge celle du *juge-administrateur*.

⁵¹¹ Aristocratique en ce que les offices étaient héréditaires ; patrimoniale dans la mesure où, dès le XV^e siècle, l'inamovibilité des officiers a permis de considérer les charges comme des « biens viagers » et les officiers comme propriétaires de leur charge. Par suite, en tant que biens, les charges devenaient vénales, G. PAGÈS, « La vénalité des offices dans l'ancienne France », *Revue historique*, Tome 169, 1932, p. 479 *sqq.*

⁵¹² « Le vice de l'institution [le Parlement de Paris] était dans son principe même, dans cette sélection qui faisait du droit de juger le patrimoine d'une caste », E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, Paris, Plon, 1901, p. 40. Dans les cahiers de doléances, les critiques portaient singulièrement sur « trois dysfonctionnements », à savoir la « durée des procès », le « coût des instances » et l'« inaccessibilité des juridictions », G. MÉTAIRIE, « L'électivité des magistrats judiciaires en France, entre Révolution et monarchies (1789-1814) » in J. KRYNEN (dir.), *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 1999, p. 31. Il semble toutefois que « le vœu le plus général est pour la suppression de la vénalité des offices », E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, *op. cit.*, p. 173. Sur le « problème de la vénalité », v. G. MÉTAIRIE, « L'électivité des magistrats judiciaires en France, entre Révolution et monarchies (1789-1814) », art. cité, p. 21. Pour une étude plus générale sur la vénalité des offices, v. G. PAGÈS, « La vénalité des offices dans l'ancienne France », art. cité, p. 477. La chute des parlements sera toutefois imputée à leur conduite durant les règnes de Louis XV et Louis XVI et à « l'ère de querelles » entre le Parlement de Paris et le monarque, E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, *op. cit.*, p. 66- 117.

⁵¹³ J. KRYNEN, « Avant-propos » in J. KRYNEN (dir.), *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, *op. cit.*, p. 17. Patrice Gueniffey explique à ce propos que la généralisation de l'élection à toutes les classes de fonctionnaires publics, dont les juges, répond à un impératif d'« appropriation », déduit du principe de souveraineté de la Nation et affirmé en réaction à l'accaparement des charges et offices, notamment du fait de leur patrimonialité, P. GUENIFFEY, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, Paris, Éd. de l'EHESS, coll. « Recherches d'histoire et de sciences sociales », 1993, p. 107 : « L'élection populaire des représentants chargés de la formation des lois et des magistrats chargés de les appliquer apparaissait comme déduite de l'appropriation collective de la souveraineté ».

⁵¹⁴ Constitution du 3 septembre 1791, Titre III, Article 5.

des juges⁵¹⁵ – abusivement caractérisé comme étant à l’origine d’une « *démocratie royale* », que l’un des orateurs de la Révolution qualifiera élégamment de « monstrueuse alliance de mots qui [...] hurlaient de se trouver ensemble »⁵¹⁶ –, c’est bien la thèse d’un juge dépendant du pouvoir exécutif que les membres de l’Assemblée constituante paraissent avoir adoptée⁵¹⁷. Sous l’Ancien Régime, le Roi disposait de la fonction exécutive comme de la fonction de juger ; il n’était donc pas question d’envisager l’existence d’un pouvoir judiciaire. Si « le cadre de la pensée fonctionnelle est bouleversé »⁵¹⁸ par Montesquieu, qui plaide pour une distinction entre la puissance exécutrice et la puissance de juger, il ne faut toutefois pas se méprendre sur la portée d’une telle séparation. Les révolutionnaires vont en effet reconnaître l’existence d’un *pouvoir* judiciaire du seul point de vue de l’*organe*. Or, cette reconnaissance organique ne peut s’avérer à elle seule pertinente dans la mesure où « la question de savoir s’il y a deux ou trois pouvoirs se ramène à savoir s’il y a deux ou trois fonctions irréductibles l’une à l’autre »⁵¹⁹. À cet égard, trois fonctions étaient bien reconnues. Toutefois, cette fonction de juger se singularisait de deux manières. D’abord, cette fonction n’était pas monopolisée par l’organe judiciaire : outre le référé législatif permettant au législateur d’intervenir pour délivrer son interprétation de la loi – qui n’était au reste pas considéré comme appartenant à la fonction judiciaire –, les litiges relatifs à l’administration étaient confiés à l’administration elle-même. Ensuite, la fonction de juger, en tant qu’elle était une fonction d’exécution des lois au même titre que la fonction exécutive proprement dite, relevait du *pouvoir* exécutif. Cette sophistication constitutionnelle ne peut être comprise qu’à la lumière de la volonté des révolutionnaires de

⁵¹⁵ Sur l’artificialité de ces élections et les manœuvres mises en place par les révolutionnaires dès 1792, puis sa disparition officielle en 1802, v. G. MÉTAIRIE, « L’électivité des magistrats judiciaires en France, entre Révolution et monarchies (1789-1814) », art. cité, p. 61-65.

⁵¹⁶ Abbé Maury, in J. MAVIDAL, P. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, Première série (1789-1799), *op. cit.*, t. XV, p. 394-395 cité in G. MÉTAIRIE, « L’électivité des magistrats judiciaires en France, entre Révolution et monarchies (1789-1814) », art. cité, p. 54, note 2.

⁵¹⁷ Cette thèse était bien présente chez Rousseau et Mably, mais également dans les débats de l’Assemblée Constituante, I. ANSELME, *L’invocation de la Déclaration des droits de l’homme et de la Constitution dans les débats de l’Assemblée législative (1791-1792)*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Bibliothèque d’histoire du droit et du droit romain », 2013, p. 175-176. Cette thèse était déjà présente chez des auteurs du XVIII^e siècle comme Rousseau et Mably, mais également dans les débats de l’Assemblée Constituante, *ibid.*, p. 175-176. V. également, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, Tome 1, *op. cit.*, p. 692 et p. 720-727. Toutefois, tous les auteurs ne s’accordent pas sur cette solution. V. *contra*, Y-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, *op. cit.*, p. 32-33. Du reste, comme le relève Guillaume Métairie, l’élection des administrateurs tend à remettre en cause la césure entre le principe électif et l’appartenance au corps exécutif, G. MÉTAIRIE, « L’électivité des magistrats judiciaires en France, entre Révolution et monarchies (1789-1814) », art. cité, p. 53-54.

⁵¹⁸ P. LAUVAUX, C.-M. PIMENTEL, « Fonctions juridiques de l’État » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 734. *Contra*, Carré de Malberg considère que Montesquieu rattache les deux à la puissance exécutrice, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, Tome I, *op. cit.*, p. 720-721.

⁵¹⁹ E. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, 1900, Tome 14 p. 46.

protéger l'indépendance organique du juge, singulièrement par rapport au pouvoir exécutif constitué en 1791 par le Roi. C'est cette inquiétude de l'indépendance des juges qui explique la reconnaissance d'un organe judiciaire autonome exerçant la *fonction* judiciaire. Il s'agissait donc, par ce mode de désignation, de prononcer le divorce entre les juges et le Roi, sans toutefois admettre l'existence d'un véritable *pouvoir* judiciaire⁵²⁰.

103. Les auteurs de la première moitié du XIX^e siècle ont, pour la plupart⁵²¹, perpétué cette vision d'une fonction judiciaire branche du pouvoir exécutif, marquant ici le décalage entre « réalité juridique » et « idéologie juridique »⁵²². Ainsi de Macarel ou de Henrion de Pensay, qui soutenaient que le pouvoir exécutif est divisé en trois branches – à savoir l'autorité gouvernementale, administrative et judiciaire –, perpétuant l'idée selon laquelle la justice se rattache au pouvoir exécutif en ce qu'elle a pour mission de permettre l'exécution des lois⁵²³. On observe alors un mouvement doctrinal circulaire : la fonction judiciaire doit se limiter à la stricte application des lois, donc elle relève du pouvoir exécutif ; la fonction judiciaire est une branche du pouvoir exécutif donc elle ne fait qu'exécuter sans disposer d'un pouvoir

⁵²⁰ Cazalès affirmait ainsi lors de la séance du 5 mai 1790 que « le pouvoir judiciaire [...] n'est qu'une simple fonction, puisqu'il consiste dans l'application pure et simple de la loi », cité in A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1914, 6^e éd., rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », 2001, p. 497. Esmein critique cela : d'abord, parce que la justice existait avant l'apparition de la loi. Ensuite, parce que « le jugement est toujours préalable à l'exécution ». Enfin car cela conduirait à mettre en place un système de justice retenue. Mais c'est surtout Carré de Malberg qui entreprendra une vive critique de cette vision, en démontrant que si la fonction juridictionnelle est effectivement souvent une fonction d'application des lois, il existe de nombreux cas dans lesquels la loi ne dit rien. Dès lors, le juge, qui ne peut refuser de statuer en vertu de l'article 4 du Code civil, se verra dans l'obligation de créer du droit. « Ainsi, dans toute la mesure où le juge dit du droit en, dehors du contenu explicite ou implicite des textes, il est impossible de qualifier la juridiction de fonction exécutive », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome I, *op. cit.*, p. 699-719.

⁵²¹ On note toutefois quelques exceptions notables. Ainsi de Pellegrino Rossi qui reprend la distinction des trois pouvoirs, considérant que l'existence d'un troisième pouvoir, le pouvoir judiciaire, est « irrécusable » en dépit des difficultés pratiques de le distinguer du pouvoir administratif, *Cours de droit constitutionnel*, Guillaumin, 1866-1867, rééd. Paris, Dalloz, 2012, p. 377-379 et p. 343-345. Ainsi également de Felix Berriat Saint-Prix, qui conteste le rattachement du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif, *Théorie du droit constitutionnel français. Esprit de la Constitution de 1848*, Paris, Videcoq, 1851, p. 588-592.

⁵²² Sur cette distinction, v. O. BEAUD, « L'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible ? », *Droits*, n° 17, 1993, p. 3.

⁵²³ P. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Théophile Barrois, 1818, p. 118 ; L-A. MACAREL, *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, p. 34 et p. 161. V. également, C-G. HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, Tome II, Paris, Auguste Durand, 1848, p. 120. Certains, comme Léon Aucoc, se contentent de relever qu'il s'agit de la vision dominante tout en appelant à ne pas « attacher une importance excessive à cette classification du pouvoir ou de l'autorité judiciaire », L. AUCOC, *Conférences sur l'Administration et le droit administratif*, Tome I, Paris, Dunod, 2^e éd., 1878, p. 51. Plus tard, ce sera également le cas d'Antoine Saint-Girons, qui compte l'autorité judiciaire parmi « les autorités exécutives », A. SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881, p. 411, ou de Théophile Ducrocq, T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, Tome I, Paris, Ernest Thorin, 5^e éd., 1877, p. 27.

d'interprétation. À la suite de Montesquieu, la fonction de juger fut donc réduite à une « *quantité constitutionnelle négligeable* »⁵²⁴.

104. En dépit de cette récusation du juge, la pensée révolutionnaire est bien une pensée de la limitation du pouvoir. Toutefois, la subordination de la fonction juridictionnelle et l'inconsistance organique du juge condamnaient la justice à ne pas être admise au rang des pouvoirs publics. C'est pour cette raison qu'il ne saurait être question de confier au juge le soin de limiter l'autorité du législateur. Aussi le juge constitutionnel est-il un impensé de la tradition révolutionnaire.

§2 – Un juge de la constitution impensé

105. L'examen de la situation du juge au commencement du constitutionnalisme moderne permet donc de mieux comprendre les raisons pour lesquelles la tradition constitutionnelle révolutionnaire a refoulé l'idée d'une justice constitutionnelle. Le discrédit du juge en général explique en effet une telle négligence. Parce que la faculté pour le juge d'interpréter la loi est jugée dangereuse, l'on ne peut qu'imaginer la teneur des débats sur la possibilité d'un contrôle juridictionnel des lois : si on lui refuse le droit de l'interpréter, on ne peut, *a fortiori*, lui reconnaître celui de lui faire échec.

106. Au reste, pour les révolutionnaires – et le référé législatif le montre bien – ce n'est point la Constitution qu'il s'agit de garder, mais la loi ; ce n'est point l'autorité législative qu'il s'agit de contrôler, mais « l'autorité judiciaire qu'il s'agit de surveiller »⁵²⁵. L'idée première du constitutionnalisme révolutionnaire résidant en effet dans la fondation de l'empire de la loi, jugé en tant que tel libérateur⁵²⁶, la garantie de la constitution apparaît de moindre importance en comparaison de la nécessité d'assurer le règne de la loi. La constitution a ainsi moins pour objet de limiter la loi qu'elle n'a pour fonction d'encadrer mécaniquement le travail du législateur afin de produire une loi libératrice, car empreinte de raison et de justice. Étroitement cantonné à une fonction d'application mécanique de la loi, le juge ne peut par voie de conséquence qu'être étroitement subordonné à la fonction législative. Aussi était-il impensable de lui reconnaître la possibilité d'exercer un contrôle sur cette dernière.

⁵²⁴ C.-M. PIMENTEL, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, Thèse dactyl., Paris II, 2000, p. 19.

⁵²⁵ J. BARTHÉLEMY, « De l'interprétation des lois par le législateur », art. cité, p. 468.

⁵²⁶ Cette confiance presque aveugle dans les vertus libérales de la loi tient à « la consubstantialité de la garantie des droits et de l'autonomie collective », B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, op. cit., p. 234 sqq.

107. L'indifférence à l'égard du contrôle juridictionnel des lois durant les premières années de la Révolution tient également au fait que les révolutionnaires ne considéraient pas qu'un tel mécanisme puisse contribuer au perfectionnement des idéaux du constitutionnalisme. Alors que l'article 16 de la Déclaration de 1789 présente la « séparation des pouvoirs » et la « garantie des droits » comme deux exigences du constitutionnalisme, le juge ne paraît convenir au maintien d'aucune d'elles. S'agissant de la garantie des droits, son effectivité inquiète certains révolutionnaires, comme Buzot et Pétion en 1791 ou Condorcet en 1793⁵²⁷, et sera source de débats. Mais les mécanismes permettant cette garantie seront, en 1791, soustraits à la réflexion⁵²⁸, ce qui explique que, pour Buzot, il convient de relever « non pas que la Constitution me garantit des droits, mais que la Constitution me promet que la loi me les garantira »⁵²⁹. Plus tard, cependant, des tentatives de confier au juge un rôle dans la garde de la Constitution pourront être observées. La première de ces tentatives réside dans la défense en 1793 par le conventionnel Kersaint d'un « tribunal des censeurs ». Il s'agissait d'un tribunal politique rattaché au corps législatif qui remplit « les fonctions d'accusateur public »⁵³⁰, notamment en ce qu'il lui incombe de dénoncer publiquement les atteintes à la Constitution portées par le législateur⁵³¹. Ce tribunal se devait en effet de vérifier la conformité formelle des lois à la Constitution. Or, en cas de désaccord entre lui et le Corps législatif, le dernier mot revenait *in fine* au second. Cette tentative s'expliquait par le souci des Jacobins de relativiser l'autorité absolue reconnue aux représentants, au détriment du peuple, par la Constitution de 1791. Autrement dit, la souveraineté étant inaliénable, il apparaissait nécessaire de prévoir pour le peuple des mécanismes constitutionnels tendant à relativiser le pouvoir de ses représentants. La seconde tentative s'illustre par le jury constitutionnaire théorisé par Sieyès, procédant de ses discours des 2 et 18 thermidor an III⁵³², tendant à confier à un corps composé de membres issus

⁵²⁷ L. JAUME, « Garantir les droits de l'homme : 1791-1793 », art. cité, p. 49.

⁵²⁸ F. SAINT-BONNET, « La protection juridique des droits en 1791. Les *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution* en débat » in *Études à la mémoire du Professeur François Burdeau*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 360. V. également, P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, op. cit., p. 360-363.

⁵²⁹ J. MAVIDAL, P. LAURENT, *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, Première série (1789-1799), op. cit., Tome XXIX, 8 août 1791, p. 272, cité in F. SAINT-BONNET, « La protection juridique des droits en 1791. Les *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution* en débat », art. cité, p. 365. Aussi Lucien Jaume relève-t-il que « Buzot pose une double question : celle de l'efficacité juridique de la Constitution (en quoi fera-t-elle respecter les droits individuels ?) et celle de la conformité des lois futures à la Constitution », L. JAUME, « Garantir les droits de l'homme : 1791-1793 », art. cité, p. 51.

⁵³⁰ *Archives parlementaires*, 17 avril 1793, LXII, p. 425.

⁵³¹ V. sur ce point, P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, op. cit., p. 393-397.

⁵³² S'agissant du discours de Sieyès à la Convention nationale du 18 thermidor an III (5 août 1795), v. W. MASTOR *et al.* (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Grands discours », 2^e éd., 2020, p. 322 *sqq.*

de la Convention, puis élus par tiers par ce corps lui-même au sein des assemblées législatives, le soin de maintenir chaque pouvoir dans les limites que la Constitution pose⁵³³. Partant, la limitation externe – l’hétéro-limitation – du pouvoir législatif, que Sieyès refusait en 1789 au Roi à travers son pouvoir de veto parce que celui-ci aboutirait à permettre à la volonté d’un seul de faire échec à celle des représentants de la nation, et ainsi à compromettre l’identification du Corps législatif à la nation, fut ici confiée au jury constitutionnaire. Or, outre que la « conception mécaniste de la constitution » rendait l’idée de justice constitutionnelle moins évidente qu’aujourd’hui⁵³⁴, la critique de ce projet tiendra surtout à ce que ce jury-gardien ne sera lui-même limité par aucun pouvoir : si chaque pouvoir doit être limité, difficile de parer à l’objection selon laquelle « on introduit un corps vis-à-vis duquel il n’existera absolument aucune garantie »⁵³⁵. Ces deux projets échouèrent donc inéluctablement⁵³⁶. D’impensé constitutionnel, le contrôle juridictionnel des lois fit donc par la suite l’objet d’une pure et simple éviction⁵³⁷.

108. Au surplus, la garantie des droits ne se conçoit au XVIII^e siècle qu’à travers la séparation des pouvoirs. Ainsi que le relève en effet Riccardo Guastini, « depuis Locke et Montesquieu (et depuis l’article 16 de la Déclaration de 1789), on pense que la garantie fondamentale des droits et libertés n’est que la “séparation des pouvoirs” »⁵³⁸. Mais

⁵³³ Dans une première version, ce jury avait pour mission de « vérifier la conformité de la loi à la constitution ». Il devient ensuite, parmi d’autres prérogatives, « le gardien du respect de la division des pouvoirs et le recours protégeant la minorité politique de l’oppression de la majorité », P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l’ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, op. cit.1, p. 399-400.

⁵³⁴ Sur la « conception mécaniste de la constitution », v. P. COMANDUCCI, « Ordre ou norme ? Quelques idées de constitution au XVIII^e siècle » in M. TROPER, L. JAUME (dir.), *1789 et l’invention de la Constitution*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », 1994, p. 23 ; A. PAPTOLIAS, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, Athènes-Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas-Bruylant, coll. « Bibliothèque européenne droit constitutionnel-science politique », 2000 ; M. TROPER, « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », in *La théorie du droit, le droit, l’État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 147 ; M. BARBERIS, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme » in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome I, Paris, Dalloz, coll. « Traité Dalloz », 2012, p. 113.

⁵³⁵ M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 1995, p. 184. V. également, L. JAUME, « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Droits*, 2002, n° 36, p. 115.

⁵³⁶ Carré de Malberg parle au sujet du projet de Sieyès d’un « échec forcé » dans la mesure où, avec l’identification du Souverain au corps législatif, « la Révolution s’était engagée dans des directions diamétralement opposées aux institutions permettant de contester la validité des lois », R. CARRÉ DE MALBERG, « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l’institut international de droit public*, 1929, p. 153-154.

⁵³⁷ C’est en ce sens que Philippe Pichot-Bravard soutient la thèse d’une « impossible conservation de l’ordre constitutionnel révolutionnaire », en démontrant toutefois qu’en dépit de ces échecs, « la question de la conformité de la loi à la Constitution n’en devient pas moins l’une des préoccupations des législateurs du Directoire. La question de la constitutionnalité des lois est régulièrement soulevée dans les années 1795-1797 à la tribune des assemblées », P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l’ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, op. cit., p. 405.

⁵³⁸ R. GUASTINI, « Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l’interprétation », *RDP*, 1991, p. 1081.

contrairement à une vision classique, réfutée par Charles Eisenmann⁵³⁹ et Michel Troper⁵⁴⁰, celle-ci ne s'entend pas d'une séparation stricte – spécialisation et indépendance –, mais d'une balance établie entre le Parlement et le Gouvernement dans l'élaboration de la loi. Charles Eisenmann souligne en effet que la doctrine de Montesquieu « n'intéresse que Parlement et monarque ou Gouvernement », ce qui tend à exclure le juge. Aussi la séparation au sens strict concerne-t-elle exclusivement le juge qui, n'étant pas admis parmi les « pouvoirs », n'a aucun rôle à jouer dans la modération du pouvoir politique⁵⁴¹. Ce n'est donc en réalité qu'au sujet du pouvoir judiciaire que Montesquieu applique une véritable *séparation* des pouvoirs, dans la mesure où « le judiciaire de Montesquieu [...] est le seul des trois pouvoirs pour lequel on puisse de façon crédible parler de spécialisation, d'indépendance et de séparation des pouvoirs au sens propre »⁵⁴². Une telle conception s'accorde toutefois difficilement avec l'idée selon laquelle le pouvoir judiciaire serait intégré au pouvoir exécutif. Si tel est le cas, en effet, l'on ne peut affirmer l'existence d'une séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le judiciaire.

109. Cette récusation du juge comme du contrôle juridictionnel des lois se prolongera jusqu'à la fin du XIX^e siècle⁵⁴³. Le juge souffrira ainsi dès les premiers temps du constitutionnalisme d'un problème de légitimité. Il ne s'agit évidemment pas, à cette période, d'invoquer une légitimité *démocratique*⁵⁴⁴, mais de faire valoir l'incompatibilité du contrôle

⁵³⁹ C. EISENMANN, « *L'Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs » in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Edition Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2002, p. 565 et « La pensée constitutionnelle de Montesquieu » in *ibid.*, p. 583.

⁵⁴⁰ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, *op. cit.*

⁵⁴¹ C. EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », art. cité, p. 595.

⁵⁴² M. BARBERIS, « La séparation des pouvoirs » in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome I, *op. cit.*, p. 712-716. Même si l'on peut critiquer cette vision dans la mesure où la spécialisation ne s'applique que dans un sens, les autres organes disposant également du pouvoir de juger. Ce que démontre d'ailleurs assez bien Charles Eisenmann : « les Tribunaux [...] sont peut-être bien spécialisés dans la fonction juridictionnelle, mais elle ne leur est pas confiée intégralement, puisque le Parlement l'exercera dans certains cas ». Ainsi l'autorité judiciaire « si elle n'intervient dans l'exercice que d'une seule fonction ne l'exerce pas sans partage », C. EISENMANN, « *L'Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs », art. cité, p. 569.

⁵⁴³ Ainsi par exemple de Fuzier-Herman, qui considère que les tribunaux ont aux États-Unis « une prérogative que nous sommes loin de leur envier pour les nôtres », E. FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, A. Marecq, 1880, p. 358. Ainsi également parmi de nombreux exemples d'un auteur suisse qui a pu écrire en 1838 : « Je ne parlerai point ici des institutions en vertu desquelles un corps judiciaire est appelé à contrôler *a priori* les actes législatifs ou exécutif, c'est-à-dire à exercer lui-même de véritables fonctions législatives ou exécutives. Il est généralement reconnu que l'aptitude aux fonctions judiciaires est d'une nature spéciale, et qu'elle ne suppose point, qu'elle exclut même jusqu'à un certain point les aptitudes requises pour les autres fonctions. Le droit qu'avaient les parlements de France de refuser l'enregistrement des actes et de rendre des arrêts de règlement était précieux sous la monarchie absolue, comme dernier reste de la participation des citoyens à l'exercice du pouvoir ; mais une telle dérogation au principe de la séparation des fonctions ne saurait se justifier sous un gouvernement représentatif », A.-E. CHERBULIEZ, *Théorie des garanties constitutionnelles*, Tome II, Paris-Genève, Cherbuliez, 1838, p. 64-65.

⁵⁴⁴ Même si l'on observe parfois chez certains auteurs une référence à la démocratie, considérant par exemple que la séparation des pouvoirs était l'un des « gardes du corps de la Souveraineté du Peuple » [Auteur anonyme], *La Souveraineté du peuple, le Mandat impératif et la Constitution*, Marseille, T. Samat, 1886, p. 14.

juridictionnel des lois avec la théorie de la représentation⁵⁴⁵. C'est d'ailleurs ce que confirmeront les écrits du XIX^e siècle : là où le pouvoir judiciaire est récusé, c'est l'éloge du gouvernement représentatif, sous la Restauration et la Monarchie de juillet, qui est parallèlement formulé⁵⁴⁶. Partant, le juge ne se voyait pas concurrencé par la démocratie dans la mesure où l'on ne parlait alors pas de démocratie représentative mais de gouvernement représentatif. Or, aux origines du constitutionnalisme, cela ne signifiait pas la même chose⁵⁴⁷. Il faudra donc attendre l'avènement de la III^e République pour que la pertinence d'un contrôle juridictionnel des lois soit discutée par la doctrine, révélant de fortes oppositions entre les partisans et les adversaires de ce mécanisme.

⁵⁴⁵ Du reste, durant la première moitié du XIX^e siècle, les débats relatifs à la place du juge portaient surtout sur le Conseil d'État.

⁵⁴⁶ Sur les représentations du gouvernement représentatif par les publicistes de cette période, v. A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2002, p. 125 *sqq.*

⁵⁴⁷ B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, coll. « Champs Essais », 2012.

SECTION 2

LES ANTAGONISMES DOCTRINAUX SOUS LA III^e RÉPUBLIQUE

110. La III^e République ne fera pas immédiatement naître le débat relatif au contrôle juridictionnel des lois. C'est en effet à partir de la naissance du droit constitutionnel comme *discipline* que la doctrine va contribuer à son façonnement par les représentations qu'elle véhicule. Il faudra ainsi de toute évidence attendre que se propagent les ouvrages de droit constitutionnel pour que les débats s'accroissent ; propagation permise, d'abord, par la publication du décret du 20 juillet 1882 rendant l'épreuve de droit constitutionnel obligatoire en doctorat⁵⁴⁸, puis, par le décret du 24 juillet 1889 portant réforme de la licence en droit, qui instaurera l'enseignement du droit constitutionnel dès la première année de licence⁵⁴⁹. Depuis lors, la question de la garantie juridictionnelle de la constitution ne va en effet plus se cantonner au cercle restreint des débats parlementaires, mais intégrer l'effort doctrinal de conceptualisation de la discipline, et ainsi rendre possible l'émergence du phénomène doctrinal de juridictionnalisation.

111. Sous la III^e République, le juge s'attire en effet les faveurs d'une partie de la doctrine. Dans l'objectif de limiter le Parlement, l'exception d'inconstitutionnalité est ainsi présentée, dès la fin du XIX^e siècle, comme le moyen le plus adéquat de remédier aux dérives du parlementarisme (§ 1). Cette position n'est toutefois pas unanime. Selon une vision légicentriste qui expliquera, en 1958, les réticences à instaurer un véritable contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, une partie de la doctrine considère qu'une telle institution présente le danger de conférer au juge le pouvoir d'exercer son empire sur les choix politiques des représentants (§ 2).

§1 – La critique du régime parlementaire par la promotion de l'exception d'inconstitutionnalité

112. À la fin du XIX^e siècle, l'obstacle à la reconnaissance d'un contrôle juridictionnel des lois tiendra à la mission sous-jacente assignée aux professeurs de droit constitutionnel, qui

⁵⁴⁸ A. SAINT-GIRONS, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose et Forcel, 2^e éd., 1885, « Préface », p. I ; G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Académique », 2011, p. 83.

⁵⁴⁹ G. SACRISTE, « La doctrine constitutionnelle et la loi au tournant du XX^e siècle », *Parlement[s]. Revue d'histoire politique*, 2009, n° 11, p. 46.

est la légitimation de l'État républicain et des institutions de la III^e République. L'analyse minutieuse de Guillaume Sacriste témoigne en effet de l'attitude de dévotion des « légistes parisiens » à l'égard de la République nouvelle – qui pose du reste la question épistocratique de la manipulation des experts par le pouvoir politique⁵⁵⁰. Ce « vivier parisien de professeurs de droit public dévoués aux institutions républicaines »⁵⁵¹ s'attachera à « légitimer un *système institutionnel* dont le Parlement démocratiquement élu, en accord avec la *doxa* républicaine, serait la pièce essentielle »⁵⁵². En ce sens, ils s'emploient, comme le montre l'auteur, à affirmer la souveraineté de la loi et, de manière corrélative, la primauté du Parlement⁵⁵³. La promotion de la souveraineté de la loi ne pouvait dès lors qu'exclure la possibilité pour le juge de remettre en cause la constitutionnalité des lois. C'est la raison pour laquelle « le “pape” de cette discipline naissante »⁵⁵⁴ et « chef de file des tenants de l'orthodoxie parlementaire »⁵⁵⁵, Adhémar Esmein, s'opposera à un tel mécanisme, notamment en ce qu'il porterait atteinte au principe de séparation des pouvoirs⁵⁵⁶. Pour lui, l'admission d'un tel contrôle aurait pour inconvénient de placer le pouvoir judiciaire à un rang institutionnel supérieur au pouvoir législatif. Pendant plusieurs années, la position d'Esmein s'avèrera assourdissante. Jusqu'au début du XX^e siècle,

⁵⁵⁰ V. sur ce sujet les actes du colloque *Demain l'épistocratie ?* organisé par le CERCOP de l'Université de Montpellier les 7 et 8 décembre 2017.

⁵⁵¹ G. SACRISTE, *La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, op. cit., p. 166.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 295.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 295-314.

⁵⁵⁴ J. BOUDON, « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution » in S. PINON, P-H. PRÉLOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien-Lextenso éditions, coll. « Grands colloques », 2009, p. 88.

⁵⁵⁵ M. WALINE, « Le mouvement des idées constitutionnelles dans les facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XX^e siècle » in *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Éditions Cujas, 1977, p. 260.

⁵⁵⁶ « Le pouvoir judiciaire, étant distinct du pouvoir législatif, ne saurait casser ou empêcher les actes de celui-ci, c'est-à-dire les lois. Mais ne faut-il pas aller plus loin et dire que le pouvoir judiciaire ne peut pas apprécier non plus la validité, c'est-à-dire la constitutionnalité des lois ? Cette dernière conséquence est repoussée, comme nous le verrons, par la jurisprudence américaine, et même, on peut le dire, par la doctrine des Anglo-Saxons, partout où il existe chez eux des constitutions limitant les attributions du pouvoir législatif. Elle est au contraire pleinement admise en France, et dans les divers pays d'Europe autres que l'Angleterre. Pour ce qui concerne notre pays, les principes, posés par les Assemblées de la Révolution et qui ont fixé notre droit public, ne sauraient laisser aucun doute », A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1914, 6^e éd., rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », 2001, p. 536-537. V. là-dessus, A. CHOPPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Paris, Mare et Martin, coll. « Bibliothèque des Thèses. Droit public », 2014, p. 686-695.

la prédominance de sa pensée laissera en effet penser à l'absence de dissonances doctrinales sur le contrôle juridictionnel des lois⁵⁵⁷.

113. Si, à la fin du XIX^e siècle, ce mécanisme est parfois passé sous silence⁵⁵⁸, des discordances se font toutefois déjà entendre. Le contrôle juridictionnel des lois devient en effet progressivement une exigence à promouvoir, et Esmein se voit dès lors très vite isolé au sein de la doctrine⁵⁵⁹. Parmi les auteurs déterminés à prendre leurs distances avec le courant dominant des débuts de la III^e République consistant à vanter les mérites du Parlement souverain, l'on peut recenser Felix Moreau et Antoine Saint-Girons⁵⁶⁰. Moreau plaidera en effet pour que les tribunaux soient en mesure de ne pas appliquer une loi contraire à la Constitution, d'abord en ce qu'une telle loi est *de facto* frappée de nullité⁵⁶¹, ensuite parce que cela « aurait l'avantage de mettre un frein à l'omnipotence législative »⁵⁶². Il en est de même de Saint-Girons, qui, très tôt, réfutera l'idée communément admise depuis la Révolution selon laquelle la loi est l'expression de la volonté générale. Faisant appel à des présupposés de droit naturel, il considère que « la loi vient d'une sphère plus haute que la volonté humaine ». Elle « a pour règle et pour limite les grands sentiments de justice que Dieu a gravés dans notre conscience », et elle « n'est légitime que si elle est l'expression de la justice laborieusement trouvée par la raison humaine »⁵⁶³. De tels présupposés ont nécessairement pour conséquence de se soustraire à

⁵⁵⁷ Guillaume Sacriste relève ainsi que « jusqu'en 1900, du fait des nombreux relais dont ils disposaient, les légistes de l'État républicain dominaient en grande partie la doctrine constitutionnelle », G. SACRISTE, « La doctrine constitutionnelle et la loi au tournant du XX^e siècle », art. cité, p. 47.

⁵⁵⁸ Ainsi Théophile Aumaître ne consacre pas plus de quelques lignes à la question de la sanction de la Constitution. Il affirme laconiquement que la garantie de la Constitution tient à sa « *force morale* », même s'il reconnaît que la possibilité pour le pouvoir exécutif ou judiciaire de refuser l'application de lois contraires à la Constitution – au « pacte national » – serait une sanction plus immédiate, T. AUMAÎTRE, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, F. Pichon, 1890, p. 23. Il n'en dit pas plus sur le pouvoir judiciaire, qu'il considère comme ne faisant « point partie du droit constitutionnel », *ibid.*, p. 64.

⁵⁵⁹ Henry Berthélemy le disait en 1926 : « des grands professeurs de Droit constitutionnel, mon cher maître Esmein paraît être le dernier qui ait persévéré dans l'erreur que je combats », H. BERTHÉLEMY, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1926, 2^e semestre, p. 58.

⁵⁶⁰ Il ne nous semble donc pas que l'on puisse considérer l'article de Gaston Jèze publié en 1895 (G. JÈZE, « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », *Revue générale d'administration*, 1895, t. II, p. 401) comme la véritable date de naissance des réflexions sur le contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^e République. V. *Contra*, J.-P. MACHELON, « Parlementarisme absolu, État de droit relatif. À propos du contrôle de la constitutionnalité des lois en France sous la Troisième République (positions et controverses) », *La Revue administrative*, 1995, p. 629 ; R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Paris, LGDJ, « Collection des Thèses », 2009, p. 46.

⁵⁶¹ « En refusant l'application d'un texte contraire à la Constitution, les juges ne violent aucune loi ; une loi inconstitutionnelle n'est pas une loi », F. MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose et Forcel, 1892, p. 412.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 413. Il réaffirme ce point de vue dans la 9^e édition complètement revue de son *Précis*, dans un livre consacré aux libertés publiques, F. MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1921, 9^e éd., p. 461-462.

⁵⁶³ A. SAINT-GIRONS, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 13.

l'identification de la loi à la volonté générale telle qu'exprimée par le Parlement et, partant, à lever l'obstacle dressé contre le contrôle juridictionnel des lois. L'auteur n'aura par conséquent pas de scrupule à déplorer l'absence de toute « garantie judiciaire contre les excès de l'omnipotence parlementaire » et à considérer que le système français présente « une lacune » par rapport au système américain⁵⁶⁴. La défense du contrôle juridictionnel des lois s'articulera autour de la remise en cause du régime parlementaire (A) et la promotion du système américain (B).

A. La remise en cause du régime parlementaire

114. L'intérêt porté par la doctrine au contrôle juridictionnel des lois tient en effet dans un premier temps à la remise en cause de l'identification de la loi à la volonté générale et son corollaire inexorable : la souveraineté parlementaire, ou, selon Carré de Malberg, le « parlementarisme absolu »⁵⁶⁵. La doctrine de Bodin selon laquelle le pouvoir de faire la loi est la première marque de souveraineté est encore fortement ancrée au XIX^e siècle. Ainsi, selon Jean-Pierre Pagès, « les lois sont [...] l'expression de la volonté souveraine », à tel point que « la loi est le souverain même »⁵⁶⁶. Par l'entremise combinée de l'influence de Rousseau et de la tradition révolutionnaire, cette exaltation bodinienne de la loi comme expression même de la souveraineté a trouvé un ancrage constitutionnel des plus puissants dans l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale, c'est-à-dire l'expression de la volonté de la nation souveraine par l'entremise de ses représentants. Le juge peut dès lors d'autant moins manquer d'appliquer fidèlement la loi, quand bien même les doutes sur sa constitutionnalité seraient fondés⁵⁶⁷, qu'elle est, depuis la Révolution, réputée exprimer la volonté générale. Au reste, il est d'autant plus malaisé de prétendre concurrencer la volonté du souverain lorsque celui-ci est la nation représentée, et non plus le Roi. Même fictive, même n'existant que par ses représentants, la nation est au fond un souverain bien plus incontestable que le monarque, qui n'est qu'un homme seul et dont la légitimité peut facilement être contestée. La nation est en

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 579.

⁵⁶⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931, rééd. Paris, Economica, coll. « Classiques », 1984, p. 196.

⁵⁶⁶ J.-P. PAGÈS, *Principes généraux du droit politique dans leur rapport avec l'esprit de l'Europe, et avec la monarchie constitutionnelle*, Paris, Bechet, 1817, p. 180-181.

⁵⁶⁷ Ainsi de Charles-Guillaume Hello, conseiller à la Cour de cassation, pour qui « la loi, bonne ou mauvaise, est toujours loi ; elle se présente [aux tribunaux] comme l'expression de la souveraineté, et ils lui doivent obéissance », C.-G. HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, Tome II, Paris, Auguste Durand, 1848, p. 35.

effet la légitimité même : elle désigne à la fois toute la communauté nationale et le bien de toute la communauté nationale.

115. Cette vision sera perpétuée par Esmein pour qui la loi est à la source de la liberté et qui n'envisage ainsi la protection de la Constitution qu'en tant qu'elle protège la loi : « il ne peut y avoir de suprématie de la Constitution qu'en tant qu'elle organise la suprématie de la loi »⁵⁶⁸. Mais cette idée révolutionnaire selon laquelle la loi exprime la volonté générale se fissurera lorsque son application pleine et entière conduira logiquement à une confusion des pouvoirs au profit du Parlement. Le régime sera ainsi critiqué en ce qu'il conduit à une « omnipotence parlementaire »⁵⁶⁹, et c'est tout au long de la III^e République que la doctrine enregistrera cette crise du parlementarisme⁵⁷⁰. Les auteurs n'auront pas de mots assez durs pour qualifier le régime en place, qui contrevient au fondement de la souveraineté, selon lequel n'est « incontrôlable » que son titulaire. Au contraire, « toute souveraineté déléguée est contrôlable »⁵⁷¹. L'ouvrage de Felix Moreau, *Pour un régime parlementaire* (1903), sera en ce sens significatif, dans la mesure où l'auteur formule un plaidoyer résolu pour le régime parlementaire mais dénonce concomitamment la forme que ce régime a prise sous la III^e République : un régime au sein duquel les chambres sont « armées et irresponsables »⁵⁷² et où « le député exerce ses attributions avec une liberté qui atteint aujourd'hui l'extrême limite de la moralité »⁵⁷³. De ces condamnations, il découle que plaider pour l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité reviendra toujours, en dernière analyse, à remettre en cause la toute-puissance de l'organe législatif⁵⁷⁴. Il est d'ailleurs remarquable que le plus grand défenseur de la justice constitutionnelle, Hans Kelsen, fasse précisément fi de la fiction de la volonté

⁵⁶⁸ P.-H. PRÉLOT, « Esmein ou le droit constitutionnel comme droit de la liberté » in S. PINON, P.-H. PRÉLOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, op. cit., p. 116.

⁵⁶⁹ Sur « la critique de l'omnipotence parlementaire », Marie-Joëlle Redor souligne que « la doctrine est ici unanime et désigne le parlement comme le principal responsable du mauvais fonctionnement du régime », M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1879-1914*, Paris/Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1992, p. 85.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 87-122 ; A. CHOPPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, op. cit., p. 328-329.

⁵⁷¹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2015, p. 266.

⁵⁷² F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, Paris, Albert Fontemoing, 1903, p. 277.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 276.

⁵⁷⁴ « C'est contre ce régime de domination législative absolue du Parlement – singulièrement choquant pour tous ceux qui ont le sentiment de l'«État de droit» et qui aspirent à en assurer la réalisation intégrale pour la sûreté du droit individuel – que sont dirigées aujourd'hui, en France et ailleurs, les tentatives faites pour limiter l'énormité de la puissance parlementaire par l'institution du contrôle des juges sur la constitutionnalité des lois », R. CARRÉ DE MALBERG, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927, Tome 32, p. 346.

générale⁵⁷⁵ et voie dans le parlementarisme la plus grande limite à « l'idée de liberté et par là même l'idée de démocratie »⁵⁷⁶.

116. Or, derrière cette remise en cause, c'est l'idée même de représentation qui est discutée. La promotion doctrinale du contrôle de constitutionnalité sous la III^e tient en effet moins à des arguments de type kelséniens, comme la garantie de la suprématie normative de la constitution, qu'à des arguments proprement politiques et constitutionnels tenant à la nature du régime parlementaire et, plus fondamentalement, à la souveraineté et à la représentation. Au fond, le même argument qui a conduit à évincer le contrôle de constitutionnalité des lois à la fin du XVIII^e et au début XIX^e est celui à travers lequel ce contrôle ressurgit au début du XX^e siècle. En ce sens, même Ferdinand Larnaude qui s'opposait fermement – à l'inverse de beaucoup de ses contemporains – à introduire en France un contrôle juridictionnel des lois, reconnaissait les défaillances du principe représentatif : « il est inexplicable [...] qu'il n'y ait pas dans l'organisation politique française une représentation autre que celle qui découle de l'élection, quelle que soit sa forme »⁵⁷⁷. Mais ce sont surtout les partisans d'un tel contrôle qui s'attaqueront à cet édifice constitutionnel. Aussi Jèze a-t-il pu, en 1927, remettre en cause, non sans virulence, l'identification entre le vote des électeurs et l'expression d'une « *volonté nationale* »⁵⁷⁸. Il affirmera à l'appui de sa contestation que « la loi n'est pas l'expression de la volonté nationale, attendu que cette volonté nationale est un mythe. C'est l'expression de la volonté des gouvernants ou plutôt de la majorité des députés et sénateurs qui ont voté la loi »⁵⁷⁹. De même, pour Duguit, « la loi est tout simplement l'expression de la volonté individuelle des hommes qui la font, chefs d'État, membres du parlement. En dehors de cela, tout ce que l'on

⁵⁷⁵ « La démocratie de l'État moderne est la démocratie indirecte, parlementaire, dans laquelle la volonté générale directrice n'est formée que par une majorité d'élus de la majorité des citoyens », H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Sirey, 2^e éd., 1932, trad. C. EISENMANN, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, p. 31.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁷⁷ F. LARNAUDE, « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », *Revue politique et parlementaire*, 1926, Tome 126, p. 198-199. Il ajoutait que les américains, qui n'opéraient pas de distinction entre le pouvoir exécutif et législatif comme en France, « n'ont pas été dupes de ce mirage qui faisait voir dans le Pouvoir législatif le pouvoir de la nation », *ibid.*, p. 180. Mais il explique que le refus français du contrôle de constitutionnalité, qu'il qualifie de « logique juridique », s'explique par « l'histoire et la politique », F. LARNAUDE, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1902, p. 209.

⁵⁷⁸ « Il faut avoir beaucoup d'imagination, il faut fermer les yeux et se boucher les oreilles pour parler de la volonté du peuple, librement et clairement exprimée par les suffrages », G. JÈZE, « Le dogme de la volonté nationale et la technique politique », *RDP*, 1927, p. 166. L'auteur formulait déjà cette opinion en 1926 : « la loi n'est pas l'expression de la volonté nationale ; en France, la loi est la manifestation de volonté des individus députés et sénateurs qui l'ont votée, c'est-à-dire de quelques centaines d'individus [...]. *Juridiquement*, la loi n'est que la manifestation de volonté d'un certain nombre d'individus », G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP*, 1924, p. 402-403.

⁵⁷⁹ G. JÈZE, « Le dogme de la volonté nationale et la technique politique », art. cité, p. 173.

peut dire n'est que fiction »⁵⁸⁰. Aussi l'auteur établissait-il la cause du refus d'octroyer aux juges la possibilité d'exercer ce contrôle dans le fait que la loi « est l'expression de la volonté souveraine de l'État »⁵⁸¹. Or c'est parce que cette conception était en voie de disparition que l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois par les tribunaux lui paraissait inéluctable. La critique du régime parlementaire aboutit donc en définitive infailliblement à une remise en cause du principe représentatif en tant qu'il a pour fondement intrinsèque une identification artificielle de la loi à la volonté générale⁵⁸² – qualifiée parfois de tyrannique⁵⁸³ –, justifiant l'absence de tout contrôle de cette dernière⁵⁸⁴.

117. À cet égard, Marie-Joëlle Redor a montré que la critique de la conception révolutionnaire de la loi et de la place prépondérante du Parlement dans les institutions de la III^e République s'accompagnait paradoxalement d'une défense de la conception libérale de l'État légal, c'est-à-dire d'une méfiance à l'égard des mécanismes démocratiques. La doctrine considérait en effet majoritairement que « l'extension du suffrage fausse la représentation »⁵⁸⁵. Partant, les techniques archétypiques d'une organisation démocratique, comme le mandat impératif ou le référendum, furent, jusqu'aux années trente⁵⁸⁶, condamnées⁵⁸⁷. La doctrine libérale exaltera la nécessité de protéger la liberté des individus au détriment de la souveraineté collective. Alors que se multiplient les études sur les libertés publiques, le juge apparaîtra

⁵⁸⁰ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, rééd. Paris, A. Colin, coll. « La mémoire du droit », 1999, p. 75.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 97.

⁵⁸² La remise en cause de « l'État légal », nous dit en ce sens Marie-Joëlle Redor, passe par la remise en cause de la loi : « la volonté générale est présentée comme une chimère qui se traduit nécessairement dans la pratique par la volonté d'une majorité éphémère et souvent tyrannique », M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1879-1914*, op. cit., p. 158.

⁵⁸³ Comme Achille Mestre : « il faut nous garder soigneusement, surtout dans la période où nous allons entrer, de la superstition législative, ou, si l'on veut, de la foi dans l'infailibilité du Parlement : il n'y a là qu'une des formes les plus sournoises, donc les plus dangereuses, de la tyrannie », A. MESTRE, « Les enquêtes du Temps. La commission d'enquête de la Chambre et le serment », *Le Temps*, 29 novembre 1925, p. 4.

⁵⁸⁴ On relèvera à cet égard l'anathème formulé par Carré de Malberg : « De même que Louis XIV avait fondé son absolutisme sur sa prétention d'incarner l'État en sa personne royale, de même l'Assemblée nationale de 1789, pour parvenir à son but qui était de commuer la souveraineté de la nation en souveraineté parlementaire, affirme que le collège des députés élus résume en lui l'intégralité du peuple, et elle va même jusqu'à présenter ce collège comme une formation par l'intermédiaire de laquelle tous les citoyens se trouvent mis en état de concourir à l'adoption des décisions souveraines. Cette fiction, qui a servi originellement de base au régime représentatif, est l'une de celles à propos desquelles on a parlé de mysticisme révolutionnaire : ne serait-il pas plus exact de parler ici de mystification ? Il faudrait être bien crédule pour se laisser persuader que les volontés énoncées par une oligarchie sont l'expression de la volonté générale de la communauté, alors surtout que les soi-disant représentés sont exclus de la possibilité d'opposer une volonté contraire à celle qui passe pour représenter la leur », R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit., p. 215-216.

⁵⁸⁵ M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1879-1914*, op. cit., p. 99.

⁵⁸⁶ S. PINON, *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003, p. 51-106.

⁵⁸⁷ M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1879-1914*, op. cit., 1992, p. 167-170.

comme leur meilleur protecteur⁵⁸⁸, en lieu et place du législateur. C'est ce qui marque le changement de paradigme de la doctrine, assurant la défense de « la souveraineté du droit », autrement dit l'État de droit⁵⁸⁹. En ce sens, Duguit souhaitait voir le Parlement limité par les déclarations de droit et les lois constitutionnelles. S'insurgeant contre les théories allemandes de l'autolimitation, il considérait qu'outre l'organisation du régime politique de l'État, cette limitation devrait passer par la soumission de tous les organes de l'État aux tribunaux chargés de sanctionner le non-respect de ce droit. Suivant le modèle américain, les juridictions ordinaires étaient présentées comme les mieux à même de vérifier que l'État législateur respecte ce droit supérieur⁵⁹⁰. Hauriou développait une théorie similaire. Se demandant « qui va modérer le pouvoir législatif ? », il plaidait pour l'introduction d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité diffus, qui serait seul à même de permettre à l'État d'être « entièrement sous le régime du Rechtsstaat »⁵⁹¹. Il déplorait ainsi qu'« aucune garantie des droits [ne fût] organisée contre les excès du pouvoir du Parlement »⁵⁹².

118. La théorie de l'État de droit fournira donc une forte justification au contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^e République. L'État, en tant que sujet et objet du droit, doit simultanément créer le droit et prévoir des mécanismes permettant son respect. Partant, l'État de droit est le fondement ultime de l'existence du juge constitutionnel, sa raison d'être, le ferment de son expansion. Cependant, si l'État de droit se définit comme la limitation du pouvoir de l'État par le droit, la promotion du contrôle de constitutionnalité des lois n'est destinée qu'à la limitation d'un pouvoir : le pouvoir législatif. Ainsi, à la question de savoir quel est le « moyen essentiel et le plus efficace » pour limiter le Parlement, Carré de Malberg répondait que c'était sa soumission au respect de la Constitution, par « l'ouverture d'une voie de recours contre les lois inconstitutionnelles »⁵⁹³. C'est la fameuse « rationalisation du parlementarisme », conceptualisée par Boris Mirkine-Guetzevitch⁵⁹⁴. Originellement, c'est donc la remise en cause de la souveraineté parlementaire qui a permis de trancher le nœud gordien de la justice constitutionnelle, conférant à cette dernière une légitimité fonctionnelle.

⁵⁸⁸ A. SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, op. cit., p. 545 : « la magistrature n'est pas un ennemi à affaiblir, mais l'ami le plus sûr des libertés publiques ».

⁵⁸⁹ M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1879-1914*, op. cit., p. 259-316.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 589 sqq.

⁵⁹¹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, rééd. Paris Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010, p. 75.

⁵⁹² M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 292.

⁵⁹³ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, op. cit., p. 134.

⁵⁹⁴ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel », *RDP*, 1928, p. 5.

B. La promotion du système américain de contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception

119. La défense du contrôle juridictionnel des lois s'explique également par la réception du droit américain dans la doctrine française, et singulièrement le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception permettant aux tribunaux ordinaires, au cours d'un procès, d'écarter l'application d'une loi jugée contraire à la Constitution. Certes, cette réception est antérieure à la III^e République, puisqu'elle fut rendue possible par les travaux de Tocqueville, avec *De la Démocratie en Amérique*⁵⁹⁵ – qui vantait les mérites du contrôle par voie d'exception, qui permettait selon lui d'échapper à une immixtion du pouvoir judiciaire dans le pouvoir législatif⁵⁹⁶ – puis par ceux de Laboulaye avec son *Histoire des États-Unis*⁵⁹⁷. Toutefois c'est sous la III^e République que se multiplient les plaidoyers doctrinaux pour la mise en place, en France, de l'exception d'inconstitutionnalité⁵⁹⁸. En 1803, le projet de résolution de modification de la Constitution et la proposition de loi de Charles Benoist tendant à instituer une Cour suprême statuant par voie d'exception sur la constitutionnalité des lois – proposition renouvelée en 1907 – a singulièrement fait resurgir la recherche d'un « quatrième pouvoir »⁵⁹⁹. Le député alors républicain s'insurgeait en effet contre le parlementarisme « illimité », cette « forme défectueuse ou abusive du parlementarisme » qu'il opposait au parlementarisme limité « à

⁵⁹⁵ « La connaissance du contrôle de constitutionnalité des lois aux États-Unis [...] progressa en France, notamment après la parution, en janvier 1835, de la première partie de “La Démocratie en Amérique” de Tocqueville », A. LECA, « Les grandes étapes du contrôle de constitutionnalité des lois dans la pensée politique européenne d'Aristote à Kelsen », art. cité, p. 972. Tocqueville opposait en effet déjà le contrôle par voie d'exception et le contrôle par voie d'action, A. LAQUIÈZE, « 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. 161.

⁵⁹⁶ « Lorsqu'un juge, à propos d'un procès, attaque une loi relative à ce procès, il étend le cercle de ses attributions, mais il n'en sort pas, puisqu'il a fallu, en quelque sorte, juger la loi pour arriver à juger le procès. Lorsqu'il prononce sur une loi, sans partir d'un procès, il sort complètement de sa sphère, et il pénètre dans celle du pouvoir législatif », A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, I, Paris, Gallimard, coll. « Folio histoire », 1986, Chapitre VI, p. 165.

⁵⁹⁷ E. LABOULAYE, *Histoire des États-Unis* (trois tomes), Paris, Charpentier et Cie, 4^e éd., 1870. Sur le traitement par ces deux auteurs du contrôle de constitutionnalité des lois aux États-Unis, v. R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, op. cit., p. 26-35.

⁵⁹⁸ V. notamment dès la fin du XIX^e siècle, A. SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, op. cit., p. 555 sqq. Maurice Hauriou considéra toutefois que la doctrine de la III^e République restait « mal renseigné[e] sur son mécanisme » et que « la première fois que le véritable mécanisme de l'institution américaine fut révélé en France, ce fut par une communication de M. Larnaude » (F. LARNAUDE, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1902, p. 175), « Les enquêtes du Temps. La commission d'enquête de la Chambre et le serment », *Le Temps*, 27 décembre 1925, p. 2.

⁵⁹⁹ M. VERPEAUX, « Le contrôle de la loi par la voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la III^e République », *RFDC*, n° 4, 1990, p. 688. Sur les propositions parlementaires tendant à instaurer un contrôle de constitutionnalité sous la III^e République, v. également, E. MAULIN, « Réforme de l'État et contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^e République. Charles Benoist et Jacques Bardoux » in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité. XVIII^e-XX^e siècle*, Paris, Panthéon-Assas, 2003, p. 55.

l'américaine »⁶⁰⁰. Or, comme aux États-Unis, cette limitation doit être juridique et consister dans la possibilité pour la Cour suprême de contrôler la conformité des actes législatifs à la Constitution. Hostiles à la création d'un organe spécial chargé de contrôler la constitutionnalité des lois, la grande majorité des auteurs se ralliera toutefois à la transposition en France de la solution américaine : c'est le cas notamment de Maurice Hauriou, Léon Duguit – qui, d'abord hostile à un tel contrôle, s'y montrera favorable dès la 2^e édition de son *Traité de droit constitutionnel*⁶⁰¹ – Felix Moreau, Henri Berthélemy, Roger Bonnard, Achille Mestre, Paul Duez.

120. La défense d'un contrôle diffus, qui ne conduit pas à abroger ni annuler une loi mais seulement à l'écarter au cours d'un procès – et donc « porte moins directement ombrage au législateur »⁶⁰² – permet de neutraliser la critique tenant à l'atteinte à la séparation des pouvoirs. Comme l'a notamment soutenu Léon Duguit, « le tribunal qui refuse d'appliquer une loi parce qu'il la juge inconstitutionnelle ne s'immisce point dans l'exercice du pouvoir législatif. Il ne suspend même pas l'application de la loi qui reste intacte avec toute sa force ; seulement il ne l'applique pas à l'espèce qui lui est soumise »⁶⁰³. Plus encore, un tel mécanisme permet de préserver ce principe, dans la mesure où « imposer au pouvoir judiciaire l'obligation d'appliquer même une loi inconstitutionnelle, c'est le déclarer inférieur au législatif, c'est le placer sous sa dépendance et violer le principe de la séparation »⁶⁰⁴. De son côté, Hauriou considère la restriction de la déclaration d'inconstitutionnalité au seul cas d'espèce comme une barrière contre l'immixtion des juges dans le pouvoir politique⁶⁰⁵.

⁶⁰⁰ « J'entends par là qu'il n'est maintenant en France pas d'heure et pas de matière où le législatif ne déborde, n'empiète, et n'usurpe ce que l'école appelle "les autres pouvoirs" », C. BENOIST, « Les deux parlementarismes. La Cour suprême des États-Unis », *Revue des deux mondes*, 1902, t. VII, p. 286.

⁶⁰¹ « Dans la première édition de cet ouvrage (t. I, p. 159), j'avais, après quelques hésitations, refusé aux tribunaux français le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois invoquées devant eux. J'étais dans l'erreur, et aujourd'hui j'accepte, sans hésiter, la solution que je viens d'exposer à la suite des éminents juristes que j'ai nommés », L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Tome II, Paris, E. de Boccard, 1923, 2^e éd., p. 673. Sur les transformations et contradictions de la pensée duguiste, v. E. PISIER, « Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes » in *Droit, institutions et systèmes politiques. Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1987, p. 189.

⁶⁰² P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question » in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 223.

⁶⁰³ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, *op. cit.*, p. 96.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 97. V. également, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 669. Dans le même sens, Jacques Leblanc considère que l'argument de la violation du principe de séparation des pouvoirs est à rejeter car, précisément, le contrôle de constitutionnalité des lois permet d'éviter la confusion des pouvoirs entre le législatif et le pouvoir constituant. Du reste, le juge ne peut pas annuler la loi ni la réformer mais seulement l'écarter du procès, J. LEBLANC, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier, en France, la constitutionnalité des lois*, Paris, PUF, 1924, p. 21-22.

⁶⁰⁵ Note M. HAURIOU sous CE, 1^{er} mars 1912, *Tichit, S.*, 1913, III, 137. Dans son *Précis de droit constitutionnel*, il établira ainsi une distinction entre le système américain et le système français en ce que ce dernier ne rend pas possible le « gouvernement des juges », les juges n'ayant sur le contrôle de constitutionnalité des lois que l'autorité

121. Gaston Jèze minimisait quant à lui la portée d'un tel mécanisme en faisant valoir une idée, déjà formulée aux États-Unis par le juge Marshall en 1803⁶⁰⁶, selon laquelle les lois inconstitutionnelles seraient de plein droit frappées de nullité : si une loi contraire à la Constitution est nulle, le juge qui l'écarte ne fait que constater son inexistence⁶⁰⁷. Toutefois, Jèze précise que déclarer « directement et d'une manière absolue » la nullité d'une loi reviendrait pour le juge à violer l'article 5 du Code civil⁶⁰⁸. Une telle conception fait écho à deux théories distinctes en droit civil, qu'elle assimile confusément. D'une part, à la théorie des nullités, selon laquelle le juge sanctionne l'invalidité – c'est-à-dire le non-respect des conditions de formation – du contrat par le prononcé de sa nullité, qui emporte sa disparition rétroactive. Mais également à la théorie de l'inexistence, qui n'a jamais véritablement eu elle-même d'existence juridique puisque le juge se refuse à l'appliquer, mais qui fut développée par la doctrine du XIX^e siècle. Selon cette théorie, la gravité de l'invalidité du contrat est telle qu'il sera purement et simplement considéré comme inexistant, et ce en l'absence de toute intervention préalable du juge. Or ici Gaston Jèze considère tout à la fois que la loi est entachée « d'une nullité radicale » – ce qui rappelle la distinction formulée en droit des obligations entre nullité absolue et nullité relative – tout en refusant que le juge puisse tirer les conséquences de cette nullité et annuler la loi. Le juge ne peut que constater son inexistence et ne pas l'appliquer, si bien que l'inexistence en question précéderait la saisine du juge. Pourtant, contrôler la constitutionnalité des lois, même extrinsèque, consiste bien à la sanctionner. Si bien que la défense du contrôle de la seule « constitutionnalité extrinsèque de la loi », formulée par Jèze dès 1895⁶⁰⁹, ne peut s'expliquer comme une simple constatation par le juge de l'inexistence de la loi⁶¹⁰. Du reste, le contrôle de la seule violation formelle de la Constitution fut critiqué par Carré de Malberg, qui jugea un tel mécanisme dénoué de toute pertinence dans la mesure où la

relative de la chose jugée et ne pouvant créer des « règles générales définitivement obligatoires », M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 281.

⁶⁰⁶ Le juge Marshall, dans son Opinion sur l'arrêt *Marbury v. Madison*, considère en effet qu'une loi inconstitutionnelle est frappée de nullité : « un acte législatif contraire à la constitution est nul », *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (24 février 1803), Opinion du Président Marshall in E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2010, p. 11.

⁶⁰⁷ Ainsi, pour Gaston Jèze, « la loi ordinaire vicieuse est frappée d'avance d'une nullité radicale ; elle est inexistante. Le juge, en le constatant, ne sort pas du cercle de ses attributions ; il ne viole pas le principe de séparation des pouvoirs [...] en déclarant une loi inconstitutionnelle il ne l'apprécie pas, il ne la déclare pas mauvaise, il déclare qu'elle n'a pas d'existence juridique », G. JÈZE, « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », *Revue générale d'administration*, 1895, t. II, p. 411. Felix Moreau formule la même conception : « En refusant l'application d'un texte contraire à la Constitution, les juges ne violent aucune loi ; une loi inconstitutionnelle n'est pas une loi », F. MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 412.

⁶⁰⁸ G. JÈZE, « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », art. cité, p. 411.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 411.

⁶¹⁰ En ce sens, v. P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », art. cité, p. 236-238.

promulgation des lois est déjà, pour l'auteur, un mécanisme qui suffit à attester de « la perfection formelle de la loi »⁶¹¹.

122. À partir de la première moitié du XX^e siècle, les débats s'avèreront donc pléthoriques. Au cours des 1920, la défense du contrôle de constitutionnalité diffus prendra davantage d'ampleur, notamment avec l'affaire Ratier, au cours de laquelle Anthony Ratier, vice-président du Sénat, avait remis en cause la constitutionnalité d'une loi ayant conféré aux commissions d'enquête parlementaires des compétences judiciaires⁶¹². Différentes interviews de Georges Suarez dans le journal *Le Temps* permettront de mesurer à quel point la doctrine, bien qu'avec certaines nuances, plaide majoritairement pour l'introduction d'un tel contrôle⁶¹³. Ainsi de Berthélemy, qui reconnaît néanmoins que la brièveté des lois constitutionnelles de 1875 rend le mécanisme assez vain, puisqu'elles ne contiennent « que des dispositions de procédure »⁶¹⁴. Hauriou répliquera alors que « la brièveté de nos textes constitutionnels n'a aucune importance, car nous possédons une ample collection de principes du droit public des Français » : c'est la « légitimité constitutionnelle »⁶¹⁵, c'est-à-dire les « principes dominant la constitution »⁶¹⁶. Ainsi également de Duguit, qui considère que les tribunaux *peuvent* contrôler la constitutionnalité des lois. Et de relever qu'au nom du même principe de séparation des pouvoirs, les États-Unis ont mis en place un tel contrôle quand la France l'a refusé. Or, « ce sont les Américains qui sont dans le vrai »⁶¹⁷. Edmond Rolland, favorable au contrôle, adopte toutefois une position mesurée. Il rappelle d'abord qu'avec un tel contrôle, la loi, qui n'est pas

⁶¹¹ R. CARRÉ DE MALBERG, « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », art. cité, p. 145.

⁶¹² M. MILET, « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier », *RFSP*, 1999, p. 783.

⁶¹³ Larnaude, toutefois, exprimera l'année suivante un point de vue en fort différent, et maintiendra son refus déjà exprimé en 1902, F. LARNAUDE, « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », art. cité, p. 181.

⁶¹⁴ H. BERTHÉLEMY, « Les enquêtes du Temps. La commission d'enquête de la Chambre et le serment », *Le Temps*, 15 novembre 1925, p. 4. Cet argument sera également invoqué par Ferdinand Larnaude, qui dénie la pertinence d'instaurer le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité en France dans la mesure où « cette constitution ne s'occupe que de l'organisation et des rapports des pouvoirs publics », F. LARNAUDE, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 219. Dans le même sens, Carré de Malberg considère que la Constitution de 1875, en tant que « simple statut d'organisation des pouvoirs », rend l'instauration d'un tel contrôle inutile, », R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, op. cit., p. 124.

⁶¹⁵ M. HAURIOU, « Les enquêtes du Temps. La commission d'enquête de la Chambre et le serment », *Le Temps*, 27 décembre 1925, p. 2.

⁶¹⁶ Cette idée est exprimée dans son *Précis de droit constitutionnel* : « Ce n'est pas au nom de la lettre de la constitution que les déclarations d'inconstitutionnalité sont prononcées ; pratiquement, c'est presque toujours au nom des principes dominant la constitution, et qui constituent une véritable légitimité constitutionnelle », M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 96. Dans le même sens, v. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Tome II, op. cit., p. 672-673.

⁶¹⁷ L. DUGUIT, « Les enquêtes du Temps. La commission d'enquête de la Chambre et le serment », *Le Temps*, 19 novembre 1925, p. 3.

abrogée mais simplement pas appliquée au cas d'espèce, « reste debout »⁶¹⁸. Mais il met en garde contre le danger, déjà relevé par Édouard Lambert, consistant pour les juges à se mêler de politique. Ces enquêtes se termineront par la publication d'une lettre vigoureuse de Maurice Hauriou, pour qui la souveraineté du Parlement est une « inconséquence ». Pour lui, « les juristes sont conquis à l'idée » ; idée qui « n'est pas une amulette pour juristes », mais « une arme sérieuse pour citoyens conscients des nécessités de la paix sociale »⁶¹⁹. En définitive, bien que « des auteurs considérables restent opposés à l'appréciation par le juge de la constitutionnalité des lois à propos d'une espèce déterminée »⁶²⁰, l'impossibilité pour les tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois est considérée comme une « vieille doctrine », une « thèse démodée »⁶²¹.

123. Hauriou ira toutefois plus loin, en considérant que les juges ont déjà été amenés à interpréter des principes constitutionnels, voire à contrôler la constitutionnalité des lois⁶²² : il considère que ce fut le cas pour la Cour de cassation avec les arrêts *de Lesseps*⁶²³ et *Gautier*⁶²⁴, pour le Tribunal des conflits avec l'arrêt *Pelletier*⁶²⁵ ainsi que pour le Conseil d'État avec les arrêts *Winkell*⁶²⁶, *Tichit*⁶²⁷ et *Heyriès*⁶²⁸. Dans le même sens, Jacques Leblanc tentera, dans sa thèse, de démontrer que les juges, singulièrement la Cour de cassation opèrent bien un tel contrôle⁶²⁹. Or, puisque la Cour de cassation s'y voit autorisée, on peut « sans danger reconnaître aux tribunaux le pouvoir, que se reconnaît la Cour de cassation, d'examiner la constitutionnalité des lois »⁶³⁰. Une telle analyse sera toutefois réfutée par la majorité de la doctrine, la chose étant

⁶¹⁸ E. ROLLAND, « Les enquêtes du Temps. La commission d'enquête de la Chambre et le serment », *Le Temps*, 15 décembre 1925, p. 4. Ce qui demeure contestable lorsque la juridiction suprême prononce une telle déclaration d'inconstitutionnalité. Hauriou le relevait bien : lorsque la Cour suprême des États-Unis déclare la loi inconstitutionnelle, « cette affirmation lie, non seulement les juridictions subordonnées, mais la Cour elle-même pour l'avenir », M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 275.

⁶¹⁹ M. HAURIOU, « Les enquêtes du Temps. La commission d'enquête de la Chambre et le serment », art. cité, p. 2.

⁶²⁰ ROLLAND, « Les enquêtes du Temps. La commission d'enquête de la Chambre et le serment », *Le Temps*, 15 décembre 1925, p. 4.

⁶²¹ A. MESTRE, « Les enquêtes du Temps. La commission d'enquête de la Chambre et le serment », *Le Temps*, 29 novembre 1925, p. 4.

⁶²² M. HAURIOU, « Les enquêtes du Temps. La commission d'enquête de la Chambre et le serment », art. cité, p. 2 ; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 283-287.

⁶²³ Cass. crim., 24 février 1893, *de Lesseps*.

⁶²⁴ Cass. crim., 15 mars 1851, *Gautier*.

⁶²⁵ TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, *Rec.*, p. 117.

⁶²⁶ CE, 7 août 1909, *Winkell*, *Rec.*, p. 826 et p. 1296 ; S., 1909, III, 145, note M. HAURIOU ; *RDP*, 1909, p. 494, note G. JÈZE. La même position sera adoptée par Duguit s'agissant de l'arrêt *Winkell*, L. DUGUIT, « Les enquêtes du Temps. La commission d'enquête de la Chambre et le serment », *Le Temps*, 19 novembre 1925, p. 3.

⁶²⁷ CE, 1^{er} mars 1912, *Tichit*, S., 1913, III, 137, note M. HAURIOU.

⁶²⁸ CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, *Rec.*, p. 651 ; S., 1922, III, 49, note M. HAURIOU.

⁶²⁹ Sur les prises de position consistant à considérer qu'un contrôle de constitutionnalité des lois est déjà exercé par les juges ordinaires, v. J. LEBLANC, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier, en France, la constitutionnalité des lois*, Paris, PUF, 1924, p. 70-115.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 115.

claire pour la Cour de cassation⁶³¹ – l’arrêt *Paulin* ayant mis fin au débat⁶³² – mais également pour tous les autres juges : si la « constitutionnalité extrinsèque », c’est-à-dire la violation formelle de la Constitution, peut être vérifiée, il n’en est rien de la « constitutionnalité intrinsèque »⁶³³, autrement dit du contrôle d’éventuelles violations constitutionnelles matérielles.

124. En dépit du fait qu’« une vague d’antiparlementarisme a déferlé sur la France d’après-guerre »⁶³⁴, les années vingt révèlent l’opposition de la doctrine à la mise en place d’un contrôle de constitutionnalité confié à un organe spécial⁶³⁵. L’expérience des Sénats impériaux⁶³⁶, notamment du premier Sénat conservateur « qui n’a jamais rien conservé »⁶³⁷, ne sera évidemment pas sans expliquer ce refus⁶³⁸. L’article de Kelsen sur « la garantie juridictionnelle de la Constitution » publié à la *Revue du droit public* en 1928⁶³⁹ et la publication la même année de la thèse de Charles Eisenmann portant sur *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*⁶⁴⁰ – thèse qui ne connut manifestement « aucun

⁶³¹ E. FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs d’après l’histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, A. Marecq, 1880, p. 453-454.

⁶³² Cass. crim., 11 mai 1833, *Paulin*, D. 1833, I, 127. V. notamment, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l’État*, Tome II, *op. cit.*, p. 670 ; G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP*, 1924, p. 411.

⁶³³ P. LAROQUE, « Les juges français et le contrôle de la loi », *RDP*, 1926, p. 722. L’auteur réfutera les thèses du doyen de Toulouse en retraçant l’histoire de ce refus depuis la Révolution : ni le Conseil d’État, ni la Cour de cassation, ni le Tribunal des conflits n’ont accepté d’exercer un « contrôle intrinsèque » de la loi. Ce refus s’explique selon lui « par le fétichisme de la loi écrite et par une conception de la séparation des pouvoirs tout entière dirigée contre le juge ». Dans le même sens, Gaston Jèze critiquera la thèse de Maurice Hauriou en ce qu’elle opère une confusion entre l’interprétation de la loi et le refus d’appliquer la loi et affirmera que son argumentation est « une œuvre de pure imagination », G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP*, 1924, p. 408-411.

⁶³⁴ P. DUEZ, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question » in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 215.

⁶³⁵ Ainsi notamment de Maurice Hauriou, qui considère que « ce procédé n’est pas recommandable », M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 270. Ainsi également de Léon Duguit, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l’État*, Tome II, *op. cit.*, p. 664-667. Gaston Jèze affirmera ainsi dans les années vingt que, « d’une manière générale, en France, les constitutionnalistes sont opposés à la création d’une cour de justice spéciale chargée de contrôler la constitutionnalité des lois », G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP*, 1924, p. 406.

⁶³⁶ V. *infra*, § 275-282.

⁶³⁷ F. LARNAUDE, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 216.

⁶³⁸ A. ASHWORTH, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire », *RDP*, 1994, p. 46. Renaud Baumert relève ainsi qu’à la suite de l’expérience du Sénat du Second Empire, « le mécanisme du contrôle centralisé et *a priori* de la loi est jugée à la fois inefficace et attentatoire au pouvoir législatif. Cette technique est associée à des visées antiparlementaires et antidémocratiques car on considère qu’elle mène nécessaire à la politisation du droit de contrôle. De manière significative, les propositions visant à rétablir un contrôle centralisé seront essentiellement l’œuvre d’auteurs et de députés soucieux de rétablir l’autorité gouvernementale et de limiter la puissance parlementaire », R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l’entre-deux-guerres*, *op. cit.*, p. 37.

⁶³⁹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197.

⁶⁴⁰ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*, 1928, rééd. Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1986.

retentissement à l'époque »⁶⁴¹ –, seront sans effet sur cette opposition. La retranscription par l'*Annuaire de l'Institut international de droit public* des débats faisant suite au rapport de Kelsen sur la question de savoir s'il faut confier la garde de la Constitution à un organe spécial ou à tous les juges sera sans appel : Berthélémy⁶⁴² et Duguit⁶⁴³ maintiendront en effet leur position⁶⁴⁴. Kelsen formulera toutefois une « objection capitale », selon laquelle l'exception d'inconstitutionnalité favorise des prises de position contraires et changeantes, ce qui a pour conséquence de favoriser « l'incertitude et l'insécurité du Droit »⁶⁴⁵ ; critique qu'il reformulera par la suite⁶⁴⁶.

125. Cet aperçu des discours de la doctrine sur le contrôle juridictionnel des lois sous la III^e République serait toutefois lacunaire s'il ne tenait aucun compte des critiques également formulées.

§2 – La condamnation du contrôle juridictionnel des choix politiques

126. Certains auteurs demeureront inlassablement opposés à l'exception d'inconstitutionnalité⁶⁴⁷. C'est notamment le cas de Carré de Malberg et de Larnaude. Pour Carré de Malberg, l'article 8 alinéa 1^{er} de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, selon lequel la révision constitutionnelle relève de la compétence du Parlement, interdit aux juges de

⁶⁴¹ S. PINON, *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, op. cit., p. 204.

⁶⁴² Il faut confier ce contrôle à tous les tribunaux, car « l'institution d'un tribunal spécial n'a jamais été et ne sera jamais en France qu'un leurre ». Berthélémy concède toutefois qu'un tel système puisse être utile, à la condition toutefois qu'il soit combiné avec celui de l'exception d'inconstitutionnalité, H. BERTHÉLEMY, « Discussion du rapport de M. Kelsen sur "La garantie juridictionnelle de la Constitution" (La justice constitutionnelle) », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 196-197.

⁶⁴³ Le doyen de Bordeaux plaide pour l'exception d'inconstitutionnalité car l'instauration d'une juridiction spéciale « sera inopérante ou très dangereuse parce qu'elle se transformera en une troisième – ou première – assemblée politique », L. DUGUIT, « Discussion du rapport de M. Kelsen sur "La garantie juridictionnelle de la Constitution" (La justice constitutionnelle) », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 197-198. Kelsen répondra que ce danger des jugements politiques existe également pour les tribunaux ordinaires, ce que démontrent les arrêts de la Cour suprême des États-Unis, H. KELSEN, « Discussion du rapport de M. Kelsen sur "La garantie juridictionnelle de la Constitution" (La justice constitutionnelle) », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 198.

⁶⁴⁴ Jèze, sans prendre véritablement position, suggèrera de confier ce contrôle aux assemblées législatives elles-mêmes plutôt qu'aux juges, « car il est dangereux de leur confier la mission de dire le droit en matière politique », G. JÈZE, « Discussion du rapport de M. Kelsen sur "La garantie juridictionnelle de la Constitution" (La justice constitutionnelle) », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 201.

⁶⁴⁵ H. KELSEN, « Discussion du rapport de M. Kelsen sur "La garantie juridictionnelle de la Constitution" (La justice constitutionnelle) », art. cité, p. 199.

⁶⁴⁶ H. KELSEN, « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine », *RFDC*, n° 1, 1990, trad. L. Favoreu, p. 17.

⁶⁴⁷ D'autres, comme Henri Nézard, se contenteront de constater que ce contrôle n'existe pas, H. NÉZARD, *Éléments de droit public*, Paris, Rousseau, 1911, p. 101-102.

contrôler la constitutionnalité des lois⁶⁴⁸. En effet, il considère que cet article réserve au Parlement la compétence exclusive pour interpréter la Constitution : lorsqu'il adopte une loi en forme législative plutôt que constitutionnelle, il la juge par là même conforme à la Constitution⁶⁴⁹. Ainsi, « le Parlement est, en réalité, maître des lois constitutionnelles aussi bien que des lois ordinaires »⁶⁵⁰. La puissance parlementaire peut faire l'objet de critiques, mais elle est bien réelle sous la III^e République⁶⁵¹. Dès lors, pour que les juges disposent d'une telle compétence, il faudrait, nous dit l'auteur, réviser cet article 8. Plus fondamentalement, Carré de Malberg invoque « la logique même [des] institutions » pour affirmer que la démarche des auteurs qui défendent ce mécanisme sous la III^e République est empreinte d'illogisme : si la Constitution se confond avec la puissance parlementaire, l'on ne peut les opposer l'un l'autre dans le cadre du conflit entre la Constitution et la loi que le contrôle de constitutionnalité impose⁶⁵². Finalement, l'auteur prend acte du refus révolutionnaire – la Révolution ayant « traité en marâtre l'autorité judiciaire »⁶⁵³ – et se borne, en apparence, à constater l'incompétence des tribunaux à exercer un tel contrôle⁶⁵⁴. Larnaude, de son côté, après avoir substantiellement analysé le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité aux États-Unis, s'opposera à son

⁶⁴⁸ R. CARRÉ DE MALBERG, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », art. cité, p. 339. Cet article fera l'objet d'une critique de Berthélemy, qui réitère son point de vue selon lequel les tribunaux disposent d'une telle compétence, H. BERTHÉLEMY, « Les lois inconstitutionnelles devant le juge », *Revue politique et parlementaire*, t. 133, 1927, p. 183.

⁶⁴⁹ Eric Maulin formulera un tempérament à cette théorie en indiquant qu'il ne s'agit que d'une « affirmation apodictique de la constitutionnalité d'une loi » dans la mesure où le Parlement ne contrôle pas à proprement parler une loi promulguée, ou même votée, mais un « projet de loi ». Or une telle interprétation « de la constitutionnalité de la loi est non seulement implicite mais *prédictive, prédicative* et *prescriptive* », E. MAULIN, « Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 90.

⁶⁵⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », art. cité, p. 348.

⁶⁵¹ « À l'heure présente, la puissance du Parlement français s'étend sur la Constitution comme sur les lois ordinaires : lois courante et lois constitutionnelles dépendent, en somme, de la maîtrise d'une seule et même volonté, la volonté parlementaire. De toutes les causes de l'hégémonie actuelle de notre Parlement, il n'en est pas de plus puissante », R. CARRÉ DE MALBERG, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », art. cité, p. 348-349. Pour l'exposé de cette thèse et les critiques formulées à son encontre, v. E. MAULIN, « Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg », art. cité, p. 83-87.

⁶⁵² « On ne voit pas, en effet, comment les tribunaux français pourraient défendre la Constitution contre la volonté parlementaire, alors que cette volonté est elle-même maîtresse des lois constitutionnelles », R. CARRÉ DE MALBERG, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », art. cité, p. 350. V. également sur le refus de Carré de Malberg d'instaurer un tel contrôle sur le fondement de la tradition d'identification de la loi à la volonté générale, R. CARRÉ DE MALBERG, « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », art. cité, p. 144.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 146.

⁶⁵⁴ Eric Maulin a toutefois bien démontré l'aporie de l'argument de Carré de Malberg qui, tout en adoptant une méthode positiviste – tendant à exclure la démarche prescriptive au profit d'une démarche descriptive attachée à n'étudier le droit en vigueur qu'à travers règles et principes contenus expressément dans les textes juridiques – se réfère pourtant au principe de la « loi expression de la volonté générale » qui, lui, est « méta-juridique », pour justifier son opposition à l'introduction d'un contrôle juridictionnel des lois sous la III^e République, E. MAULIN, « Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg », art. cité, p. 94-105. C'est ce qui conduit l'auteur à considérer que « l'argumentation malbergienne ressemble davantage à un plaidoyer en faveur de ce principe qu'à une réfutation juridique de la possibilité d'introduire le contrôle au moyen d'une révision de la Constitution », *ibid.*, p. 81.

introduction en France et préconisera de laisser « au nouveau monde son système de gouvernement »⁶⁵⁵. Son refus est fondé, d'une part, sur l'histoire constitutionnelle française – et singulièrement celle de la séparation des pouvoirs, « tout entière dirigée contre le pouvoir judiciaire »⁶⁵⁶ – d'autre part, sur la dérive qui résulterait inéluctablement d'une telle prérogative : les juges seraient dotés d'un pouvoir politique⁶⁵⁷.

127. Cette dernière critique renvoie à l'accusation, aujourd'hui notoire, de « gouvernement des juges ». Cette expression d'origine américaine⁶⁵⁸, reprise en France par Édouard Lambert en 1921⁶⁵⁹, fut – et demeure depuis lors – au fondement des antagonismes⁶⁶⁰. Originellement, l'accusation de gouvernement des juges est adressée au système juridictionnel américain, et sera affermie par la lutte qui opposera la Cour suprême au président Roosevelt au sujet des lois du *New Deal* – série de réformes engagées dans les années trente. Employée de manière hautement péjorative, elle consiste à dénoncer le pouvoir qu'exerceraient les juges en contrôlant l'opportunité des choix politiques – singulièrement législatifs. L'équation consiste ainsi à considérer qu'un juge qui gouverne est un juge politique et qu'un juge politique est, par nature, illégitime. En démocratie, son illégitimité tient au fait qu'il ne peut obtenir l'adhésion du peuple, devant qui il n'est pas responsable. Certes, la dérive du régime de la III^e République est critiquable – et critiquée –, mais les députés n'en demeurent pas moins représentants de la Nation et sont donc, à ce titre, seuls disposés à opérer des choix politiques. Cette critique marque

⁶⁵⁵ F. LARNAUDE, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 229.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 217. Ce point de vue sera réaffirmé dans une étude de 1926 : « on ne trouvera peut-être pas excessif que je vienne soutenir encore que l'histoire de nos institutions (qui n'est dans aucun pays ce qu'elle a été en France), que l'esprit de notre droit public, qui est fonction de cette histoire, qui est conditionné par elle, que la nature de notre séparation des pouvoirs, que les textes les plus formels, et enfin qu'une jurisprudence sage et prudente empêchent de soulever le moindre doute sur l'inexistence, en France, de la règle de l'inconstitutionnalité », F. LARNAUDE, « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », art. cité, p. 184.

⁶⁵⁷ F. LARNAUDE, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 227.

⁶⁵⁸ Expression employée pour la première fois par le juge Walter Clark, S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING, « D'un non-sujet vers un concept scientifique ? » in *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « Série Science politique », 2001, p. 13.

⁶⁵⁹ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Giard, 1921, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005. V. également, M. TROPER, O. PFERSMANN, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, op. cit., p. 21.

⁶⁶⁰ Ce sera par la suite l'obstacle principal à la création, en 1958, du Conseil constitutionnel. Le Procès-Verbal de la commission du suffrage universel de l'Assemblée nationale du 1^{er} juin 1958 révèle ainsi l'objection formulée par Pierre-Henri Teitgen à une telle création : « on nous propose de hausser l'autorité judiciaire au rang de pouvoir et parce qu'elle devient pouvoir on lui permet de contrôler la constitutionnalité des lois, c'est-à-dire de déclarer que telle loi votée par le Parlement est annulée parce qu'elle viole la Constitution. C'est le Gouvernement des juges », *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, Vol. 1, Paris, La Documentation Française, 1987, p. 148.

donc la naissance d'une argumentation, sans cesse développée depuis, qui est celle du caractère supposé anti-démocratique de la fonction du juge constitutionnel.

128. La critique fut naturellement transposée en France, dès lors que la prétention de transposer le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité se fit entendre. L'ouvrage d'Édouard Lambert ayant eu une forte résonance doctrinale, la doctrine, même favorable à l'instauration d'un contrôle juridictionnel des lois, ne demeurera pas indifférente à cette critique. Duguit s'appuie ainsi sur ce dernier pour constater que la Cour suprême des États-Unis « semble bien avoir été par la force des choses amenée à jouer un véritable rôle politique »⁶⁶¹. Mais il réfute toutefois l'emploi de l'expression « gouvernement des juges », les juges ne participant pas, selon lui, à l'action du gouvernement dans la mesure où ils ne font que trancher sur un cas particulier et n'exercent pas « un véritable contrôle sur le Congrès »⁶⁶². Puisqu'il souhaite la transposition de ce mécanisme en France, le danger supposé du gouvernement des juges est écarté. De son côté, Maurice Hauriou renverse l'argument de Lambert, qu'il utilise non pour dénoncer le mécanisme du contrôle juridictionnel des lois, mais pour démontrer la pertinence d'instaurer un tel contrôle en France. Pour lui, prendre connaissance du système américain tel qu'exposé par Lambert permet précisément de comprendre qu'il ne pourrait y avoir, en France, de gouvernement des juges⁶⁶³. La raison tient à ce que « le régime administratif français empêcherait le contrôle de constitutionnalité de dégénérer en un gouvernement des juges »⁶⁶⁴. En effet, le « juge français est enfermé à perpétuité dans le contentieux »⁶⁶⁵ : il ne statue qu'avec autorité relative de la chose jugée et son pouvoir jurisprudentiel n'est pas comparable à celui des juges américains.

129. Les thèses de Duguit et Hauriou ne feront pourtant qu'alimenter la méfiance à l'égard de ce mécanisme. En effet, pour Hauriou, les juges ne devraient pas se contenter de contrôler la conformité des lois à la « superlégalité constitutionnelle ». Il devrait également être possible de contrôler la loi constitutionnelle elle-même par rapport à la « légitimité constitutionnelle »⁶⁶⁶, c'est-à-dire « un ensemble de principes supérieurs qui sont de droit naturel »⁶⁶⁷ et qui s'imposent, par conséquent, à la Constitution. Dans le même sens, Duguit considère que l'exception d'inconstitutionnalité doit pouvoir ouvrir le contrôle des lois tant par

⁶⁶¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 677.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 678.

⁶⁶³ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 272. V. également, M. HAURIOU, « Les enquêtes du Temps. La commission d'enquête de la Chambre et le serment », art. cité, p. 2.

⁶⁶⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 279.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 280-281.

⁶⁶⁶ Légitimité constitutionnelle qui est, nous dit l'auteur, « au-dessus de la superlégalité elle-même parce qu'elle se compose de principes et que les principes sont toujours au-dessus des textes », *ibid.*, p. 269.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 276.

rapport aux lois constitutionnelles qu'aux déclarations des droits⁶⁶⁸, ces dernières étant anachroniquement considérées comme ayant toujours eu « pour but de limiter par le droit les pouvoirs de l'État législateur » – ce qui, s'agissant de la Déclaration de 1789, est historiquement douteux. Mais l'auteur ne se limite pas à la protection des lois constitutionnelles et déclarations des droits. Faisant une référence explicite à l'École historique allemande⁶⁶⁹, il reconnaît l'existence de principes non écrits qui se situeraient hiérarchiquement au-dessus de l'État et s'imposeraient à lui⁶⁷⁰. Or – et c'est là que se situe la difficulté – Duguit considère que les juges « doivent pouvoir aussi refuser d'appliquer une loi qui, sans contenir une violation d'une règle constitutionnelle écrite, est certainement en contradiction avec un principe du droit supérieur non écrit et que la conscience collective aperçoit fortement comme s'imposant à l'État »⁶⁷¹. Cette prise de position de l'auteur s'explique par ses présupposés théoriques : niant « énergiquement la souveraineté de l'État »⁶⁷², il s'attachait à distinguer formellement le droit et l'État, le premier existant « sans », « au-dessus » et « à côté » du second⁶⁷³. Si l'on perçoit aisément ce que le plaidoyer pour un contrôle des lois par rapport aux déclarations de droit pouvait alors avoir de problématique, l'on ne peut évidemment que mesurer les raisons pour lesquelles la protection de principes supraconstitutionnels non écrits tenait lieu de repoussoir : il ne s'agissait plus de limiter le seul pouvoir législatif – ce qui, déjà, posait problème – mais également le pouvoir constituant. C'est précisément ce qui conduit un auteur comme Gaston Jèze à préconiser le seul contrôle « extrinsèque » de la loi. Il jugera en effet dangereuse l'extension faite par les deux auteurs précédents du contrôle de la « constitutionnalité intrinsèque » des lois aux principes constitutionnels⁶⁷⁴, dans la mesure où elle conduirait

⁶⁶⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 555. « Par conséquent, ajoute l'auteur dans ses développements sur les déclarations de droits, la loi par excellence, celle qui est plus forte que toutes les autres, lois constitutionnelles ou lois ordinaires, qui ne sont qu'une émanation d'elle, qui ne valent quelque chose que dans la mesure où elles se conforment aux principes qu'elle édicte, c'est la loi contenant l'énumération des droits individuels, c'est la déclaration des droits », *ibid.*, p. 560-561.

⁶⁶⁹ Sur la pensée de Savigny et de l'École historique du droit, v. C. F. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2006, trad. A. Dufour ; A. DUFOUR, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *APD*, Tome 29, 1984, p. 209 ; A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1991 ; E-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique », 2000, trad. O. Jouanjan ; J. GAUDEMET, *Sociologie historique du droit*, Paris, PUF, coll. « Doctrine juridique », 2000, p. 21 *sqq.* ; O. JOUANJAN, *L'esprit de l'École historique du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle série n° 7, Presses universitaires de Strasbourg, 2004.

⁶⁷⁰ « Il est donc impossible, à mon avis, de ne pas reconnaître qu'à tout moment il peut y avoir des principes du droit supérieur à l'État, qui ne sont formulés ni dans les déclarations de droit, ni dans les lois constitutionnelles et qui, quoique non écrits, obligent l'État aussi rigoureusement que s'ils avaient été solennellement proclamés », L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 556.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 556.

⁶⁷² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, La théorie générale de l'État*, Tome III, *op. cit.*, p. 455.

⁶⁷³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 549.

⁶⁷⁴ G. JÈZE, « Le contrôle juridictionnel des lois », art. cité, p. 417-422.

inéluçtablement à l'arbitraire – pourquoi tel principe serait fondamental et pourquoi ne le serait-il pas ? – et même, dit-il, au « gouvernement des juges ». Le contrôle serait, en d'autres termes, par trop politique. Sous la III^e République néanmoins, il ne s'agit pas encore de dénoncer le pouvoir considérable dont le juge dispose dans l'interprétation de dispositions constitutionnelles trop vagues, qui intéressent tous les juges⁶⁷⁵, mais bien de s'opposer au principe même du contrôle de l'intouchable expression de la volonté générale.

130. Cette histoire des commencements n'est pas sans intérêt dans l'identification du phénomène doctrinal de juridictionnalisation. Cette polémique, qui a pris naissance sous la III^e République, a en effet un écho doctrinal contemporain : loin de révéler « un système constitutionnel et politique suranné »⁶⁷⁶, le gouvernement des juges est bien une question, sinon « à dissoudre »⁶⁷⁷, du moins à résoudre. Elle reste, en tout état de cause, une question posée⁶⁷⁸, ceci alors même qu'elle est une formulation singulière au droit constitutionnel français⁶⁷⁹. Or, c'est bien dans l'affirmation du pouvoir normatif – et donc, politique – du juge que tient une telle résolution. L'argumentation tirée de la nature intrinsèquement politique du juge conduit évidemment à le délégitimer. La nuance entre le constat de la nature politique et la dénonciation du gouvernement des juges est donc infime, et le « spectre » rôde⁶⁸⁰. Sur cette question, la doctrine de la V^e République a néanmoins préféré s'interroger sur la nature, juridictionnelle ou non du Conseil constitutionnel. Or le problème de la nature de l'institution est en réalité peu pertinent s'agissant de l'accusation de gouvernement des juges, car ce n'est pas tant la nature de l'*organe* que celle de sa *fonction* qui pose des difficultés. Contrairement à la doctrine américaine, où l'accusation de « gouvernement des juges » a ouvert un débat sur le pouvoir d'interprétation du juge⁶⁸¹, en France c'est bien la nature du contrôle qui pose problème.

⁶⁷⁵ Sur ce point, Jean Rivero définissait le gouvernement des juges comme « l'effort du juge pour affirmer l'existence d'un corps de principes, indépendants de toute règle écrite, qui constitue, en quelque sorte, la philosophie politique de la Nation, et dont, se disant le gardien, il s'institue, en fait, le créateur, puisque c'est lui qui, en leur donnant une sanction, les fait passer dans le droit positif ». Ainsi pour lui le Conseil d'État pouvait être comparé à la Cour Suprême américaine par les principes généraux du droit qu'il crée, J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *Recueil Dalloz*, 1951, p. 21.

⁶⁷⁶ R. PINTO, *Des juges qui ne gouvernent pas. Opinions dissidentes à la Cour suprême des États-Unis (1900-1933)*, Paris, Sirey, 1934, p. 272.

⁶⁷⁷ D. de BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 973.

⁶⁷⁸ S. CAPORAL, « Le gouvernement des juges : protection des droits ou captation du politique ? » in AFHIP, *Justice et État*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection d'histoire des idées politiques », 2014, p. 421.

⁶⁷⁹ F. BLIN, *Le "gouvernement des juges" en France sous la V^e République. Mythe ou réalité ? Étude du contrôle de Constitutionnalité des lois*, Thèse dactyl., Université des Sciences sociales de Toulouse, 1991, p. 15.

⁶⁸⁰ Bien entendu, une telle dénonciation n'a pas pour seul destinataire le juge constitutionnel. Comme le souligne Denys de Béchillon, les juges ordinaires sont également créateurs de normes nouvelles, si bien que « les juges gouvernent tous les jours ou presque, sans émoi pour personne », D. de BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 973.

⁶⁸¹ L. PECH, « Le remède au gouvernement des juges : le *judicial self restraint* ? » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, op. cit., p. 66.

Autrement dit, le gouvernement des juges consiste à condamner la *fonction* du juge, en tant qu'elle consiste à limiter les choix politiques par le contrôle de conformité des lois à la Constitution. C'est une condamnation qui renvoie à la lutte des pouvoirs et à l'empiètement de l'un sur l'autre⁶⁸².

131. L'accusation de gouvernement des juges a donc cela de fondamental qu'elle vise précisément l'immixtion du judiciaire dans le politique. À cet égard, l'analyse critique du système judiciaire américain fournie par Roger Pinto est tout à fait éclairante. D'emblée critique⁶⁸³, l'auteur, au terme d'une étude approfondie des opinions dissidentes de la Cour suprême des États-Unis⁶⁸⁴, en déduit « le caractère essentiel de corps gouvernant, de pouvoir directeur de la Cour suprême »⁶⁸⁵. Cette dernière serait par surcroît une institution « anti-démocratique »⁶⁸⁶. Deux arguments majeurs seront développés par l'auteur pour corroborer son propos. D'une part le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité, par son caractère fluctuant, conduit à rendre la connaissance de la règle de droit contingente et porte le discrédit sur l'autorité des lois⁶⁸⁷. D'autre part, et surtout, le problème de ce mécanisme ne tient pas tant au rôle politique qu'il fait jouer à la Cour suprême mais au fait que ce rôle soit masqué derrière le « mythe » selon lequel le juge statue en droit « et assure le respect de la volonté du peuple, exprimée dans le texte suprême de la Constitution »⁶⁸⁸. Le danger tient donc à ce que « le gouvernement des juges n'est une force que masquée, interprétée comme un gouvernement du droit »⁶⁸⁹ ; en d'autres termes à ce que le contrôle judiciaire de la constitutionnalité dissimule en réalité un contrôle judiciaire des choix politiques. Au contraire, un juge qui s'affirme comme contre-pouvoir et qui en assume les conséquences en assortissant ses décisions d'une argumentation substantielle – et d'opinions dissidentes – sera en mesure de résoudre

⁶⁸² Lutte des pouvoirs qui était contesté par les défenseurs de ce mécanisme. Par exemple, l'argument développé par Henry Berthélemy consiste précisément à mettre l'exécutif et le législatif sur un pied d'égalité : « de même qu'on est d'accord pour dire que la justice n'empiète pas sur le rôle de l'administration lorsqu'elle refuse de sanctionner un règlement tenu pour illégal, on doit l'être pour affirmer qu'elle n'empiètera pas sur le pouvoir législatif si elle refuse de sanctionner une loi inconstitutionnelle », H. BERTHÉLEMY, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », art. cité, p. 52.

⁶⁸³ Il considère en effet dès l'abord que le contrôle judiciaire des lois « complète et renforce ce système antidémocratique de “*checks and balances*” », R. PINTO, *Des juges qui ne gouvernent pas. Opinions dissidentes à la Cour suprême des États-Unis (1900-1933)*, op. cit., p. 2.

⁶⁸⁴ Analyse des opinions dissidentes qu'il opère à travers des principes fondamentaux, tel le principe de la séparation des pouvoirs et des grandes libertés, individuelles et économiques, ou encore du système de l'impôt ou des *Public Utilities*.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 259.

⁶⁸⁶ « Décider contre la volonté de la majorité, telle est bien la caractéristique essentielle de l'oligarchie. La forme seule est nouvelle, unique même : le pouvoir est exercé par une Cour de justice », *ibid.*, p. 264.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 260-262.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 263.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 272.

l'aporie ; aporie tenant, au fond, à la nature intrinsèquement concurrentielle de la fonction du juge constitutionnel.

CONCLUSION DU CHAPITRE

132. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation repose donc sur des fondements fondamentalement polémiques. Au commencement du constitutionnalisme moderne, le juge apparaît comme la première cible institutionnelle. Les révolutionnaires comme les partisans de l'absolutisme s'accordent sur une critique des parlements de l'ancienne France, et donc de la fonction juridictionnelle, ce qui expliquera la volonté de séparer la fonction législative de la fonction de juger. Celle-ci se concrétisera par l'établissement d'une cloison étanche entre la fonction judiciaire et la fonction législative, notamment par l'interdiction d'interpréter la loi. L'existence même d'un *pouvoir* judiciaire est à cet égard discutée. Au regard de la fonction, les révolutionnaires ont entendu séparer la fonction législative de la fonction judiciaire : si le juge applique mécaniquement la loi, alors il relève de la fonction exécutive. Toutefois, du point de vue de l'organe, la mise en place de l'élection des juges marque bien la volonté de déconnecter l'autorité judiciaire de l'autorité royale. Aussi l'existence d'un *pouvoir* judiciaire est-elle entendue du seul point de vue de l'organe, et non de la fonction. La fonction judiciaire apparaît donc comme une branche du pouvoir exécutif d'un point de vue fonctionnel mais non d'un point de vue organique. Dans ces circonstances, si la limitation du pouvoir était bien au cœur de la pensée révolutionnaire, l'existence d'un juge de la constitution demeurerait impensée. Lorsque l'idée d'un tel juge sera émise, notamment par Sieyès, elle sera, d'ailleurs, catégoriquement rejetée : l'hétéro-limitation du pouvoir législatif ne sera pas davantage admise par les révolutionnaires que le Roi n'admettait, sous l'ancienne France, la possibilité d'une hétéro-limitation de son pouvoir. Les difficultés seront alors accentuées au XIX^e siècle, puisque l'idée d'un juge constitutionnel heurte la théorie du gouvernement représentatif.

133. Il faudra attendre la III^e République pour qu'un tel contrôle soit véritablement pensé. Il le sera par la promotion de l'exception d'inconstitutionnalité, utilisée par la doctrine comme un mécanisme permettant de remettre en cause le « parlementarisme absolu ». En dépit de la domination originaire de la position d'Adhémar Esmein, qui, afin de promouvoir la République renaissante, s'opposait à un tel mécanisme au nom de la souveraineté de la loi, la doctrine s'accordera par la suite sur une remise en cause de la souveraineté parlementaire et, subséquemment, sur une contestation de l'identification de la loi à la volonté générale. L'exercice de la souveraineté – la souveraineté déléguée – doit, selon la doctrine, pouvoir être

contrôlé. Aussi ne s'agissait-il pas de critiquer le régime parlementaire proprement dit, mais la forme qui était la sienne sous la III^e République. Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois ne sera toutefois envisagé que sous le prisme du modèle américain, la doctrine excluant, en dépit des plaidoyers formulés par Hans Kelsen et Charles Eisenmann, un contrôle exercé par un organe spécial. Le triomphe doctrinal du contrôle juridictionnel des lois ne doit toutefois pas masquer l'existence de certaines oppositions, formulées singulièrement par Carré de Malberg et Larnaude. Ce contrôle pose en effet la question de l'immixtion du juge dans les choix politiques, ce que reflète l'accusation devenue, au reste, nous le verrons, contestable, de « gouvernement des juges ». On le voit, l'intérêt de cette investigation historique réside, en définitive, dans la constatation que les controverses doctrinales antérieures au phénomène doctrinal de juridictionnalisation se perpétuent à l'époque contemporaine.

CONCLUSION DU TITRE

134. Il ressort de cette première identification historique que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation se voit synthétisé par la pensée des parlementaires de l'ancienne France, qui se fonde sur la nécessité d'encadrer l'exercice de la souveraineté. La doctrine des grands robins est, par conséquent, une *véritable pensée pré-constitutionnaliste*. La conception des parlementaires, comme de la doctrine constitutionnaliste contemporaine, s'oppose en revanche à celle du constitutionnalisme révolutionnaire qui a une vision plus absolutiste de la souveraineté, jusque dans son exercice ; vision absolutiste que le juge constitutionnel est réputé avoir aujourd'hui anéanti⁶⁹⁰. En réaction à l'immixtion des juges dans l'exercice de la législation, les révolutionnaires ont ainsi paradoxalement vengé l'absolutisme.

135. Aussi les racines inconscientes du phénomène seront-elles longtemps refoulées par un constitutionnalisme révolutionnaire qui s'épanouira à travers le parlementarisme républicain, avant de s'évanouir en 1958. Par contrecoup, l'essor contemporain de la justice constitutionnelle paraît donner raison aux conceptions de la magistrature ancienne. Cette démonstration a donc permis de repenser la filiation du phénomène doctrinal de juridictionnalisation : celui-ci ne s'inscrit pas dans la continuité du constitutionnalisme moderne, mais témoigne au contraire, à la fois d'une réminiscence du constitutionnalisme ancien et d'une rupture avec la pensée révolutionnaire. Un constat que l'analyse de ses manifestations sous la V^e République permettra aisément d'établir.

⁶⁹⁰ J. RIVERO, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, nouvelle éd. 1986, p. 5.

TITRE 2

L’AFFIRMATION CONTEMPORAINE DU PHÉNOMÈNE

136. L’identification du phénomène doctrinal de juridictionnalisation à l’époque contemporaine paraît malaisée. Une telle démarche pourrait en effet suggérer, sinon une uniformité, du moins une homogénéité de la doctrine constitutionnaliste. Or, au contraire, le droit constitutionnel se singularise par une disparité doctrinale proprement étourdissante. Non seulement les différentes approches de la discipline aboutissent à une cacophonie des discours sur les objets et concepts structurants du droit constitutionnel mais, au surplus, des divergences se manifestent au sein de mêmes courants doctrinaux – voire d’Écoles, même si ces dernières ne nous semblent pas être en mesure de rendre compte de façon satisfaisante de la pensée constitutionnelle⁶⁹¹. Vaine, dans ce contexte, apparaît la proposition d’identifier *un* phénomène doctrinal de juridictionnalisation. Par exemple, qu’y a-t-il de commun entre les théories du doyen Favoreu et celles de Dominique Rousseau, deux grandes figures de la promotion du juge constitutionnel ?

137. En dépit de cette formidable hétérogénéité, il nous semble pourtant possible d’identifier un certain nombre de traits communs susceptibles de délimiter le phénomène ; traits communs qui caractérisent la pensée de la doctrine constitutionnaliste sur le juge constitutionnel. Au fond, la doctrine ne pense-t-elle pas toujours *avec*, *contre*, ou *sans* le juge ? Si la juridictionnalisation, c’est-à-dire l’emprise croissante du juge, est très fréquemment présentée comme une évolution avantageuse de la discipline, elle constitue également, de façon significative, la source principale de division entre la partie quantitativement la plus importante de la doctrine et une doctrine plus minoritaire – quoique moins isolée désormais⁶⁹² – qui a pour

⁶⁹¹ V. *supra*, § 16.

⁶⁹² Par exemple, dans sa présentation aux actes du colloque organisé les 9 et 10 octobre 2014 à l’Université Toulouse 1 – Capitole, Stéphane Mouton revendique explicitement une adhésion aux présupposés de l’Institut Michel Villey, et donc à une approche de droit politique : « Sur un plan doctrinal, cette approche [que le colloque a vocation à mettre en lumière] adhère pleinement à la mouvance universitaire mise en œuvre par l’Institut Michel Villey dont les études tentent de revaloriser la nature politique du droit constitutionnel. Ce colloque voulait se situer dans cette veine puisqu’il a pour objet de donner un éclairage politique à la fonction juridictionnelle exercée par les juges constitutionnels et donc de restituer la fonction du juge dans un droit constitutionnel politique », S. MOUTON, « Présentation de la problématique générale de l’ouvrage » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l’épreuve de la justice constitutionnelle*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2016, p. 8.

ambition de réconcilier le droit et la politique⁶⁹³. Aussi l'identification du phénomène doctrinal de juridictionnalisation est-elle rendue possible par cette opposition qui marque la frontière entre ses promoteurs et ses pourfendeurs – avec, bien sûr, une grande partie des auteurs dont les positions se révèlent moins catégoriques. L'analyse portera donc ici sur cette doctrine dominante qui entend promouvoir la figure du juge et concentre son analyse sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

138. L'identification des assises contemporaines du phénomène doctrinal de juridictionnalisation nous conduira d'abord à déconstruire ses principaux présupposés. Son apparition à l'époque contemporaine soulève un grand nombre de problèmes théoriques. Assigner au juge un rôle déterminant au sein de la discipline implique en effet souvent l'adhésion à un certain nombre de conceptions du droit constitutionnel, comme du droit en général, qui biaisent l'appréhension doctrinale du phénomène. Contestant que le droit constitutionnel puisse être considéré comme un « droit politique », les défenseurs de la juridictionnalisation considèrent que la constitution, qui n'était auparavant qu'un texte solennel ou symbolique dépourvu de juridicité – une « survivance »⁶⁹⁴ – serait enfin, grâce à la sanction juridictionnelle, une véritable norme. En dotant la constitution d'un juge on ôterait certes au droit constitutionnel « sa part de romantisme et de gravité »⁶⁹⁵, mais on lui permettrait de devenir un « vrai droit ». Propagées à partir des années 1970 par le doyen Favoreu, ces constructions théoriques du phénomène se sont donc surtout caractérisées par la volonté d'imposer une certaine vision du droit constitutionnel et d'en évacuer de la manière la plus radicale possible la dimension politique. Mais elles portent en elles d'insurmontables contradictions, qu'il s'agira de discuter (**Chapitre 1**).

139. Une proposition systématique des manifestations du phénomène s'avèrera alors nécessaire. De prime abord, celui-ci se présente comme une promotion sans réserve de la figure du juge. Mais en quoi consiste, en droit constitutionnel, cette valorisation du juge ? Décrivant les mutations contemporaines de la discipline, le doyen Favoreu dresse le constat du passage d'un « objet unique » à un « triple objet du droit constitutionnel » : le « droit constitutionnel institutionnel », le « droit constitutionnel des normes » et le « droit constitutionnel des

⁶⁹³ V. le premier numéro de *Jus Politicum* consacré au droit politique, *Jus Politicum*, n° 1, 2008 [en ligne]. V. également le colloque organisé les 6 et 7 juin 2019 par l'Institut Michel Villey, intitulé *Le droit politique face à la Cinquième République*, dont les actes ont été reproduits dans la même revue, *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 3-206.

⁶⁹⁴ G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution » in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 53.

⁶⁹⁵ A. VIALA, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline » in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 522.

libertés »⁶⁹⁶. Or, nous tenterons de démontrer que ces trois objets ne sont en définitive que des figures de la juridictionnalisation : figure de la fonction juridictionnelle dans une analyse des rapports de pouvoir, mais aussi figure d'un droit devenu jurisprudentiel dans le cadre des sources du droit constitutionnel (**Chapitre 2**).

⁶⁹⁶ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n° 1, 1990, rééd. in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 15-18 ; L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 22^e éd., 2020.

CHAPITRE 1

LA DÉCONSTRUCTION DES PRÉSUPPOSÉS DU PHÉNOMÈNE

« Voici ce qui m'a coûté et ne cesse de continuer à me coûter les plus grands efforts : me rendre compte que la manière dont on nomme les choses compte indiciblement plus que ce qu'elles sont [...] : l'apparence initiale finit presque toujours par se transformer en essence et agit comme essence »⁶⁹⁷.

140. Alors que la promotion du juge se répand profusément dans le discours doctrinal – et, avec elle, les objections à une telle promotion –, les malentendus ne manquent pas de se multiplier. L'identification du phénomène doctrinal de juridictionnalisation se heurte en effet à un certain nombre de présupposés qui ne permettent pas de rendre compte de manière satisfaisante de ce que signifie l'emprise du juge sur la discipline. L'ambition de ce chapitre sera donc de déconstruire les conceptions qui ne nous semblent pas pertinentes pour décrire le phénomène. Les présupposés qu'il s'agira ici de discuter sont ceux portés par le doyen Favoreu. Certes, le phénomène ne se réduit certainement pas à cet auteur⁶⁹⁸, mais il est sans conteste celui qui en a assuré la défense avec le plus de ferveur et qui, le premier, a proposé des théories permettant d'en rendre compte. Ces théories, elles-mêmes inspirées de la pensée de Kelsen et du normativisme, sont désormais profondément ancrées dans la pensée constitutionnaliste, ce qui explique qu'elles soient au centre de l'analyse.

141. Parmi ce qui nous semble constituer l'un des premiers malentendus, figure l'indistinction des termes de *juridictionnalisation* et de *juridicisation*, ce dernier étant plus souvent employé par la doctrine constitutionnaliste pour décrire le phénomène de montée en

⁶⁹⁷ F. NIETZSCHE, *Le Gai savoir*, Paris, Flammarion, 2007, trad. P. Wotling, § 58, p. 112.

⁶⁹⁸ Dominique Rousseau reproche ainsi aux tenants du « droit politique » de réduire le droit constitutionnel contemporain à la pensée de Louis Favoreu. L'auteur reconnaît en effet que le doyen Favoreu a largement « contribué à introduire le contentieux dans l'enseignement et la recherche en droit constitutionnel et à lui donner, par une politique de thèses, de publications, de colloques et de concours, une place importante au sein de la discipline constitutionnelle ». Toutefois, ajoute-t-il, « Louis Favoreu n'était pas à lui seul LE droit constitutionnel ni LA doctrine constitutionnaliste ». Autrement dit, « Louis Favoreu n'avait pas le monopole du droit constitutionnel », D. ROUSSEAU, « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens » in A. VIALA (dir.), *La démocratie : mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2014, p. 18.

puissance du juge. Or, cette confusion de la juridictionnalisation et de la juridicisation n'est nullement anodine : elle porte en elle un présupposé selon lequel le droit constitutionnel qui précède la V^e République, et subséquemment l'avènement du juge constitutionnel, serait « un droit non juridique ». Alors qu'il est possible de concevoir la juridicité indépendamment de la question du juge, la juridicisation est réputée être une conséquence de la juridictionnalisation, au point que les deux phénomènes ne sont plus distingués. Cette assimilation de la juridictionnalisation à la juridicisation s'avère pourtant hautement problématique en ce qu'elle conditionne la définition du droit à l'existence du contrôle juridictionnel (**Section 1**).

142. Le second présupposé du phénomène qu'il s'agira de contester tient à l'assimilation du droit constitutionnel au droit de la constitution. La juridictionnalisation est en effet présentée comme un moyen de reconnaître enfin la nature normative de la constitution. La difficulté tient à ce que cette conception normative sur laquelle se fonde la promotion du juge conduit synchroniquement et paradoxalement à restreindre comme à étendre les objets du droit constitutionnel, à la fois en-deçà et au-delà de son orbite classique (**Section 2**).

SECTION 1

L'INDISTINCTION ENTRE JURIDICTIONNALISATION ET JURIDICISATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL

143. Bien loin de saturer les discours, le recours au néologisme de juridictionnalisation s'avère fort peu usité par la doctrine constitutionnelle, sauf à être employé dans un sens proprement procédural⁶⁹⁹. Un tel désintérêt s'explique par le fait que la doctrine préfère désigner le phénomène d'ascension du juge par le terme de *juridicisation*, entendue comme une « extension du droit et des processus juridiques à un nombre croissant de domaines de la vie économique et sociale »⁷⁰⁰. Il s'agit ainsi de signaler une immixtion du droit dans un domaine qui, jusqu'alors, échappait à tout encadrement juridique – ou dont les points d'appui juridiques étaient faibles. La juridicisation du droit constitutionnel, c'est-à-dire l'encadrement d'un nombre plus important d'objets par des règles de droit constitutionnel, conduit alors une partie de la doctrine à se féliciter de l'accession du droit constitutionnel au rang de véritable discipline juridique. En d'autres termes, il s'agit d'affirmer que le droit constitutionnel est du droit ; paradoxe à tout le moins sémantique.

144. Soutenir que le Conseil constitutionnel a permis de juridiciser le droit constitutionnel suppose dès lors – et l'affirmation se révèle déroutante – de considérer que le droit constitutionnel antérieur à 1958, voire plus spécifiquement à 1971, ne serait pas un *droit*. Or, cet argument suppose d'adhérer à une certaine conception du droit, tendant à conditionner la norme à une sanction. Outre les impasses intellectuelles qui sous-tendent une telle vision, elle s'avère contestable dans la mesure où une part non négligeable du droit constitutionnel n'est pas sanctionnée. Aussi s'agira-t-il, dans un premier temps, de déconstruire cette présentation, qui nous paraît reposer sur des présupposés discutables quant à l'évolution de la discipline (§ 1). Cette confusion de la juridictionnalisation et de la juridicisation est, par ailleurs, d'autant plus problématique qu'elle repose sur une conception contestable de la juridicité (§ 2).

⁶⁹⁹ Pierre Avril emploie l'expression, plus satisfaisante à notre sens, de « juridicisation contentieuse du droit constitutionnel », P. AVRIL, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V^e République », *Pouvoirs*, n° 126, 2008, p. 13.

⁷⁰⁰ « Juridicisation » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 2^e éd., rééd. Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2018, p. 320.

§ 1. – Une représentation discutable de l'évolution de la discipline

145. Dans le discours doctrinal, juridictionnalisation et juridicisation sont censées exprimer un même mouvement : une évolution avantageuse du droit constitutionnel, devenu un « vrai droit ». La naissance de la juridicisation du droit constitutionnel est ainsi associée à la montée en puissance du juge constitutionnel et, plus généralement, de tous les juges⁷⁰¹. Partant de la démonstration d'une « juridicisation de la vie politique », il est en effet affirmé que le droit constitutionnel se serait, avec le juge, juridicisé⁷⁰². La juridicisation est alors présentée par la doctrine constitutionnaliste, de façon discutable, comme une conséquence de la juridictionnalisation (A). À rebours de cette présentation, l'étude systématique des manuels de droit constitutionnel nous permettra de soutenir que le droit constitutionnel classique n'était pas moins un droit « juridicisé » que le droit constitutionnel contemporain (B).

A. La juridicisation comme conséquence du phénomène de juridictionnalisation

146. Le discours sur la juridicisation est enraciné depuis peu dans la pensée constitutionnelle française. Il a surtout été propagé par le doyen Favoreu, qui a conceptualisé l'expression de « politique saisie par le droit »⁷⁰³, donnant naissance à une « juridicisation de la

⁷⁰¹ La *judiciarisation* est également considérée comme un phénomène indissociable de la juridicisation. V. notamment G. GRANDJEAN, « Les fonctions politiques des juges. Propos introductifs sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction » in G. GRANDJEAN, J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 21. Jean Foyer, par exemple, définissait la judiciarisation comme « le recours au juge », J. FOYER, « La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un nouveau sens » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 749.

⁷⁰² La même affirmation s'observe s'agissant du droit américain. Idris Fassassi relève en effet qu'une partie de la doctrine américaine dite « révisionniste » – tendant à défendre la position initiale prise par l'arrêt *Marbury v. Madison* du 24 février 1803 face à la pratique qui, dès la fin du XIX^e siècle, en constituerait une déviation – déplorait une « juridicisation excessive de la Constitution » avec le *judicial review*, I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2017, p. 105. Ici, le terme de « juridicisation » est employé dans le sens d'une emprise du pouvoir juridictionnel sur le pouvoir politique ; emprise rendue possible par la capacité du juge à imposer aux autres pouvoirs une interprétation de la Constitution. Le terme de juridictionnalisation eût donc été préférable, puisqu'il ne s'agit pas de signifier une expansion du droit, mais du juge. L'auteur entend néanmoins singulariser la situation américaine, dans laquelle la « juridicisation » n'est pas un phénomène nouveau : il existe depuis les origines du droit américain, si bien que l'auteur préfère parler de « juridicisation extrême » pour désigner l'emprise totale du juge sur la société : « Par [le biais du *judicial review*], tout a donc été ramené sous le giron de la Cour suprême. Par ce biais, celle-ci a fait plus qu'assurer l'encadrement de la vie politique : elle en a aussi déterminé les solutions », *ibid.*, p. 332-333. Ici encore, l'expression de *juridictionnalisation* extrême nous semblerait plus pertinente, puisque c'est bien par le prisme exclusif du juge que la juridicité est envisagée.

⁷⁰³ L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988.

vie politique »⁷⁰⁴. À travers cette observation, la doctrine a pu, en un temps où le droit constitutionnel était disciplinairement étranglé par la science politique, démontrer la juridicisation subséquente du droit constitutionnel. Et c'est toujours avec le doyen Favoreu que la pensée constitutionnelle a admis l'existence d'un « phénomène de juridicisation du droit constitutionnel »⁷⁰⁵, ceci dès la création par la Constitution du 4 octobre 1958 du Conseil constitutionnel, mais surtout depuis la retentissante décision du 16 juillet 1971⁷⁰⁶. La juridicisation fait ainsi désormais partie « du langage courant du constitutionnaliste »⁷⁰⁷ et il est alors communément admis que le droit constitutionnel se serait juridicisé depuis l'avènement du contrôle de constitutionnalité des lois ; qu'il serait devenu un *droit*. Cette idée est formellement explicitée par le doyen Favoreu, qui considère que « le phénomène de juridicisation du droit constitutionnel est inséparable de celui de l'expansion de la justice constitutionnelle »⁷⁰⁸.

147. Pourtant, ce qui est identifié comme une « juridicisation de la vie politique » est en réalité une juridictionnalisation de celle-ci, la politique n'étant pas saisie par le *droit*, mais par le *juge* qui l'interprète. Cet amalgame des deux phénomènes repose sur d'ambitueuses visées, puisqu'il tend à exprimer le bouleversement paradigmatique qu'a constitué l'apparition d'un juge constitutionnel au sein de la discipline. Si la juridictionnalisation s'identifie à la juridicisation alors le juge apparaît comme une condition de juridicité, autrement dit comme le moyen unique de soumission des gouvernants à un droit constitutionnel ramené à la seule constitution. La politique ne serait dès lors soumise au droit qu'à condition que le juge

⁷⁰⁴ L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 22^e éd., 2020, p. 299-300 et p. 397.

⁷⁰⁵ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n° 1, 1990, rééd. in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 14.

⁷⁰⁶ Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, *JORF* du 18 juillet 1971, p. 7114. Cette décision avait déjà été annoncée un an auparavant par : Cons. const., 19 juin 1970, n° 70-39 DC, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes...*, *JORF* du 21 juin 1970, p. 5806.

⁷⁰⁷ Le doyen Favoreu a en ce sens soutenu que la juridicisation du droit constitutionnel « peut être considérée aujourd'hui comme faisant partie du langage courant du constitutionnaliste », L. FAVOREU, « Juridicisation » in O. DUHAMEL, Y. MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 543.

⁷⁰⁸ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », art. cité, p. 14. On la retrouve également formulée dans le manuel aixois de droit constitutionnel : « la soumission du jeu politique au respect de la règle de droit est un phénomène relativement récent en Europe où il apparaît après la Seconde guerre – en même temps évidemment que la justice constitutionnelle », L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 300. Eleonora Bottini relève également que « la sanction apparaît indissolublement liée au concept même de juridicisation », E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016, p. 291. Ce lien d'interdépendance explique par exemple que Benoît Jeanneau évoque un mouvement de « juridicisation » de la Déclaration de 1789, permis par la sanction juridictionnelle, B. JEANNEAU, « “Juridicisation” et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 », *RDP*, 1989, p. 635.

constitutionnel contrôle la conformité des actes adoptés par les organes politiques à la constitution. Outre les apories tenant au fait que ce contrôle ne concerne en réalité que le pouvoir législatif – sur lesquelles nous reviendrons⁷⁰⁹ –, une telle représentation conduit à considérer qu'avant 1971, la politique échappait au droit. L'analogie entre la juridicisation, c'est-à-dire l'extension du droit, et la juridictionnalisation, qui désigne l'extension de l'emprise du juge, nous paraît dès lors problématique. En effet, non seulement cette confusion conduit à assimiler le phénomène et l'une des conséquences supposées du phénomène mais, plus encore, elle a pour effet de ne plus guère discuter cette prétendue conséquence, désormais profondément ancrée dans la pensée constitutionnaliste⁷¹⁰.

148. Pourtant, le *droit constitutionnel juridicisé*, apparu à la Révolution, doit être distingué du *droit constitutionnel juridictionnalisé*, dont la décision spectaculaire du Conseil constitutionnel de 1971 marque l'acte de naissance⁷¹¹. Si le second désigne un constitutionnalisme attaché à la figure du juge, le premier désigne quant à lui un constitutionnalisme posant des limites juridiques au pouvoir politique. Or, dès le XVIII^e siècle, et en l'absence de tout juge constitutionnel, le projet constitutionnaliste consistait déjà à juridiciser la politique. La Révolution française marque en effet la naissance d'un constitutionnalisme qui n'est alors rien d'autre que la « doctrine de la limitation juridique du pouvoir politique »⁷¹². En quête de liberté, les révolutionnaires formaient le dessein d'anéantir un ordre juridique dont la nature arbitraire résidait selon eux – à tort, d'après nous⁷¹³ – dans le fait que le pouvoir du Roi n'était pas véritablement limité⁷¹⁴. C'est la *limitation formalisée par l'écriture de la constitution*, et non sa *forme juridictionnelle*, qui apparaissait alors comme la condition de juridicité du droit constitutionnel. L'existence d'une constitution formelle, qui confère ses lettres de noblesse à la juridicité, a donc jailli dès la Révolution⁷¹⁵. Et c'est

⁷⁰⁹ V. *infra*, § 174-176.

⁷¹⁰ Il est en effet admis que « la juridicisation du débat politique est d'abord la conséquence logique de l'institution et du développement, sous la V^e République, du champ constitutionnel juridictionnel », D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat Droit public », 10^e éd, 2013, p. 521.

⁷¹¹ Sur cette évolution du constitutionnalisme, V. *infra*, § 410-433.

⁷¹² M. BARBERIS, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme » in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome I, Paris, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 114.

⁷¹³ V. développements *supra*, § 79-80.

⁷¹⁴ Ainsi, Mounier déclarait, le 9 juillet 1789, dans son rapport du Comité de Constitution, que les lois fondamentales du Royaume, en ce que « tous les pouvoirs sont confondus » et « aucune limite n'est tracée », conduisaient à l'arbitraire. V. en ce sens, P. DUCLOS, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée Constituante de 1789*, Paris, Dalloz, 1932, p. 43. Le constat de l'absence de limitation du pouvoir royal tenait en effet réalité à une indistinction entre deux types de limites : une autolimitation royale bien réelle d'un côté, une hétéro-limitation revendiquée par les parlementaires de l'ancienne France de l'autre.

⁷¹⁵ Pierre Duclos souligne en ce sens que « le trait le plus intéressant à relever dans les dispositions que les Constituants votèrent sous l'empire de la nouvelle notion de Constitution est le caractère formel des pouvoirs qu'elle institue », *ibid.*, p. 233.

précisément cette exigence formelle qui a conduit la pensée allemande de la fin du XIX^e siècle à conceptualiser l'« État de droit » – *Rechtsstaat*⁷¹⁶ – entendu comme la limitation du pouvoir de l'État concédée par les monarques au profit des droits individuels.

149. Par la suite, la limite sera considérée par la pensée normativiste comme consubstantielle à l'existence de la norme, si bien que l'État de droit, entendu comme la limitation de l'État par le droit, est présenté comme un concept vain, puisque pléonastique⁷¹⁷. En ce sens, le droit constitutionnel, en tant que droit, apparaît comme fondamentalement et nécessairement juridicisé. Soit, en effet, le droit constitutionnel n'est pas du droit et il apparaît par voie de conséquence incohérent de le ranger parmi les disciplines juridiques. Soit il s'agit bien d'un droit et alors il constitue par nature une limitation du pouvoir. Au surplus, comme l'a démontré Carré de Malberg – se fondant sur la pensée allemande⁷¹⁸ –, la limitation est consubstantielle à la souveraineté de l'État. Cette dernière ne désigne pas en effet un pouvoir illimité de l'État, mais signifie qu'il « ne peut se trouver obligé, lié ou limité qu'en vertu de sa propre volonté »⁷¹⁹. Certes, l'État peut radicalement renverser l'ordre constitutionnel en vigueur. Mais, pour exister, il se voit dans l'obligation de créer un ordre constitutionnel nouveau, qui constitue alors « pour lui une nouvelle source de limitations », si bien qu'« il est voué à un régime de limitation permanente »⁷²⁰. Jellinek ne dit pas autre chose lorsqu'il relève que « ce qu'il y a de permanent, ce n'est pas telle ou telle limitation particulière, c'est la limitation elle-même »⁷²¹. On retrouve également cette idée chez Benjamin Constant, qui affirmait de manière éclatante : « chez les Modernes (...), l'individu, indépendant dans la vie privée, n'est, même dans les États les plus libres, souverain qu'en apparence. Sa souveraineté est restreinte, presque toujours suspendue ; et si à époque fixes, mais rares, durant lesquelles il

⁷¹⁶ Le *rule of law*, l'État de droit et le *Rechtsstaat* renvoient toutefois à des expériences distinctes et présentent des spécificités très importantes. V. là-dessus, L ; HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002.

⁷¹⁷ Kelsen considère ainsi que « la tentative pour légitimer l'État comme un État "de droit" est en réalité parfaitement inadéquate pour la raison que [...] tout État doit nécessairement être un État de droit, en ce sens que tout État est un ordre juridique », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1962, trad. C. EISENMANN, rééd. Paris, LGDJ-Bruylant, coll. « La Pensée juridique », 1999, p. 309. L'identification de l'État et du droit le conduira ainsi à considérer que « dès lors que l'on reconnaît que l'État est un ordre juridique, tout État est un État de droit, et ce terme d'État de droit représente un pléonisme », *ibid.*, p. 304. C'est en ce sens qu'a pu être relevée « l'inopérabilité du concept de limite juridique », dans la mesure où « toute norme est elle-même une limite », J.-P. DEROSIER, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, 2008, n° 76, p. 789 *sqq.*

⁷¹⁸ Notamment Jellinek, pour qui « la souveraineté n'est pas le pouvoir sans limite, mais la capacité de se déterminer soi-même exclusivement, c'est par suite la limitation autonome du pouvoir politique », G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*. Deuxième partie, *Théorie juridique de l'État*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1913, rééd. Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2005, trad. G. Fardis, p. 135.

⁷¹⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome I, Sirey, 1920-1922, rééd., Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, p. 231.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 234.

⁷²¹ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*. Deuxième partie, *Théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 137.

est encore entouré de précautions et d'entraves, il exerce cette souveraineté, *ce n'est jamais que pour l'abdiquer* »⁷²². Or, se poser des limites à soi-même en tant que souverain ou les imposer aux pouvoirs constitués, équivaut précisément à juridiciser le pouvoir. La juridicisation du droit constitutionnel se caractérise donc par la volonté de limiter le pouvoir ; volonté qui est au soubassement du constitutionnalisme libéral⁷²³. Autrement dit, la vocation à limiter le pouvoir politique est au fondement du droit constitutionnel⁷²⁴. L'existence même de pouvoirs constitués, c'est-à-dire d'organes institués et encadrés par la constitution, ne peut être comprise que comme un encadrement de l'action politique de la part de l'auteur de cette constitution, le pouvoir constituant. La limitation des pouvoirs constitués – qui n'est d'ailleurs par une innovation des révolutionnaires⁷²⁵ – symbolise à cet égard la conception révolutionnaire de la constitution⁷²⁶, définie plus tard par Benjamin Constant comme « un acte de défiance, puisqu'elle prescrit des limites à l'autorité »⁷²⁷.

150. L'affirmation selon laquelle la juridicisation relève d'une volonté de limiter le pouvoir par une formalisation accrue se heurte toutefois sans conteste à la question de son effectivité, c'est-à-dire à l'existence d'instruments permettant à de telles limites de s'imposer réellement. Dès 1789, la question fut posée quant à la Déclaration des droits. Or, si cette dernière n'était à l'évidence pas opposable, il n'en demeure pas moins qu'elle s'inscrivait au commencement d'une formalisation du droit constitutionnel⁷²⁸. Aussi le fait qu'aucun juge ne se trouvait compétent pour sanctionner le non-respect de la constitution⁷²⁹ s'expliquait-il logiquement, la constitution étant réputée conditionner d'elle-même cette obligation. Pour les

⁷²² B. CONSTANT, « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819 » in *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 1997, p. 595. Nous soulignons.

⁷²³ V. en ce sens, *ibid.*, p. 589.

⁷²⁴ Pour Jellinek, « le pouvoir de commander devient juridique par cela même qu'il est limité. Le droit, c'est le Pouvoir juridiquement limité », G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*. Deuxième partie, *Théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 6.

⁷²⁵ V. sur ce point *supra*. § 81-84.

⁷²⁶ O. BEAUD, « L'histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3, 2009.

⁷²⁷ Cité in O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 257.

⁷²⁸ S'agissant de la conception révolutionnaire de la Constitution, Michel Troper relève ainsi que « ce qui importe n'est pas qu'on soit parvenu à construire une constitution conçue comme une machine efficace et indéterminable, conformément à une science de l'ingénieur, mais qu'on ait tenté de le faire. Les difficultés rencontrées par cette conception sont donc avant tout des difficultés pratiques. Ainsi, il n'est pas nécessaire de penser la constitution comme obligatoire, puisqu'elle est contraignante », M. TROPER, « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 152.

⁷²⁹ Selon l'article 10 de la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire : « les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture ».

auteurs des Lumières⁷³⁰, « il s'agit donc toujours non de prescrire qu'on fasse de bonnes lois, qu'on respecte la constitution ou qu'on préserve la liberté, mais d'imaginer un système qui par sa structure même produise nécessairement ce résultat »⁷³¹. La constitution est ainsi conçue comme une « machine » capable de créer par elle-même des obligations par une répartition harmonieuse des différents pouvoirs⁷³². Le passage de la « Constitution comme machine » à la « Constitution comme norme » ne s'opérera alors qu'avec l'avènement du contrôle de constitutionnalité des lois⁷³³, ce qui ne signifie pas que la Constitution a été alors « juridicisée », mais « juridictionnalisée ».

151. Par conséquent, c'est bien à partir de la naissance de la Constitution écrite que la juridicisation du politique a eu lieu, même si le caractère écrit de la Constitution ne peut d'une manière générale être considéré comme une condition de juridicité. Au Royaume-Uni, l'absence de constitution écrite – même s'il existe des « textes constitutionnels » accumulés depuis la *Magna Carta* de 1215 – n'a en effet pas porté préjudice à la limitation des pouvoirs⁷³⁴. En France toutefois, un *droit juridicisé* doit se comprendre comme un *droit formalisé*. En ce sens, la compétence a pu être décrite comme « une juridicisation de la souveraineté »⁷³⁵. Alors que la souveraineté désigne un pouvoir suprême qui ne peut se voir limité de l'extérieur, la compétence renvoie à une formalisation – donc une juridicisation – de l'exercice du pouvoir.

⁷³⁰ Du moins, les auteurs des Lumières ayant fait triompher leurs idées. Nous ne négligeons pas le fait que la pensée des Lumières n'est pas une mais multiple. Outre les contre-révolutionnaires, les révolutionnaires eux-mêmes avaient parfois des vues tout à fait opposées, singulièrement s'agissant du concept de constitution.

⁷³¹ M. TROPER, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit » in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2015, 2^e éd., p. 212.

⁷³² En ce sens les révolutionnaires considèrent qu'une « constitution inviolable est une constitution qu'il est impossible de violer, non pas en raison de l'existence de contrôles et de sanctions, mais parce que la répartition des compétences est telle que si une autorité tentait de violer la constitution, c'est-à-dire d'outrepasser ses compétences, elle se heurterait immédiatement à une autre autorité, qui aurait intérêt à s'opposer à elle », M. TROPER, « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », *op. cit.*, p. 151. Plus tôt, Adhémar Esmein affirmait que la Constitution « n'a pour sanction dernière que la conscience de ceux qui exercent ce pouvoir et leur responsabilité, au moins morale, à l'égard de la nation », A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1914, 6^e éd., rééd., Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2001, p. 595.

⁷³³ « L'idée que la constitution est une norme apparaît [...] comme l'argument nécessaire pour justifier un contrôle des lois », M. TROPER, « La machine et la norme. Deux modèles de constitution », *op. cit.*, p. 159. Sur l'histoire de cette évolution, v. A. PAPTOLIAS, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, Athènes-Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas-Bruylant, coll. « Bibliothèque européenne droit constitutionnel-science politique », 2000.

⁷³⁴ Ainsi que le relève Charles Howard McIlwain, il n'y a jamais eu de nécessité pour l'Angleterre de disposer d'un document écrit, solennel et unique, car « les limitations aux règles arbitraires sont devenues si fermement fixées dans la tradition nationale qu'aucune menace contre elles n'ont semblé suffisamment sérieuses pour justifier l'adoption d'un code formel » (« *limitations on arbitrary rules have become so firmly fixed in the national tradition that no threats against them have seemed serious enough to warrant the adoption of a formal code* »), C. H. McILWAIN, *Constitutionalism Ancient and Modern*, New York, Cornell University Press, 1940, p. 17. Nous traduisons.

⁷³⁵ B. CUBERTAFOND, « Souverainetés en crise ? », *RDP*, 1989, p. 1300. Eric Maulin relève à cet égard un mouvement de « transformation du pouvoir en compétence », E. MAULIN, « Compétence, capacité, pouvoir » in AFDA, *La compétence*, Paris, Litec, coll. « Colloques & débats », 2008, p. 35.

Elle a vocation à encadrer, à limiter le pouvoir. On comprend bien alors ce que l'assimilation de la juridicisation à la juridictionnalisation a de problématique : les deux termes ne signifient tout simplement pas la même chose.

152. Il en résulte que l'absence de sanction juridictionnelle ne constitue nullement, pour les auteurs du droit constitutionnel classique, un obstacle à la juridicité du droit constitutionnel. Au contraire, « la juridicisation, en tant que forme de rationalisation de la volonté, est plus faible dans le pouvoir législatif, *seulement limité par la Constitution*, et plus marquée dans le pouvoir judiciaire »⁷³⁶. L'encadrement des juges fut auparavant plus important que celui du législateur, ce qui ne justifie pas d'en déduire que le droit constitutionnel n'était pas juridique. Alors que le législateur voit désormais son pouvoir encadré de manière plus substantielle que le juge, singulièrement constitutionnel, les auteurs ne déduisent pourtant pas de ce renversement que la liberté dont dispose le juge quant à l'interprétation constitutionnelle suscite une défaillance dans la juridicité. Certes, l'encadrement des pouvoirs varie nécessairement en fonction de la hiérarchie des organes, mais la plus grande liberté conférée à l'un des organes ne constitue pas pour autant un argument probant dans l'affirmation d'une absence de juridicité de la discipline ; discipline qui révèle au contraire une permanence dans son appréhension de la juridicité.

B. Démonstration de la distinction entre juridictionnalisation et juridicisation : la permanence du droit constitutionnel juridicisé

153. Le caractère contestable de l'assimilation de la juridicisation à la juridictionnalisation s'illustre par la permanence du droit constitutionnel juridicisé, autrement dit par l'identité du droit constitutionnel contemporain et du droit constitutionnel classique du point de vue de la juridicité. Pour le démontrer, il convient d'opérer une analyse diachronique des études systématiques de droit constitutionnel, c'est-à-dire des traités, précis et manuels de droit constitutionnel qui, parce qu'ils se caractérisent par « la pédagogie mais aussi la mise en système »⁷³⁷, nous paraissent les mieux à même de singulariser les représentations de la discipline **(1)**. Cette analyse nous permettra alors de formuler une critique du discours consistant à présenter la juridictionnalisation comme un facteur de « rejuridicisation » du droit constitutionnel **(2)**.

⁷³⁶ G. PECES-BARBA, « Droit et pouvoir : le pouvoir et ses limites », *RDP*, n° 5, 1999, p. 1274. Nous soulignons.

⁷³⁷ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 5^e éd., 2019, p. 346.

1. Le droit constitutionnel juridicisé dans les traités et manuels

154. Le cadre d'analyse se limitera exclusivement aux ouvrages français portant sur le droit constitutionnel français ; perspective d'autant plus riche que le droit français est marqué par une « littérature de manuels », révélatrice d'un esprit de « systématisation du droit »⁷³⁸. S'agissant du cadre temporel, le point de départ de la comparaison se situera en 1834⁷³⁹, date de création de la première chaire de droit constitutionnel français à la Faculté de droit de Paris par le ministre de l'Instruction publique François Guizot⁷⁴⁰. Celle-ci sera à l'origine du *Cours de droit constitutionnel* de Pellegrino Rossi dont la première édition paraîtra en 1866-1867⁷⁴¹. Assurément, il est périlleux d'identifier, avant la III^e République, une discipline « droit constitutionnel ». Ce n'est en effet qu'à partir des lois constitutionnelles de 1875 qu'une discipline a pu émerger et que les ouvrages de droit constitutionnel se sont multipliés⁷⁴². Toutefois, le droit constitutionnel existait indéniablement avant que n'apparaisse une véritable discipline universitaire autonome. D'abord, parce que les grands principes structurants du droit constitutionnel, tels que la souveraineté et la classification des formes de gouvernements, ont été pensés avant l'avènement du constitutionnalisme, c'est-à-dire avant la Révolution. Ensuite, parce que de nombreuses monographies de droit constitutionnel ont vu le jour durant la première moitié du XIX^e siècle, relatives notamment au gouvernement représentatif⁷⁴³.

155. La démonstration de la permanence de la juridicité nous conduira à proposer la distinction de trois périodes : le droit constitutionnel classique **(a)**, le droit constitutionnel réaliste **(b)** et le droit constitutionnel juridictionnalisé **(c)**.

⁷³⁸ Or « cette manière de raisonner » est « moins évidente ailleurs que chez nous, précisément dans les pays dits de *common law* », C. JAMIN, « Préface. Le droit des manuels de droit ou l'art de traiter la moitié du sujet » in A.-S. CHAMBOST (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Contextes », 2014, p. 9 *sqq.*

⁷³⁹ Ce qui ne signifie pas qu'il ait fallu attendre 1834 pour que le droit constitutionnel soit enseigné au sein des facultés de droit. Jean-Louis Mestre nous apprend en effet que le premier « titre de "Professeur de droit constitutionnel" » a été donné à Simon Jacquinet, professeur à la Faculté de Dijon » en 1791, J.-L. MESTRE, « Les emplois initiaux de l'expression "droit constitutionnel" », *RFDC*, n° 55, 2003, p. 467.

⁷⁴⁰ Pour comprendre l'ambition de Guizot, v. l'extrait de son discours du 9 mai 1834 devant la chambre des députés reproduit in W. MASTOR *et al.* (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Grands discours », 2^e éd., 2020, p. 825.

⁷⁴¹ P. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, Guillaumin, 1866-1867, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2012.

⁷⁴² Antoine Saint-Girons affirme en ce sens dans sa préface qu'un ouvrage de droit constitutionnel s'avérait indispensable dans la mesure où un décret du 20 juillet 1882 avait enfin rendu obligatoire l'enseignement du droit constitutionnel en doctorat, A. SAINT-GIRONS, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose et Forcel, 2^e éd., 1885, III.

⁷⁴³ C. HIS, *De la monarchie représentative*, Paris, Schubart et Heideloff, 1829 ; P. DUVERGIER DE HAURANNE, *Des principes du gouvernement représentatif et de leur application*, Paris, Just et Tessier, 1838 ; F. GUIZOT, *Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France*, Paris, Maradan, 1816.

a) Le droit constitutionnel classique

156. La première période, celle du *droit constitutionnel classique*, vise les ouvrages publiés entre 1834 et 1933⁷⁴⁴. Avec le premier cours de droit constitutionnel confié à Pellegrino Rossi apparaît déjà la volonté de marquer la différence entre droit constitutionnel et droit politique⁷⁴⁵. Il ne s'agissait alors évidemment pas, comme lors de la seconde moitié du XX^e siècle, d'une volonté de rompre avec la science politique mais avec la philosophie politique⁷⁴⁶. Ce premier cours, fort exégétique⁷⁴⁷, esquissait déjà les têtes de chapitres qui se répandront au sein des manuels des XX^e et XXI^e siècles : la notion d'État, l'organisation de l'État, les droits et libertés, le régime – monarchique en l'espèce – et ses caractères, les règles de droit électoral, les règles de droit parlementaire, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. L'organisation de l'ouvrage – une succession de leçons – s'avère toutefois assez rudimentaire et se démarque de ceux qui lui feront suite, marqués quant à eux par une rigueur de présentation laissant transparaître cet effort de systématisation propre aux traités et manuels.

157. La structure des ouvrages postérieurs de cette première période s'organise en effet autour d'une première partie théorique et une seconde partie exposant les règles du droit positif. Au sein de la première partie, on retrouve les grands principes sur lesquels se fonde le droit constitutionnel français : l'État, la souveraineté nationale, la séparation des pouvoirs, le gouvernement représentatif. Il est également possible d'identifier des définitions de la constitution ainsi que des développements sur les concepts et mécanismes qui entourent cette définition, comme le pouvoir constituant et la révision constitutionnelle. S'ensuivent des

⁷⁴⁴ Notamment, P. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit. ; A. SAINT-GIRONS, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit. ; Th. AUMAITRE, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, F. Pichon, 1890 ; M. de la BIGNE DE VILLENEUVE, *Éléments de droit constitutionnel français*, Paris, Librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, 1892 ; L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1903 ; A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit. ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 5 tomes, 1921-1929 ; M. HAURIOU, *Précis de Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2015.

⁷⁴⁵ P. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit.

⁷⁴⁶ J. BOUDON, « Introduction à la réédition » in P. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit. V. également l'extrait du discours de François Guizot du 9 mai 1834 devant la chambre des députés reproduit in W. MASTOR et al. (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, op. cit., p. 825 : « M. le rapporteur de la commission a paru croire qu'il s'agissait de créer, dans les facultés de droit, un enseignement de philosophie politique. Ce n'est pas là mon objet. On ne fait dans les facultés de droit que trop de philosophie politique, et de mauvaise philosophie politique ! C'est un enseignement positif, c'est l'enseignement du droit constitutionnel positif, l'enseignement de la Charte comme droit écrit, comme on apprend le Code civil [...] ; c'est cet enseignement que je voudrais introduire dans nos facultés ».

⁷⁴⁷ Pellegrino Rossi souhaitait en effet se limiter à un exposé des grands principes contenus dans la Charte de 1830. C'est ainsi que, dans sa *Leçon d'ouverture*, il exposera sa méthode de la façon suivante : « placés en dehors des luttes politiques, spectateurs, nullement acteurs, nous demanderons aux lois, non des théories et des thèses spéculatives, mais les principes positifs du droit existant », P. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, op. cit., p. LXIV.

développements relatifs à l'histoire constitutionnelle, puis une seconde partie traitant du système constitutionnel en vigueur, au sein de laquelle sont exposées les règles relatives, notamment, aux pouvoirs exécutif et législatif. En ce sens, Adhémar Esmein, dans son entreprise de légitimation de la III^e République, propose dans un premier temps une théorie de la liberté à travers l'exemple du droit anglais et de la philosophie de la Révolution. Il s'attache, dans un second temps, à analyser le « droit constitutionnel de la République française », c'est-à-dire qu'il procède à l'exposé des lois constitutionnelles de 1875, contenant les règles de droit applicables aux différents pouvoirs et à la révision de la constitution⁷⁴⁸. Une telle présentation permet aisément de défendre les institutions de la III^e République, dans la mesure où la première partie a vocation à légitimer la seconde : en comprenant les fondements du système constitutionnel en vigueur, il est plus aisé d'en saisir l'opportunité.

158. Par la suite, les manuels du début du XX^e siècle ne sont pas différemment organisés : à une présentation sur l'État et la constitution suit une analyse des institutions politiques. En dépit de sa présentation originale, marquée par une volonté de concilier le pouvoir et la liberté, Maurice Hauriou cède au même tropisme. Son *Précis de droit constitutionnel* se structure ainsi autour d'une analyse de l'État, de la constitution et des libertés⁷⁴⁹. De même, malgré la singularité de sa pensée, Léon Duguit organise son *Traité de droit constitutionnel* autour de thématiques identiques. À l'exception du premier relatif plus spécifiquement à la règle de droit, les quatre volumes suivants reprennent les thèmes classiques : l'État, l'organisation politique de la France – c'est-à-dire les institutions – et les libertés publiques. Au sein de l'ensemble des ouvrages de cette période, il est frappant de constater qu'en l'absence de toute juridictionnalisation un vaste exposé est souvent consacré aux droits et libertés individuels, à travers parfois un inventaire fort détaillé⁷⁵⁰. Il en résulte qu'au titre des éléments permanents figurent les grands principes constitutionnels et les institutions politiques. Et chacun de ces éléments reflète bien un droit constitutionnel juridicisé, en d'autres termes la nécessité d'encadrer juridiquement l'État et ses organes politiques par la Constitution.

159. Malgré tout, le juge est assez largement négligé des ouvrages de cette première période. Le droit constitutionnel n'étant pas juridictionnalisé, les auteurs se limitent à traiter la

⁷⁴⁸ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit.

⁷⁴⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit.

⁷⁵⁰ V. par exemple M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Éléments de droit constitutionnel français*, op. cit.. Seul Antoine Saint-Girons exclura ce thème de son analyse, puisqu'il propose de traiter « uniquement des pouvoirs publics et du rôle que les citoyens jouent dans l'organisation et le fonctionnement de ces pouvoirs », A. SAINT-GIRONS, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. III.

question juridictionnelle au sein de développements relatifs à la distinction des pouvoirs, dans le cadre de l'étude du pouvoir judiciaire, voire du pouvoir exécutif⁷⁵¹. Sous la III^e République, le juge était également traité à travers une présentation de la justice politique mise en œuvre par la Haute Cour de justice⁷⁵². S'agissant en revanche du juge constitutionnel en particulier, il n'était étudié que sous un angle de droit comparé, singulièrement à travers l'exemple américain, et les auteurs du début du XX^e siècle, ainsi que nous l'avons observé⁷⁵³, en déploraient l'inexistence en droit français. La critique ainsi formulée de l'absence de contrôle de constitutionnalité ne consistait toutefois pas à affirmer l'absence de juridicité du droit constitutionnel – interrogation en réalité, nous le verrons, proprement normativiste. Il s'agissait de remettre en cause la hiérarchie des organes qui aboutissait à ce que le Parlement usurpe la souveraineté qui n'appartenait qu'à la Nation. Que la loi soit l'expression de la volonté générale, qu'elle soit par conséquent incontrôlable, ne dit rien quant à la juridicité de la discipline ayant la loi pour objet. Bien que non *juridictionnalisés*⁷⁵⁴, le droit constitutionnel classique est dès lors bien un droit *juridicisé*, puisque figurant au rang des disciplines juridiques académiques.

b) Le droit constitutionnel réaliste

160. À partir du *Traité de droit constitutionnel* de Joseph Barthélemy, le droit constitutionnel se fit plus pragmatique. C'est le commencement de la deuxième période, allant de 1933 à 1971, que l'on appellera le *droit constitutionnel réaliste*. « Réaliste » est ici employé dans un double sens : il entend signifier tout à la fois une méthode empirique, attachée à rendre compte de la réalité des faits politiques, mais également un postulat relativiste, indifférent aux valeurs. Olivier Beaud parle ainsi de « réalisme constitutionnel » à propos du tournant initié par René Capitant quant à la place du droit constitutionnel non écrit, et singulièrement de la coutume constitutionnelle, et prolongé par Pierre Avril sous la V^e République avec les « conventions de la constitution »⁷⁵⁵. L'expression « droit constitutionnel réaliste » se rattache donc à la volonté de ne pas se limiter à la seule Constitution afin de rendre compte de la réalité juridique telle qu'elle existe en pratique, à travers notamment l'interprétation des acteurs

⁷⁵¹ Pour Antoine Saint-Girons par exemple, le juge est un organe du pouvoir exécutif, A. SAINT-GIRONS, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 323.

⁷⁵² A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 1054 *sqq.*

⁷⁵³ V. *supra*, § 119-124.

⁷⁵⁴ Olivier Beaud affirme ainsi en ce sens que l'une des caractéristiques du droit constitutionnel classique est « une revendication non seulement de la juridicité du droit public, mais aussi d'une spécificité de ce droit, de sa dogmatique juridique et de sa méthodologie », O. BEAUD, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n° 32, 2000, p. 89.

⁷⁵⁵ O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 263-264.

politiques. Or, cette deuxième période, quoique qualifiée de « politiste » par la doctrine contemporaine, n'a nullement remis en cause la juridicisation du droit constitutionnel.

161. Posant la question de savoir « pourquoi le droit constitutionnel ne serait-il pas une science d'observation, utile et positive », Joseph Barthélemy affirme vouloir « compromettre la robe professorale en étudiant les institutions de l'heure présente, non point comme des abstractions mais comme des réalités vivantes »⁷⁵⁶. La théorie – l'étude des grands concepts et doctrines – sera dès lors marginalisée. Ainsi, « l'originalité de la méthode constitutionnelle prônée par Barthélemy consiste à fonder la nouvelle science du droit sur l'observation des faits politiques »⁷⁵⁷. Celle-ci doit être une « science des réalités »⁷⁵⁸. Mais c'est surtout au sortir de la Seconde Guerre mondiale que l'on date communément le changement de paradigme de la discipline, qui marque pour la science politique les années de « son essor et de sa reconnaissance institutionnelle »⁷⁵⁹. Le droit constitutionnel aurait été alors absorbé par la science politique, ou, du moins, arimé à elle. On retrouve un exemple archétypique de ces transformations avec les ouvrages du doyen Vedel et de Maurice Duverger. Le *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* du premier innove en effet en ce qu'il traite dans un premier temps de la démocratie, en intégrant la question marxiste, alors très prégnante, et dans un second temps des institutions politiques de la France. Sur la question du juge, Georges Vedel considérait que l'absence de contrôle de constitutionnalité n'était pas problématique dès lors que le Parlement se voulait respectueux des principes du « libéralisme politique »⁷⁶⁰. Du reste, la question de l'opportunité d'un juge en droit constitutionnel, est pour lui « une question politique, non juridique »⁷⁶¹.

162. Cette période est donc marquée par un très profond *relativisme juridique* : le droit s'identifie à son application et la façon dont il est appliqué ne dépend que des circonstances et des préjugés politiques. La connaissance du droit constitutionnel est conjoncturelle ; elle est *relative*. L'étude successive de la démocratie classique et de la démocratie marxiste que proposait le doyen Vedel, toutes deux indifféremment qualifiées de démocratie au nom d'un présupposé positiviste, permet de le démontrer⁷⁶². Mais ce sont surtout les œuvres de Maurice

⁷⁵⁶ « Préface de 1926 » in J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, rééd. Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004, IX.

⁷⁵⁷ O. BEAUD, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », art. cité, p. 100.

⁷⁵⁸ J. BARTHÉLEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Paris, Giard et Brière, 1906, p. 651.

⁷⁵⁹ P. RAYNAUD, « Le droit et la science politique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 3 [en ligne].

⁷⁶⁰ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, p. 126-127.

⁷⁶¹ *Ibid.*, 127.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 14 *sqq.*

Duverger qui illustrent de manière éclatante cette transformation. L'auteur s'attache en effet à la description du système politique français et propose d'étudier, en sus des institutions juridiques, les « institutions de fait, comme les partis politiques et les groupes de pression »⁷⁶³. Pour lui, « on ne doit plus se borner à l'analyse des institutions établies par la Constitution et les textes qui la complètent, mais étudier aussi leur fonctionnement concret et en rapprocher les institutions de fait non prévues par les textes »⁷⁶⁴. Or, s'il propose d'intituler son manuel *Institutions politiques et droit constitutionnel*, c'est parce qu'il estime que les institutions politiques priment le droit constitutionnel ; qu'elles « le dépassent et le dominent largement »⁷⁶⁵.

163. Ce tournant dit « politiste » n'a, toutefois, pas porté préjudice à la juridicité du droit constitutionnel. Si la science politique s'est en effet « dé-juridicisée »⁷⁶⁶, tel n'a pas été le cas du droit constitutionnel. Les deux disciplines se sont en réalité autonomisées, avant que la science politique prenne une place plus importante que le droit constitutionnel, qui fut alors largement négligé. Il s'agit plus d'une querelle académique entre deux disciplines qui se disputent le devant de la scène que d'une transformation profonde du droit constitutionnel et de la remise en cause de sa juridicité. C'est ce qu'illustre notamment la démarche de Maurice Duverger, auteur d'un *Manuel de droit constitutionnel et de science politique* dont l'intitulé pourrait laisser penser à une absorption du premier par le second. Pourtant, la « stratégie agressive »⁷⁶⁷ de celui-ci consistait à défendre « la thèse d'un “dualisme radical” entre le droit constitutionnel et la science politique » et de leurs méthodes respectives⁷⁶⁸. Ce dualisme était critiqué par les constitutionnalistes de la IV^e République, qui considéraient que « le droit constitutionnel n'a jamais été fermé aux problématiques de la science politique »⁷⁶⁹. Pour autant, le droit constitutionnel réaliste n'a pas véritablement heurté la dimension juridique de la discipline, mais bien plutôt sa dimension théorique⁷⁷⁰. Plus précisément, elle a entendu se

⁷⁶³ M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Tome 1, *Les grands systèmes politiques*, Paris, PUF, 18^e éd., 1990, p. 22.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 14.

⁷⁶⁶ J. CHEVALLIER, « Science du droit et science du politique. De l'opposition à la complémentarité » in CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 255.

⁷⁶⁷ B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2020, p. 271.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 271-272.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 283.

⁷⁷⁰ Ainsi que le relève Olivier Beaud dans sa critique du *Traité de droit constitutionnel* de Joseph Barthélemy, un tel « pragmatisme » conduit à « dénier tout intérêt à l'étude de la théorie de l'État et de la théorie constitutionnelle », O. BEAUD, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », art. cité, p. 104.

détacher de l'idéologie du constitutionnalisme. Benjamin Fargeaud démontre en ce sens que la doctrine constitutionnelle de la IV^e République, sous l'impulsion de Marcel Prélot, a procédé à une redéfinition du droit constitutionnel consistant à rompre avec sa « définition "traditionnelle" », attachée à promouvoir le constitutionnalisme, au profit d'une définition très générale – et axiologiquement neutre – largement reprise par la suite : la « science des règles juridiques suivant lesquelles s'établit, se transmet et s'exerce l'autorité politique »⁷⁷¹. Le « tournant politiste » désigne donc davantage un mouvement de conversion des constitutionnalistes de l'époque à la science politique, à l'instar de Georges Burdeau⁷⁷². Autrement dit, les juristes deviennent politistes, ce qui ne signifie pas que le droit constitutionnel – pour ceux qui souhaitent encore s'y intéresser, ce qui était notamment le cas de René de Lacharrière, Julien Laferrière et Charles Eisenmann⁷⁷³ – se « dé-juridicise ».

c) Le droit constitutionnel juridictionnalisé

164. La troisième période, celle du droit constitutionnel contemporain, a pour point de départ la décision du Conseil constitutionnel de 1971. C'est le *droit constitutionnel juridictionnalisé*, que manifeste précisément le phénomène doctrinal de juridictionnalisation. Au sein des manuels de la période actuelle, les grands thèmes du droit constitutionnel y sont abordés de manière souvent identique à celle du droit constitutionnel classique. En effet, alors que les introductions proposent, le plus souvent, une définition du droit constitutionnel, la première partie, théorique, est d'ordinaire consacrée, selon les auteurs, à la théorie générale du droit constitutionnel, à la théorie générale de l'État, aux fondements du droit constitutionnel, à l'exposé des grands principes du droit constitutionnel et aux régimes politiques. Les parties suivantes traitent alors, outre l'histoire constitutionnelle française et les systèmes constitutionnels étrangers – ces derniers faisant l'objet de développements plus substantiels qu'auparavant –, des institutions politiques de la France, c'est-à-dire des institutions de la

⁷⁷¹ B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, op. cit., p. 261-264.

⁷⁷² G. BURDEAU, *Traité de science politique*. Tome I, *Le pouvoir politique*, Paris, LGDJ, 1949 ; Tome II, *L'État*, Paris, LGDJ, 1949 ; Tome III, *Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, LGDJ, 1950 ; Tome IV, *Les régimes politiques*, Paris, LGDJ, 1952 ; Tome V, *L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, Paris, LGDJ, 1953 ; Tome VI, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie*, Paris, LGDJ, 1956 ; Tome VII, *La démocratie gouvernante, ses structures gouvernementales*, Paris, LGDJ, 1957. La première édition du huitième tome paraîtra ensuite sous la V^e République, G. BURDEAU, *Traité de science politique*. Tome VIII, *La démocratie et les contraintes du Nouvel Age*, Paris, LGDJ, 1974.

⁷⁷³ B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, op. cit., p. 284-289.

V^e République⁷⁷⁴. En réalité, les connaissances propres au droit constitutionnel juridictionnalisé viennent compléter celles du droit constitutionnel classique, sans que la structure fondamentale n'en soit transformée – même si la juridictionnalisation au sein des manuels s'est opérée de façon tout à fait significative. Les développements relatifs à la protection de la Constitution par le juge ainsi que la justice constitutionnelle se joignent donc aux principes et concepts classiques, sans que ces derniers se voient substantiellement modifiés. Seul le manuel aixois de droit constitutionnel dirigé par le doyen Favoreu a pris acte de la juridictionnalisation au point de transformer la structure des manuels classiques, traitant plus largement de la justice constitutionnelle et de l'État de droit⁷⁷⁵.

2. Critique du discours sur la « rejuridicisation »

165. La juridictionnalisation n'apparaît donc sous la V^e République, et plus précisément en 1971, qu'avec la naissance du juge constitutionnel. Comment comprendre alors la formule du doyen Favoreu, selon laquelle le droit constitutionnel se « rejuridicise »⁷⁷⁶ ? Si la juridicisation est présentée comme la conséquence de la juridictionnalisation, alors le terme de « rejuridicisation » signifierait un retour du juge en droit constitutionnel, ce qui ne peut avoir de sens puisque le juge constitutionnel n'existait pas dans sa forme accomplie avant la V^e République. Faire valoir un « renouveau du droit constitutionnel »⁷⁷⁷ ou une « résurrection » de la notion de constitution⁷⁷⁸ suppose pourtant d'identifier un moment de rupture pour comprendre à quelle période se rattache le préfixe « re ». Autrement dit, il s'agit de savoir précisément quand le droit constitutionnel se serait « déjuridicisé ».

166. Or, il nous semble que la « rejuridicisation » a vocation à signaler le rattachement du droit constitutionnel contemporain à la doctrine des grands auteurs du début du XX^e siècle, c'est-à-dire au droit constitutionnel classique. Il s'agit donc de marquer une césure avec la deuxième période, celle du droit constitutionnel réaliste et le développement subséquent de la science politique. La « rejuridicisation » – et non la « rejuridictionnalisation » – est donc, pour Favoreu, celle de la discipline, et non du droit constitutionnel positif, ce qui vient corroborer

⁷⁷⁴ On notera que la question de la légitimité du pouvoir est la grande absente des manuels contemporains. V. pour la seule exception, D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2017.

⁷⁷⁵ L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*

⁷⁷⁶ L. FAVOREU, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit » in *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, rééd. in *La Constitution et son juge*, *op. cit.*, p. 1044 ; L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, rééd. 1991, p. 23.

⁷⁷⁷ *Renouveau du Droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007.

⁷⁷⁸ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5.

notre argument selon lequel la juridictionnalisation ne conditionne pas la juridicisation. Si la juridictionnalisation est présentée comme le facteur de cette renaissance, elle ne saurait en effet être confondue avec la juridicisation, dans la mesure où le droit constitutionnel classique était bien juridicisé et ce, en l'absence de juge constitutionnel.

167. L'analyse des traités et manuels permet donc de constater une permanence du droit constitutionnel juridicisé. Ce qui est droit constitutionnel aujourd'hui dans les traités et manuels fut droit constitutionnel hier. L'affirmation contraire, à laquelle souscrit le phénomène doctrinal de juridictionnalisation, présuppose une certaine conception de la juridicité, qu'il s'agira de contester.

§ 2. – Une représentation fragile de la juridicité

168. La confusion entre juridicisation et juridictionnalisation du droit constitutionnel révèle une conception contestable de la juridicité, dans la mesure où elle la conditionne à un impératif juridictionnel (A). Il conviendra alors de soulever les difficultés de cette vision en droit constitutionnel (B).

A. L'impératif juridictionnel comme condition de juridicité

169. L'impératif juridictionnel est présenté comme une condition de juridicité par les promoteurs du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Autrement dit, l'existence d'un juge veillant au respect de l'application du droit est posée comme une nécessité juridique. En droit constitutionnel, c'est à Kelsen qu'est attribuée la paternité de cette conception de la juridicité. La « garantie juridictionnelle de la Constitution »⁷⁷⁹ serait une condition *sine qua non* de la juridicité du droit constitutionnel. À son tour, Charles Eisenmann défendra le lien d'interdépendance entre le contrôle de constitutionnalité des lois et la juridicité de la constitution. Cette dernière, entendue comme un ensemble de « normes juridiquement obligatoires », ne saurait exister qu'au moyen de la justice constitutionnelle, et « devient ainsi et ainsi seulement la règle de droit suprême, principe de toute validité juridique »⁷⁸⁰. Le normativisme radicalise le constitutionnalisme classique afin d'exiger, non plus seulement l'existence de limites, mais de limites *effectives* à l'exercice du pouvoir. Le discours se déplace alors de la justice constitutionnelle comme fin à la justice constitutionnelle comme moyen. La

⁷⁷⁹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197.

⁷⁸⁰ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], rééd. Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1986, p. 22.

pensée normativiste considère à cet égard le contrôle de constitutionnalité comme *moyen* pour le droit constitutionnel de s'ériger en « vrai » droit, sanctionné par un juge. Pourtant, pour les auteurs classiques du début du XX^e siècle, l'impératif juridictionnel n'est pas une condition de *juridicité*, mais une condition de la garantie de l'*État de droit*, présentée comme une *finalité* du droit constitutionnel. C'est donc la vision normativiste, kelsénienne, selon laquelle le droit est un « ordre de contrainte »⁷⁸¹, qui a conduit la doctrine contemporaine à défendre cet impératif juridictionnel. En effet, si le droit est défini comme tel, cela signifie que « l'acte de contrainte », matérialisé par la sanction, est une condition de *juridicité*⁷⁸². Or, cet acte de contrainte est formulé par les juges qui veillent à ce que le droit soit respecté. Partant, c'est à partir de cette conception du droit qu'est déduite l'exigence du juge. Comme le soulève en ce sens Olivier Beaud, définir la constitution comme une norme conduit à la réduire à sa sanction par le juge constitutionnel⁷⁸³. C'est donc le concept de constitution-norme qui permet d'ériger le juge en garant de la *juridicité*. L'existence d'un juge constitutionnel n'a de pertinence que si la constitution est considérée comme une norme écrite et obligatoire qui s'impose aux pouvoirs publics, et non comme un « choix global du genre et de la forme de l'unité politique »⁷⁸⁴. Cette « convergence doctrinale vers la sanction comme critère de positivité »⁷⁸⁵ permet donc d'exalter une certaine conception de la constitution et du droit.

170. Là encore, le doyen Favoreu a été, depuis la mise en œuvre du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, le plus ardent défenseur de cette conception. Afin de soutenir l'idée selon laquelle le juge constitutionnel a marqué la naissance d'un nouveau droit constitutionnel « juridicisé », Favoreu pose la question suivante à l'appui de sa démonstration : « y aurait-il eu un droit administratif sans juge administratif ? »⁷⁸⁶. La réponse à cette question ne peut alors qu'être négative et justifie que le droit constitutionnel se tourne désormais davantage vers l'étude du contentieux constitutionnel. Parce que le juge constitutionnel est perçu comme une source de *juridicité*, l'analyse du droit constitutionnel doit nécessairement dans cette perspective prendre appui sur l'interprétation jurisprudentielle. Sans doute, les constitutionnalistes ne vont pas jusqu'à cette position extrême amenant certains juristes à considérer que « tout ce qui n'a rien à faire avec une possible intervention

⁷⁸¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 41.

⁷⁸² Eleonora Bottini démontre en ce sens que l'affirmation d'une juridicisation de la constitution est à situer dans la pensée normativiste, singulièrement kelsénienne, E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, *op. cit.*, p. 61-171.

⁷⁸³ O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 258.

⁷⁸⁴ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1993, trad. L. Deroche-Gurcel, p. 151.

⁷⁸⁵ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2002, p. 236.

⁷⁸⁶ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », art. cité, p. 14.

juridictionnelle des juges comme juges reste en dehors du champ du droit à proprement parler »⁷⁸⁷. Cependant, célébrer la naissance d'un « vrai » droit grâce au juge constitutionnel suppose l'existence d'un « faux » droit. En l'absence de juge constitutionnel, le droit constitutionnel d'avant la V^e République serait dès lors un « non-droit », c'est-à-dire, selon la définition du doyen Carbonnier, une « absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent »⁷⁸⁸. Plus problématique est l'affirmation de Didier Maus selon laquelle, avant la V^e République, le droit constitutionnel était « un droit sans juge et un droit non juridique »⁷⁸⁹, si bien que ceux qui regrettent l'expansion du contentieux constitutionnel sont « ceux qui demeurent attachés à une conception non juridique du droit constitutionnel »⁷⁹⁰. Ici, il ne s'agit pas d'émettre l'hypothèse d'un « non-droit », mais celle d'un « droit non juridique », à l'image d'une science non scientifique, d'une littérature non littéraire ou d'une musique non musicale. Une telle proposition ne peut que s'avérer hautement paradoxale. Si le droit constitutionnel était un « non-droit » ou un « droit non juridique », comment pourrait-il créer et encadrer les gouvernants ? En d'autres termes, comment penser un « non-droit » ou un « droit non juridique » qui pourtant institutionnalise le politique ? En tant qu'il est la mise en forme d'un ordre institutionnalisé, l'on voit mal comment le *droit* constitutionnel pourrait ne pas être du *droit*. C'est d'ailleurs à partir de la Révolution – qui marque la naissance du droit constitutionnel moderne – que « la Constitution est venue parachever le mouvement d'institutionnalisation, en plaçant l'édifice étatique tout entier sous le sceau du droit »⁷⁹¹. Certes, les institutions ont précédé la naissance de l'État – l'on pense ainsi immédiatement à l'institution de la Couronne⁷⁹² – si bien que le droit existait, par l'institution, avant l'État. Toutefois, c'est avec l'État – et la souveraineté – que le droit public a véritablement émergé. L'apparition des « lois fondamentales du Royaume » témoigne de ce changement de paradigme, car c'est par elles que l'idée de soumission du Roi

⁷⁸⁷ A. D'ORS, « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », *Droits*, n° 10, 1989, p. 51. L'auteur va jusqu'à affirmer qu'au sein du droit public, certaines disciplines relèvent « moins du droit que de l'organisation », *ibid.*, p. 52.

⁷⁸⁸ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 10^e éd., 2014, p. 25-26.

⁷⁸⁹ D. MAUS, « Où en est le droit constitutionnel ? » in *Mouvements du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 694 *sqq.* Il défend cette idée en considérant que l'enseignement des institutions politiques, qui ouvre à l'analyse politique et sociologique, à rebours du droit constitutionnel, est « opposé à l'analyse juridique », *ibid.*, p. 701.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 715.

⁷⁹¹ J. CHEVALLIER, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel » in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 196.

⁷⁹² M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 18 *sqq.*

à des règles qui lui sont supérieures surgira. Il semble alors douteux de penser l'État sans droit ; cet État qui est « la manifestation la plus éclatante [...] du phénomène institutionnel »⁷⁹³.

171. En réalité, l'affirmation d'un « non-droit » vise à placer les institutions politiques – et pourtant juridiques – hors du champ du droit constitutionnel. Elisabeth Zoller a ainsi pu considérer que le cours d'institutions politiques, à partir des années 1950, n'était pas un cours de droit constitutionnel. Les problèmes qui y étaient évoqués – singulièrement la question de la démocratie libérale et de la démocratie marxiste – « parce qu'ils ne pouvaient pas être traités à l'intérieur d'une constitution existante »⁷⁹⁴, ne sembleraient pouvoir relever de la discipline. Plus révélateur de cette pensée est l'argument du même auteur selon lequel la suppression des « institutions politiques » de l'intitulé du cours de « droit constitutionnel » par la réforme de 1997 ne signifie pas qu'il faudrait « ne s'intéresser qu'au contentieux et n'enseigner le droit constitutionnel qu'à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel. *C'est pourquoi les politistes ont évidemment leur place et un rôle spécifique à jouer dans l'enseignement du droit constitutionnel* »⁷⁹⁵. Autrement dit, l'auteur assigne aux politistes, et non aux juristes, la tâche d'enseigner les institutions politiques. Le droit constitutionnel aurait donc, grâce au juge, évolué positivement dans la mesure où il se réfère désormais aux seules sources écrites et évacue le phénomène politique de son champ d'étude. Lorsque le droit constitutionnel reposait en grande majorité sur des sources non écrites – la coutume ainsi que la tradition –, le pouvoir politique n'était, selon cette conception, encadré par aucune *norme*. Le juge constitutionnel a ainsi renforcé le droit constitutionnel comme droit, puisque la jurisprudence, qui est « une variété du droit écrit, et non de la coutume »⁷⁹⁶, constitue depuis lors l'une de ses principales sources.

172. Si l'affirmation selon laquelle, en l'absence de juge, le droit constitutionnel ne pouvait être du droit est contestable, il s'avère au surplus excessif de considérer que le droit constitutionnel d'avant la V^e République était un droit sans juge. Certes, dans sa dimension organique, le juge constitutionnel est formellement né avec la Constitution du 4 octobre 1958, dont l'article 61 confie au Conseil constitutionnel le soin de vérifier la conformité de la loi à la Constitution. Cependant, le juge constitutionnel peut aussi se définir matériellement comme le juge qui traite de la matière constitutionnelle⁷⁹⁷. Ainsi, dans une acception matérielle, le juge

⁷⁹³ Même s'il « n'est qu'un phénomène secondaire qui s'adosse à un phénomène premier : la nation », G. RENARD, *La Théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Sirey, 1930, p. 151-152.

⁷⁹⁴ E. ZOLLER, « L'enseignement du droit public après la réforme universitaire de 1997 », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 61.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 61. Nous soulignons.

⁷⁹⁶ R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 20 décembre 1929, rééd. *RDP*, 1979, p. 961.

⁷⁹⁷ V. en ce sens, F. BATAILLER, *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1966, p. 7.

judiciaire comme le juge administratif exercent une fonction de justice constitutionnelle. Certes, ils se refusent tous deux à effectuer un contrôle de la constitutionnalité des lois⁷⁹⁸, et ce en dépit de sollicitations pressantes d'une partie de la doctrine contemporaine⁷⁹⁹. Mais il n'en demeure pas moins que les textes constitutionnels servaient déjà de fondement à leurs décisions. Dès lors, si, avant 1971, la juridictionnalisation du droit constitutionnel n'a pas eu lieu, ce n'est pas parce que les juges ne s'intéressaient pas à la constitution, mais parce que *la doctrine ne s'intéressait pas aux juges qui s'intéressaient à la constitution*. Le juge administratif a en effet bel et bien exercé sous les III^e et IV^e Républiques un rôle de juge constitutionnel – bien avant, donc, que l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité ne vienne accentuer ce rôle d'interprète de la constitution⁸⁰⁰. Ce rôle se manifestait, d'abord, par des références au texte de la Constitution pour statuer sur une matière constitutionnelle⁸⁰¹. Il se manifestait, ensuite, par la mobilisation de principes constitutionnels afin de statuer sur un domaine proprement constitutionnel – singulièrement à travers la notion de « tradition constitutionnelle »⁸⁰². Il se manifestait, enfin, à travers l'hypothèse de l'abrogation implicite de

⁷⁹⁸ Cass., Crim., 11 mai 1833, *Paulin, S.*, 1833, 1, p. 358 et CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi, Rec.*, p. 966.

⁷⁹⁹ V. par exemple, A.-M. LE POURHIET, « *Marbury v. Madison* est-il transposable en France ? » in E. ZOLLER (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2003, p. 135 ; D. DE BÉCHILLON, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour Suprême » in *Renouveau du Droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 109 ; J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2009.

⁸⁰⁰ V. notamment, S.-J. LIÈBER et D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355 ; D. MAUS, « La Cour de cassation, juge constitutionnel », *RDP*, 2011, p. 1438 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 691 et, du même auteur, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *NCCC*, n° 40, 2013 [en ligne] ; M. HAULBERT, *L'interprétation normative par les juges de la QPC*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2020.

⁸⁰¹ Ainsi, dans sa décision *Heyriès* du 28 juin 1918, le Conseil d'État se réfère à l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1975 pour attribuer aux pouvoirs publics la tâche « de veiller à ce que, à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche », CE, 28 juin 1918, *Heyriès, Rec.*, p. 651, *GAJA*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 22^e éd., 2019, n° 29. De même dans la décision *Dehaene*, le Conseil d'État se réfère expressément à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « le droit de grève s'exerce dans le cadre de lois qui le réglementent », CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene, Rec.*, p. 426., *GAJA, op. cit.*, n° 57.

⁸⁰² En 1952, le Conseil d'État s'est ainsi référé au « principe traditionnel de droit public » selon lequel un gouvernement démissionnaire « ne pouvait que procéder à l'expédition des affaires courantes », CE, Ass., 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, Rec.*, p. 210. De même, sur la question de savoir si un gouvernement ayant fait l'objet d'une motion de censure était ou non compétent pour adopter des actes qui allaient au-delà de l'expédition des affaires courantes, le Conseil d'État réaffirma le « principe traditionnel du droit public » selon lequel « le gouvernement démissionnaire garde compétence, jusqu'à ce que le président de la République ait pourvu par une décision officielle à son remplacement, pour procéder à l'expédition des affaires courantes », CE, Ass., 19 octobre 1962, *Sieur Brocas, Rec.*, p. 553. Plus encore, dans un avis du 6 février 1953, le Conseil d'État se prononça sur la question de savoir si l'article 13 de la Constitution de 1946 permettait ou non au gouvernement d'adopter des décrets-lois. Le juge administratif a répondu en considérant que « certaines matières sont réservées à la loi soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, dont les principes ont été réaffirmés par le Préambule », CE avis, 6 février 1953, *RDP*, 1953, p. 170.

lois anciennes, qui permet au juge administratif, lorsqu'une nouvelle constitution entre en vigueur, de procéder à l'abrogation des lois qui entrent en contradiction avec le nouveau régime constitutionnel⁸⁰³. Mais les exemples jurisprudentiels s'avéraient épars et souvent justifiés par des circonstances particulières, si bien que la littérature juridique ne pouvait guère faire le constat d'une juridictionnalisation du droit constitutionnel permise par la jurisprudence administrative. Ceci est d'autant plus vrai que, si le juge administratif « statue sur des espèces mettant en cause les thèmes constitutionnels, le droit constitutionnel, au sens matériel »⁸⁰⁴, la théorie de la loi-écran fait obstacle à toute possibilité de contrôle juridictionnel de constitutionnalité de la loi⁸⁰⁵. Dès lors, le droit constitutionnel ne pouvait évidemment être envisagé avec le juge administratif comme un droit proprement juridictionnalisé. Mais la différenciation à opérer doit alors être entendue en termes de degré, et non de nature. Or, précisément, l'affirmation de juridicisation, confondue avec le constat de la juridictionnalisation, doit être comprise non pas comme un changement radical opéré sur la discipline, mais comme un degré supplémentaire de juridicité atteint grâce à la juridictionnalisation. La juridictionnalisation désignerait, en ce sens, le *degré suprême de juridicité*. S'il ne peut y avoir de juridictionnalisation sans juridicisation, la réciproque n'est en revanche pas vraie. Le droit constitutionnel juridicisé existe en l'absence de juge, si bien que la juridictionnalisation n'est pas une *condition de juridicité*. C'est en réalité ce que le doyen Favoreu entendait par « juridicisation du droit constitutionnel » : non pas un droit constitutionnel qui serait juridicisé par la juridictionnalisation, mais un droit qui aurait atteint le degré suprême de juridicisation avec l'émancipation du Conseil constitutionnel. Aussi est-ce parce que cette nuance ne transparaît pas nettement de l'argumentation du doyen Favoreu que l'idée d'après laquelle le contrôle de constitutionnalité des lois a marqué la naissance d'un véritable droit constitutionnel juridicisé – juridicisé parce qu'apte à saisir le politique – est désormais ancrée dans la pensée constitutionnelle.

⁸⁰³ V. parmi les premières, CE, Avis, 4 Nivôse an VIII, Rec. Duvergier, p. 47 ; *Recueil Dalloz*, 1999, p. 705, note B. Pacteau. V. également sur ce sujet, S. FERRARI, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *RFDC*, n° 83, 2010, p. 497.

⁸⁰⁴ F. BATAILLER, *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁰⁵ Comme l'a relevé le commissaire du gouvernement Latournerie sur la décision *Arrighi*, « sans doute, la loi constitutionnelle n'échappe-t-elle pas plus que la loi simple, quoi que certains auteurs en aient dit, au pouvoir d'interprétation du juge. Mais si votre jurisprudence *Heyriès* l'a fait prévaloir sur la loi simple, c'est sur l'appréciation de la légalité, non pas de cette dernière loi, mais de l'acte administratif qui, provisoirement, l'avait suspendue », conclusions Latournerie sur CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi* in H. DE GAUDEMAR, D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, Vol. 1 : 1831-1940, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Les Grandes décisions », 2015, p. 903

B. Les apories de cette conception de la juridicité en droit constitutionnel

173. Le caractère problématique de la juridicité tient en droit constitutionnel à sa confrontation avec le concept de souveraineté. La souveraineté étant en effet fondamentalement illimitée de l'extérieur, la « juridicisation » du souverain est impensable. Qu'en est-il toutefois du « magistrat souverain », selon l'expression d'Olivier Beaud, c'est-à-dire celui dont le pouvoir est « situé au-dessus des autres pouvoirs publics – pouvoir suprême – mais théoriquement limité et donc hétéro-limité par la Constitution – idée du magistrat »⁸⁰⁶ ? Comme le souligne l'auteur, depuis 1958, le « magistrat souverain » n'est plus, comme sous les III^e et IV^e Républiques, le Parlement, mais le président de la République⁸⁰⁷. Or, alors que les actes du Parlement, auparavant intouchables, sont dorénavant contrôlés par un juge constitutionnel spécial, il n'en est pas de même des actes politiques du chef de l'État. La seule lecture de la Constitution permet aisément de constater que le juge constitutionnel n'intervient pas dans l'exercice par le Président de la République de ses compétences, si ce n'est à titre consultatif⁸⁰⁸. Comme si, au fond, les actes adoptés par celui qui se trouve au sommet de la hiérarchie des organes ne pouvaient se voir juridictionnalisés. La juridictionnalisation n'a dès lors pas provoqué une juridicisation du droit constitutionnel ; elle n'est que la conséquence du déplacement du titulaire du pouvoir suprême, qui n'appartient plus au Parlement, mais au chef de l'État. C'est ce changement dans l'exercice du pouvoir qui a permis l'essor de la juridictionnalisation en droit constitutionnel.

174. L'impératif juridictionnel comme critère de juridicité apparaît donc assez largement aporétique : conditionner l'existence de la règle de droit à la sanction juridictionnelle conduit, en droit constitutionnel, à exclure tout ce qui n'est pas sanctionné juridictionnellement, c'est-à-dire une part considérable des sources du droit constitutionnel. Le droit constitutionnel, s'il est droit du pouvoir politique, n'est pas droit du seul pouvoir parlementaire. Or, la juridicité aurait été atteinte par l'avènement du Conseil constitutionnel, ceci alors même qu'il ne contrôle que la seule constitutionnalité des lois, à l'exclusion des actes du pouvoir exécutif. Louis Favoreu le reconnaît lorsqu'il distingue le « contentieux des actes juridiques » et le

⁸⁰⁶ O. BEAUD, « Le Souverain », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 40.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 41 *sqq.*

⁸⁰⁸ Notons toutefois que, depuis la révision constitutionnelle de 2008 (loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, *JORF* n° 171 du 24 juillet 2008), l'article 16, relatif au déclenchement des pouvoirs exceptionnels du président de la République, prévoit un contrôle facultatif, dès 30 jours, ainsi qu'un contrôle de plein droit du Conseil constitutionnel, à l'issue d'un délai de 60 jours, de la nécessité du maintien de cet article au regard des conditions d'exercice de ces pouvoirs exceptionnels, tenant à l'existence d'une menace grave et immédiate et à l'interruption du « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels ».

« contentieux des comportements politiques »⁸⁰⁹, ce dernier ne relevant pas de la compétence du Conseil constitutionnel. Pourtant, par-delà les « comportements politiques », l'impératif juridictionnel ne peut guère davantage être posé comme condition de juridicité des actes juridiques. Parmi ces derniers, il nous semble possible de distinguer les actes de création et les actes d'application du droit.

175. S'agissant d'abord des actes de création, le juge constitutionnel n'intervient pas dans l'exercice par le Président de la République de ses compétences⁸¹⁰. Certes, le juge administratif est habilité à contrôler la constitutionnalité des actes administratifs, à la condition que la loi ne fasse pas écran entre l'acte et la Constitution. Cependant il se refuse à contrôler les actes de gouvernement⁸¹¹, que Louis Favoreu qualifie « d'actes injusticiables »⁸¹². Ces actes de gouvernement échappent au contrôle du juge en raison de leur « caractère essentiellement politique » : ils sont « de nature plus constitutionnelle qu'administrative, car généralement pris par des organes constitutionnels, et, dans tous les cas, dans l'exercice d'une attribution constitutionnelle spécifique, traduisant la mise en œuvre de la souveraineté »⁸¹³. Figurent par exemple parmi la liste de ces actes le décret prononçant dissolution de l'Assemblée nationale conformément à l'article 12 de la Constitution⁸¹⁴, ou encore l'acte par lequel le chef de l'État décide de recourir aux pouvoirs exceptionnels de l'article 16⁸¹⁵. Peu nombreux parmi la multitude d'actes adoptés par le président de la République, qui sont pour la grande majorité d'entre eux des actes administratifs classiques, les actes de gouvernement sont aussi mineurs quantitativement que d'une grande importance politique. Or, quoique dispensés de sanction juridictionnelle, ces actes méritent l'analyse en droit constitutionnel et aucun manuel de droit constitutionnel traitant de la V^e République ne passe outre la question de la dissolution de l'Assemblée nationale par le président de la République ou celle des pouvoirs exceptionnels de

⁸⁰⁹ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 14 *sqq.*

⁸¹⁰ V. en ce sens, Ph. BLACHÈRE, « Le président de la République et le Gouvernement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 50, 2016 [en ligne].

⁸¹¹ CE, 1^{er} mai 1822, *Laffite, Rec.*, 1821-1825, p. 202. V. l'évolution du critère du mobile politique avec CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon, Rec.*, p. 155, *GAJA, op. cit.*, n° 3.

⁸¹² L. FAVOREU, « Pour en finir avec la “théorie” des actes de gouvernement » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 613.

⁸¹³ E. CARPENTIER, « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *AJDA*, 2015, p. 800. Ainsi, « seuls les actes réglementaires préparatoires aux votations font l'objet de ce contrôle *a minima*. Les actes politiques du président de la République échappent à la compétence du Conseil constitutionnel à l'image du décret portant dissolution de l'Assemblée nationale », Ph. BLACHÈRE, « Le président de la République et le Gouvernement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cité [en ligne].

⁸¹⁴ CE, 20 février 1989, *Allain, Rec.*, p. 60.

⁸¹⁵ CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens, Rec.*, p. 143, *GAJA, op. cit.*, n° 74.

l'article 16, dont le décret bénéficie pourtant, dans l'un comme dans l'autre cas, d'une immunité juridictionnelle.

176. S'agissant ensuite des actes d'application du droit, ceux-ci échappent également au contrôle du juge. Ainsi, par exemple, l'acte d'interprétation par le président de la République de l'article 11 de la Constitution est bien un acte juridique, puisque le fait de déclencher un référendum afin de réformer la Constitution par le biais de cet article a des conséquences sur l'ordre juridique. Or, cet acte du Président de la République ne fait l'objet d'aucun contrôle juridictionnel. Le Conseil constitutionnel se refuse en effet à contrôler les lois référendaires proposées par le Président en ce qu'elles constituent l'expression de la souveraineté du peuple⁸¹⁶ – alors pourtant qu'il effectue un contrôle sur les propositions de lois référendaires de l'article 11⁸¹⁷. En outre, selon l'article 8 de la Constitution, le Président « nomme le Premier ministre » et « met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement ». Or, l'on sait qu'en réalité, le chef de l'État est libre de révoquer le Premier ministre lorsqu'il est soutenu par la majorité parlementaire. Il résulte de tout cela que « le système laisse à l'appréciation souveraine d'organe politiques l'interprétation et la pratique de pans entiers de l'ordre constitutionnel, (...) à l'exemple du refus de signature des ordonnances par le chef de l'État : ce dernier restait nécessairement l'interprète souverain de sa propre compétence en la matière »⁸¹⁸. L'on peut, certes, dénoncer l'inconstitutionnalité de ces actes d'application, mais il n'est guère possible de nier leur juridicité⁸¹⁹. La juridicité ne peut être prescrite : elle ne peut être constatée. Cet écart entre le texte et sa concrétisation est précisément rejeté par Kelsen. Ou, plus spécifiquement, le juriste autrichien considère que seule la norme intéresse le droit, et singulièrement la science du droit. Le rapport de causalité entre l'être, le *Sein*, et le devoir-être, le *Sollen*, est ainsi niée, puisque « de ce que quelque chose *est*, il ne peut s'ensuivre que quelque chose *doit-être* ; non plus que, de ce que quelque chose *doit être* il ne peut s'ensuivre que

⁸¹⁶ Cons. const., 6 novembre 1962, n° 62-20 DC, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, JORF du 7 novembre 1962, p. 10778 et Cons. const., 23 septembre 1992, n° 92-313 DC, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, JORF du 25 septembre 1992, p. 13337.

⁸¹⁷ Le Conseil constitutionnel doit en effet se prononcer « sur la conformité à la Constitution d'une telle proposition de loi avant toute discussion devant les assemblées », Cons. const., 5 décembre 2013, n° 2013-681 DC, *Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution*, JORF du 7 décembre 2013, p. 19955.

⁸¹⁸ O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n° 43, 2006, p. 82. Dans un sens similaire, v. A. LE DIVELLEC, « Un ordre constitutionnel confus. Indiscrétion et incertitudes de la Constitution française » in *1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, Paris, Litec-LexisNexis, 2008, p. 155. Michel Fromont déplore cela et considère que la constitution doit s'imposer directement aux trois pouvoirs de l'État. À défaut, le système de justice constitutionnelle serait défaillant, M. FROMONT, « La notion de justice constitutionnelle et le droit français » in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, op. cit., p. 149

⁸¹⁹ V. en ce sens, D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 269.

quelque chose *est* »⁸²⁰. Par conséquent, en réduisant le droit constitutionnel au droit sanctionné par un juge, on renie un vaste champ de règles concrétisées par le pouvoir politique⁸²¹.

177. Surabondamment, Kelsen lui-même admettait que la juridicité du droit ne pouvait être conditionnée à sa « sanctionnabilité »⁸²². Le juriste autrichien distinguait en effet la juridicité de l'efficacité. La condition d'efficacité d'une norme est satisfaite, soit lorsqu'elle est respectée par les destinataires de cette norme, soit lorsqu'elle est assortie d'une sanction⁸²³. Il se refuse ainsi à réduire la validité à l'efficacité. En ce sens, l'affirmation selon laquelle « sans le contrôle de constitutionnalité, la pyramide s'effondre ! »⁸²⁴ semble pour le moins discutable, dans la mesure où Kelsen considérait qu'une loi valable déclarée inconstitutionnelle « est une *contradictio in adjecto* : car une loi ne peut être valable qu'en vertu de la Constitution »⁸²⁵. Dès lors, même en l'absence de contrôle, une loi en vigueur est nécessairement valable, si bien que, sans le contrôle de constitutionnalité, la pyramide ne « s'effondre » pas, puisque les normes qui ne sont pas contrôlées sont réputées valables. Le fondement de la validité est en effet, pour Kelsen, la norme fondamentale. Dès lors, l'efficacité « est une condition de la validité, mais elle n'est pas cette validité elle-même »⁸²⁶. La validité, de l'ordre du devoir-être, se distingue ainsi chez Kelsen de l'efficacité, qui relève de l'être. En ce sens, la sanction est une « condition de l'efficacité du droit »⁸²⁷, et non de sa validité. Toutefois, cette condition de validité est soumise à un certain seuil d'acceptabilité. Au fond, Kelsen opère une distinction entre deux types d'inefficacité de la norme ; types que nous proposons de qualifier d'inefficacité relative et d'inefficacité absolue. L'*inefficacité relative* concerne les cas dans lesquels seules certaines normes ne sont pas respectées. Loin de porter préjudice à la validité, cette inefficacité relative rend le système normatif expédient, dans la mesure où c'est l'écart entre la norme et le fait qui,

⁸²⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 193.

⁸²¹ Ceci alors même que « les rapports que les pouvoirs publics entretiennent entre eux échappent à son contrôle pour l'essentiel, ce qui préserve un vaste espace pour les règles non écrites », P. AVRIL, « Une "survivance" : le droit constitutionnel non écrit ? » in *Mélanges Philippe Ardant. Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p. 5.

⁸²² Pour Kelsen en effet, « la définition du droit en tant qu'ordre de contrainte peut être maintenue même si la norme qui institue un acte de contrainte n'est pas elle-même à son tour liée en une relation essentielle avec une norme qui attache une sanction au fait de ne pas ordonner ou de ne pas exécuter un acte de contrainte dans tel ou tel cas concret, c'est-à-dire si la prévision de l'acte de contrainte dans la règle ne représente pas juridiquement, objectivement, un commandement mais seulement une permission positive ou une attribution de pouvoir, une habilitation », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 58.

⁸²³ *Ibid.*, p. 19.

⁸²⁴ D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs-Politique », 3^e éd., 1998, p. 21.

⁸²⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 267. Les lois prétendent « inconstitutionnelles » sont ainsi plutôt considérées par le juriste autrichien comme « des lois "constitutionnelles" annulables par une procédure particulière », H. Kelsen, *ibid.*, p. 270.

⁸²⁶ *Ibid.*, p. 216.

⁸²⁷ E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, op. cit., p. 88.

pour Kelsen, justifie l'existence de la norme⁸²⁸. Au contraire, seule l'*inefficacité absolue*, c'est-à-dire les cas dans lesquelles les normes ne sont pas « effectivement obéies et appliquées, *en gros et de façon générale* »⁸²⁹, permet d'affirmer que le système normatif n'apparaît plus comme valide. L'inefficacité d'une norme n'est donc pas, par elle-même, considérée comme problématique ; seule l'inefficacité absolue l'est. Si la juridicité est associée chez Kelsen à la validité, la sanction juridictionnelle, qui assure la seule efficacité de la norme, ne peut alors apparaître comme une condition de juridicité.

178. Une telle confusion s'est pourtant opérée avec l'importation en France de la pensée de Kelsen par Charles Eisenmann. Selon ce dernier, la justice constitutionnelle n'est pas seulement une garantie de la constitution, mais encore l'unique condition de sa juridicité⁸³⁰. Pourtant – et Eisenmann l'admettra lui-même – le non-respect de la constitution ne peut être pensé au même titre que le non-respect d'une loi, d'un règlement ou d'un contrat. En effet, constater le non-respect de la constitution, c'est constater une rupture des règles essentielles de l'État, de nature à entraîner « l'anéantissement de la Constitution »⁸³¹. D'où la nécessité de distinguer entre la violation de lois constitutionnelles en particulier et la violation portant sur la Constitution comme « décision politique fondamentale », qui est « *plus* que des lois ou des normations » et qui provoque « un changement de constitution, et non une révision constitutionnelle »⁸³². Or, Eisenmann ne dit étonnamment par autre chose lorsqu'il affirme que « l'usurpation du pouvoir législatif ou constituant, atteignant l'ordre en vigueur en son principe même, en signifie l'écroulement, l'anéantissement irrémédiable. Elle marque la naissance d'un ordre nouveau, sans relation juridique – tout au moins directe – avec son prédécesseur, parce que sa validité découle d'une norme différente. C'est une révolution »⁸³³.

179. L'argumentation relative à la nécessité d'une sanction juridictionnelle s'avère en réalité aporétique, dans la mesure où, sur la question des sources, la discussion doctrinale se relève sans issue. La raison en est que, à l'instar de la tendance fâcheuse qui consiste parfois à faire découler de sa méthode une définition – ou essence – du droit constitutionnel, l'inclusion ou l'exclusion par la doctrine de telle ou telle source du droit constitutionnel diffère selon les présupposés méthodologiques de l'auteur. Le normativiste ne saurait ainsi reconnaître

⁸²⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 216.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 215.

⁸³⁰ Il considère ainsi que sans la justice constitutionnelle, « la Constitution n'est qu'un programme politique, à la rigueur obligatoire moralement, un recueil de bons conseils à l'usage du législateur », C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, op. cit., p. 22.

⁸³¹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 237.

⁸³² *Ibid.*, p. 243.

⁸³³ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, op. cit., p. 8-9.

l'existence du *Sein* – les coutumes et conventions de la constitution – dans la mesure où ses présupposés méthodologiques lui interdisent l'étude de ce qui ne relève pas du seul devoir-être⁸³⁴.

180. La solution à cette paralysie doctrinale ne serait-elle pas de porter son regard vers des horizons plus lointains ? Le droit constitutionnel anglais fournit à cet égard un exemple intéressant : même si les ordres juridiques français et anglais, profondément dissemblables, ne sont évidemment pas comparables, le droit anglais constitue une référence de droit constitutionnel non juridictionnalisé⁸³⁵. Ainsi que l'avait écrit Dicey, par deux éléments : d'un côté, le « droit de la constitution », défini comme des « règles mises en œuvre ou reconnues par les tribunaux », de l'autre, les « conventions de la constitution » qui relèvent de « coutumes, pratiques, maxims, ou préceptes qui ne sont pas mis en œuvre ou reconnus par les tribunaux », et qui ne forment pas un « corps de lois, mais de principes constitutionnels ou politiques (*constitutional or political ethics*) »⁸³⁶. Certes, Dicey, qui fut le premier à systématiser ces « conventions de la constitution »⁸³⁷ en fut aussi « l'un des premiers fossoyeurs »⁸³⁸, puisqu'il les considérait comme des règles politiques, mais non juridiques – reprenant à cet égard l'argument du « vrai droit » sanctionné par un juge⁸³⁹. Les conventions de la constitution ne relèvent, selon Dicey, pas du droit puisqu'elles ne sont pas mises en œuvre, imposées, par les tribunaux (« *enforced by the Courts* »)⁸⁴⁰. Conformément à l'opinion commune, c'est « la loi,

⁸³⁴ Carlos-Miguel Pimentel dénonce en ce sens « l'idéologie juridique » de la doctrine, qui conduit à ce « que l'on ne parviendra plus à s'entendre, selon qu'on est normativiste, réaliste, objectiviste ou non, etc., tant les prises de position peuvent sembler dictées *a priori* par l'école à laquelle on entend se rattacher », C.-M. PIMENTEL, « Les conventions de la constitution ou le conflit surmonté » in *Les mutations constitutionnelles*, Paris, Société de législation comparée, coll. « Colloques », 2013, p. 63.

⁸³⁵ Même si les évolutions récentes peuvent laisser percevoir l'émergence d'un phénomène de juridictionnalisation, la Cour suprême du Royaume-Uni ayant, pendant le référendum sur la sortie de l'Union européenne, en quelque sorte « juridictionnalisé » certaines conventions constitutionnelles. V. sur ce sujet, A. ANTOINE, *Le Brexit, une histoire anglaise*, Paris, Dalloz, 2020.

⁸³⁶ « *In the Introduction to this work stress was laid upon the essential distinction between the "law of the constitution", which consisting (as it does) of rules enforced or recognised by the Courts, makes up a body of "laws" in the proper sense of that term, and the "conventions of the constitution", which consisting (as they do) of customs, practices, maxims, or precepts which are not enforced or recognised by the Courts, make up a body not of laws, but of constitutional or political ethics* », A. V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution*, London, Macmillan and Co., 3^e éd., 1889, p. 341. Nous traduisons.

⁸³⁷ Thibaut Guilluy affirme en effet que « si Dicey n'est pas [...] le premier à remarquer l'existence de ces normes régissant l'exercice par les institutions de leurs pouvoirs légaux, il n'en est pas moins le premier à y consacrer une étude approfondie dans sa présentation de la Constitution britannique », T. GUILLUY, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution. Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2018, p. 166.

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 167.

⁸³⁹ *Ibid.* p. 167. V. aussi l'analyse de Denis Baranger, qui relève le lien établi par Dicey entre le « vrai droit constitutionnel » et la sanction juridictionnelle, établissant ainsi « une forme singulière de volontarisme constitutionnel, reposant sur le consentement des cours de justice », D. BARANGER, « La fin de la morale constitutionnelle (de la "constitution coutumière" aux conventions de la constitution) », *Droits*, n° 32, 2000, p. 65.

⁸⁴⁰ V. le chapitre XV relatif à la question de la sanction des conventions de la Constitution, A. V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution*, London, Macmillan and Co., 3^e éd., 1889, p. 362-394.

non la morale constitutionnelle qui forme le sujet approprié d'une étude juridique »⁸⁴¹, ce qui explique que l'attention soit exclusivement portée sur le droit de la constitution. Au fond, là encore, « la nature juridique ou non des conventions de la constitution [...] dépend entièrement de la définition du droit que l'on choisit de retenir »⁸⁴². Or, l'impératif juridictionnel comme critère de juridicité est fortement marqué dans la pensée juridique⁸⁴³. On la retrouve également chez Pierre Avril, qui fut à l'origine de l'importation – au reste problématique en raison de la profonde singularité du système constitutionnel anglais, difficilement transposable – des « conventions de la constitution ». Alors que l'auteur invite à regarder « la Constitution réelle » et ne pas se laisser enfermer dans l'écrit⁸⁴⁴, il établit pourtant un lien de corrélation entre la sanction juridictionnelle et la nature du droit. Semblablement aux présupposés normativistes, il oppose en effet la sanction juridictionnelle, de nature juridique seconde, à l'institution de l'ordre normatif, politique et premier⁸⁴⁵. Or, la juridicité est pensée non en termes de nature mais de degré : l'auteur concède ainsi que la sanction juridictionnelle institue un critère de « variation d'intensité juridique des normes », des « normes écrites justiciables » aux « normes non écrites non justiciables » – les conventions de la constitution⁸⁴⁶. En revanche, si la force juridique de ces dernières est faible, cela ne justifie pas pour Pierre Avril de les exclure de l'ordre constitutionnel : elles en font partie dans la mesure où elles produisent bien des « actes juridiques », et non de simples « faits »⁸⁴⁷. La convention se distingue ainsi de la pratique en ce qu'elle est dotée d'une véritable « force normative », puisqu'elle « est un mode de réalisation de la Constitution et des principes qu'elle porte »⁸⁴⁸. Au fond, les conventions de la constitution ne symbolisent pas le *droit politique*, mais le droit *et* la politique ainsi que la nécessité pour le droit de porter son regard au-delà du droit. Par-delà la pensée de Dicey ou de Pierre Avril, une

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 341. Nous traduisons.

⁸⁴² T. GUILLUY, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution. Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, op. cit., p. 213.

⁸⁴³ Thibaut Guilluy a en ce sens bien relevé les difficultés de la démarche consistant à définir les conventions de la constitution par rapport au critère de la sanction : « Il est [...] frappant de constater à quel point les conventions sont traditionnellement définies de manière négative, c'est-à-dire en insistant sur leur caractère non justiciable. Elles ne sont définies que dans un rapport d'opposition au droit : leur principale caractéristique est précisément qu'elles ne sont pas du droit ». Il propose ainsi de déplacer la question, en se demandant, du point de vue de la légitimité, pourquoi ces conventions ne sont pas justiciables. Or, cette absence de sanction juridictionnelle s'explique selon l'auteur par la « nature particulière » des règles conventionnelles, « qui est intrinsèquement politique », si bien que cette « injusticiabilité » ne doit pas être analysée « comme un critère des conventions mais au contraire comme une conséquence », *ibid.*, p. 230-234.

⁸⁴⁴ P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », p. 118.

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 152.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 154.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 149. La convention se distingue ainsi de la pratique en ce qu'elle est dotée d'une véritable « force normative », puisqu'elle « est un mode de réalisation de la Constitution et des principes qu'elle porte », T. GUILLUY, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution. Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, op. cit., p. 243.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, op. cit., p. 243.

pensée qui demeure attachée à la sanction comme critère de juridicité, le droit constitutionnel anglais fournit un exemple de droit qui ignore pourtant la sanction juridictionnelle. Il paraît en ce sens hasardeux de nier, d'une part, l'existence de la *constitution britannique* en l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois et, d'autre part, la présence de *conventions de la constitution* qui, juridiques ou non, forment un « constitutionnalisme politique » qui *existe* à côté du « constitutionnalisme juridique »⁸⁴⁹ – et ont par conséquent une « nature constitutionnelle »⁸⁵⁰. Outre les dissensions méthodologiques, le droit anglais apparaît ainsi comme l'argument définitif de l'existence d'un droit qui n'est pas justiciable. Soit en effet, la doctrine admet l'existence d'un droit constitutionnel qui n'est pas sanctionné par un juge. Soit elle le nie, mais se voit dans ce cas contrainte d'affirmer que le droit constitutionnel anglais n'existe pas, ou n'est pas un « vrai droit ». Or, pas plus que la négation de la juridicité de règles non écrites au Royaume-Uni n'est concevable, pas plus l'affirmation selon laquelle il ne saurait « y avoir de règles non écrites obligatoires, autrement dit, des coutumes sous un régime de constitution écrite ; les deux termes sont antinomiques »⁸⁵¹, ne paraît soutenable. C'est pourtant ce que soutient une grande partie de la doctrine en réduisant le droit constitutionnel au droit de la constitution.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 269-273.

⁸⁵⁰ Ce que démontre Thibaut Guilluy, déconstruisant ainsi un certain nombre de présupposés positivistes. V. *ibid.*, p. 213-267.

⁸⁵¹ E. ZOLLER, « La mutation des sources du droit constitutionnel », *RDA*, n° 6, 2012, p. 39.

SECTION 2

L'ASSIMILATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL AU DROIT DE LA CONSTITUTION

181. Le second présupposé sur lequel repose le phénomène doctrinal de juridictionnalisation a ceci de contestable qu'il opère une confusion entre droit constitutionnel et droit de la constitution. Tel est le sens de l'affirmation du doyen Favoreu, selon laquelle l'avènement du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois aurait permis au droit constitutionnel de devenir « droit de la constitution »⁸⁵². Cette confusion emporte toutefois de fâcheuses conséquences, dans la mesure où elle entend réduire le droit constitutionnel au texte constitutionnel. Or, ainsi que l'avait relevé Léo Hamon, une définition formelle du droit constitutionnel, c'est-à-dire le fait de réduire le droit constitutionnel à « ce qui est inclus dans la constitution », constitue un critère « trop étroit » pour rendre compte du droit constitutionnel⁸⁵³. La conception restrictive du droit constitutionnel qui en découle conduit en effet à focaliser l'attention sur la constitution et, surtout, le juge qui en assure le respect, si bien que les aspects politiques et institutionnels se verront largement marginalisés (§ 1).

182. Dans un mouvement inverse, paradoxalement réduit à la constitution, le droit constitutionnel élargirait pourtant ses objets à de nouveaux domaines juridiques. Au « droit de la constitution » s'ajoute pour le doyen Favoreu la naissance d'une « constitution du droit »⁸⁵⁴, cette dernière formule ayant vocation à signifier que le droit constitutionnel est désormais « trop étroit pour englober tout le “droit de la constitution” »⁸⁵⁵. Grâce à la jurisprudence constitutionnelle, la suprématie de la constitution normativisée s'est diffusée sur toutes les branches du droit. Or, les normes de référence invocables devant le juge ayant été étendues au Préambule de la Constitution de 1958, le droit de la constitution contient des matières dont on peinera à considérer qu'elles constituent des objets du droit constitutionnel (§ 2).

§1 – Une conception restrictive du droit constitutionnel : le droit de la constitution

183. L'assimilation du droit constitutionnel au droit de la constitution tend à limiter de façon problématique la discipline. Le droit constitutionnel est ainsi envisagé de façon restrictive comme le seul droit de la constitution. Une telle conception repose sur la conviction que la

⁸⁵² L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », art. cité, p. 14.

⁸⁵³ L. HAMON, « Sur une notion en débat », *RDP*, 1984, p. 298.

⁸⁵⁴ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », art. cité, p. 14.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 14.

constitution se définit comme une norme (A) qui, en tant que telle, épuiserait le contenu du droit constitutionnel (B).

A. L'axiome du droit de la constitution : la constitution-norme

184. La manière restrictive d'envisager le droit constitutionnel, permettant de promouvoir le juge constitutionnel, se fonde sur une conception de la constitution définie comme « norme ». Cette conception se révèle axiomatique, dans la mesure où elle est pour la grande majorité de la doctrine admise comme une évidence qu'il n'est plus nécessaire de discuter⁸⁵⁶. L'emprise de cette constitution-norme a pour corollaire celle de la constitution écrite, ce qui conduit au rejet du droit constitutionnel non écrit (1). Elle repose également sur la défense de la suprématie de la constitution (2).

1. Le rejet du droit constitutionnel non écrit

185. À rebours de la conception de l'ancienne France, attachée au droit coutumier, le droit constitutionnel moderne a posé l'écrit comme critère de juridicité. L'avènement du constitutionnalisme écrit à l'époque révolutionnaire posait alors la question de savoir s'il pouvait exister, à côté de la constitution écrite, un droit constitutionnel non écrit. Autrement dit, si le droit constitutionnel devait se réduire au droit de la constitution ou s'il pouvait exister, en sus de cette dernière, des « coutumes constitutionnelles »⁸⁵⁷ ou « pratiques constitutionnelles »⁸⁵⁸ – parfois appelées pratiques politiques. La théorie des sources du droit

⁸⁵⁶ A. PAPTOLIAS, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, op. cit., p. 229 : « Le "succès" historique de la conception normative dans la vie constitutionnelle contemporaine est un fait incontestable ».

⁸⁵⁷ Sur la coutume constitutionnelle, v. notamment, C. GIROLA, « Les coutumes constitutionnelles », *Mélanges Gény*, Tome III, Paris, Sirey, trad. F. Pissard et P. Quaden, 1934, p. 9 ; J. CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1375 ; D. LÉVY, « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel » in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, Tome I, Paris, LGDJ, 1974, p. 39 et, du même auteur, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 81 ; M. EL-HELW, *La coutume constitutionnelle en droit public français*, Paris, Librairie Duchemin, 1976 ; S. RIALS, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. À propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *La revue administrative*, n° 189, 1979, p. 265 ; M. TROPER, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle » in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris, Éditions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, p. 309 et du même auteur, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits*, n° 3, 1986, p. 11 ; V. BOUVIER, « Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *Droits*, n° 3, 1986, p. 87 ; D. LÉVY, « Les sources du droit constitutionnel » in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 207.

⁸⁵⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 221 ; J.-C. MAESTRE, « À propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : l'utilité des constitutions », *RDP*, 1973, p. 1275.

distingue communément deux catégories de sources, que sont d'une part, les sources formelles et, d'autre part, les sources matérielles⁸⁵⁹. Les sources formelles désignent les normes juridiquement opposables, les règles de droit qui s'imposent de manière coercitive. Les sources matérielles réunissent quant à elles l'ensemble des éléments se situant en amont de la règle de droit⁸⁶⁰. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, non seulement les sources formelles étaient seules envisagées, mais plus encore, parmi elles, l'attention doctrinale était surtout portée sur loi⁸⁶¹. L'avènement de la III^e République et le changement constitutionnel informel inouï qui a découlé de ce que Marcel Prélôt a appelé la « Constitution Grévy »⁸⁶² a alors vivifié les débats et alimenté de vives controverses doctrinales. Ardent défenseur du droit constitutionnel non écrit, René Capitant se verra toutefois quelque peu isolé⁸⁶³. Alors que la doctrine privatiste, à la suite de François Gén⁸⁶⁴, infléchira sa position légaliste, en droit constitutionnel l'influence du positivisme juridique, notamment initié par Carré de Malberg, a eu pour conséquence de rejeter

⁸⁵⁹ Pour une critique de cette classification dichotomique, v. P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2^e éd., 2005.

⁸⁶⁰ Paul Amselek relève deux sens à la notion de sources matérielles : il s'agit soit des « facteurs qui influent sur le contenu de la réglementation juridique, sur la substance du droit, les données où le législateur puise son inspiration juridique : l'histoire, les mœurs, les rapports des forces sociales, l'environnement naturel, etc. », soit du « fondement des différentes normes juridiques : non pas ce qui les explique, mais ce qui les justifie, leur confère valeur ou validité ; il ne s'agit plus de rechercher des facteurs historiques, mais d'invoquer des faits justificatifs », P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de "Sources du droit" », *APD*, Tome 27, 1982, p. 253. S'agissant spécifiquement du droit constitutionnel, le recteur Michel-Henry Fabre a considéré que les « sources matérielles du droit constitutionnel français désignent les doctrines et les expériences politiques qui ont inspiré la rédaction de nos constitutions et leur pratique », à savoir la tradition libérale et la tradition égalitaire, M.-H. FABRE, *Principes républicains de droit constitutionnel*, Paris, LGJD, 1984, 4^e éd., p. 34.

⁸⁶¹ V. en ce sens « Sources du droit » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 2^e éd., rééd. Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2018, p. 577.

⁸⁶² M. PRÉLOT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Petits Précis Dalloz », 1950, p. 231-233. La Constitution Grévy désigne la coutume née à la suite de la crise du 16 mai 1877 par laquelle le successeur du Président Mac-Mahon, Jules Grévy, déclare en 1879 devant les Chambres qu'il n'entrera « jamais en lutte contre la volonté nationale exprimée par ses organes constitutionnels ». Il en découlera alors, tout au long de la III^e République, une prééminence du Parlement.

⁸⁶³ R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle », art. cité, p. 959 ; « Le droit constitutionnel non écrit » in *Mélanges Gén⁸⁶⁴*, Tome III, Paris, Sirey, 1934, p. 1.

⁸⁶⁴ Ambitionnant de critiquer le « postulat de la méthode traditionnelle », François Gén⁸⁶⁴ plaidait en effet pour l'admission en France de la coutume comme source formelle du droit, en sus de la loi écrite : « j'entends m'attaquer à ce fétichisme de la loi écrite et codifiée, qui forme le premier trait distinctif, en même temps que le plus saillant, de la méthode traditionnelle », F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tome 1, Paris, LGDJ, 1932, p. 70. À l'époque contemporaine, la coutume est encore admise en droit privé, notamment par le doyen Carbonnier qui la considère comme une règle de droit, J. CARBONNIER, *Droit civil*. Tome I, Paris, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2^e éd., 2017, p. 16.

les sources non écrites hors de la sphère juridique⁸⁶⁵. Selon cette « pensée de la légalité »⁸⁶⁶, la constitution – et bien entendu la jurisprudence qui lui sert de support –, apparaît comme l’unique source du droit constitutionnel.

186. Cette éviction du droit non écrit est plus catégorique au sein du courant normativiste, qui définit le droit comme un système juridique fondé sur l’ensemble des normes en vigueur valablement posées. Selon cette doctrine, le droit ne saurait exister hors de la norme, le devoir-être (*Sollen*). L’unique source du droit constitutionnel serait donc la constitution, ce qui a pour conséquence de rendre inadmissible l’ensemble du droit constitutionnel non écrit, relégué au rang de fait (*Sein*). La victoire de la conception normative conduit évidemment à favoriser le déclin des sources non écrites⁸⁶⁷, qui marque la fin de « l’idée que le fait peut toujours l’emporter sur le droit »⁸⁶⁸. Aussi les sources formelles occupent-elles aujourd’hui une place prépondérante, en raison de ce que Denis Baranger a qualifié de « besoin fanatique de positivité qui est le propre de notre époque »⁸⁶⁹. Certes, les auteurs du manuel aixois de *Droit constitutionnel* apportent une nuance à cette exigence de l’écrit, appelant à « ne pas confondre forme et forme écrite »⁸⁷⁰. Mais l’existence de coutumes constitutionnelles est conditionnée à l’existence d’« une habilitation de production de droit constitutionnel formel par voie de coutume »⁸⁷¹. Or, puisque le droit constitutionnel français de la V^e République ne formule pas expressément une telle habilitation, le droit constitutionnel non écrit *doit être rejeté*⁸⁷². La liaison de la juridicité à la sanction juridictionnelle est alors formulée très expressément : « Ni les “traditions républicaines” ni les “conventions de la constitution” ne peuvent ainsi revendiquer un quelconque statut de droit constitutionnel formel, coutumier ou autre. *Il ne sert à rien de*

⁸⁶⁵ Le positivisme « favorise une conception exclusivement formaliste du droit », E. MAULIN, « Positivisme » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1175. S’agissant du droit « coutumier et traditionnel », Carré de Malberg les exclut de l’ordre constitutionnel : « même si les principes de 1789 devaient être considérés aujourd’hui comme ayant conservé leur existence juridique à titre coutumier et traditionnel, ils ne sauraient, en tout cas, être qualifiés de principes constitutionnels, ni être envisagés comme des éléments de la Constitution française proprement dite, puisque, par une conséquence même de leur caractère coutumier, ils ne sont point placés au-dessus de la puissance du législateur ordinaire » R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, Tome II, op. cit., p. 582.

⁸⁶⁶ C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 1995, trad. M. Köller et D. Séglard, p. 86.

⁸⁶⁷ V. notamment E. ZOLLER, « La mutation des sources du droit constitutionnel », *RDA*, n° 6, 2012, p. 33. Selon l’auteur, le déclin des sources non écrites, c’est-à-dire notamment de la pratique politique, a permis de reléguer l’étude du pouvoir à la science politique « et le droit constitutionnel est redevenu ce qu’il était à l’époque des Esmein, Duguit et Hauriou, la partie du droit public relative à la limitation du pouvoir par le droit », *ibid.*, p. 35.

⁸⁶⁸ La « Constitution Grévy » par exemple compterait parmi des « fantaisies juridiques », *ibid.*, p. 38.

⁸⁶⁹ D. BARANGER, « Temps et constitution », *Droits*, n° 30, 1999, p. 68.

⁸⁷⁰ L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 90.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 91.

⁸⁷² Sur les nombreuses controverses doctrinales que suscite la question de l’existence de « changements constitutionnels informels » dans un système de constitution écrite, v. M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne-Paris, Institut universitaire Varenne-LGDJ, « Collection des thèses », 2013.

dire qu'il s'agit de règles juridiques qui ne seraient simplement pas invocables devant un juge, car des règles qui ne sont pas invocables devant un organe qui doit appliquer des normes juridiques ne sont pas des règles juridiques mais relèvent éventuellement d'autres systèmes normatifs (bonnes mœurs, code de bonne conduite en société ou dans le monde politique, morale etc.). L'étude en est certes utile pour la compréhension du système politique mais ne nous apprend rien sur ce qui est obligatoire, permis ou interdit en droit »⁸⁷³.

187. Toutefois, en l'absence de contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, l'écrit sera présenté comme insuffisant à protéger la constitution. Les III^e et IV^e Républiques, régime de constitution écrite, n'ont-elles pas réduit la constitution à « un temps allégorique habité par des ombres »⁸⁷⁴ ? Comme l'exposait sombrement Georges Burdeau, l'avènement de la démocratie aurait relégué la notion de constitution à une pure théorie impuissante à limiter les pratiques politiques et le droit constitutionnel à « des principes livresques »⁸⁷⁵. L'agir politique ne se voyait nullement légitimé par la constitution, qui encadre les compétences des pouvoirs constitués, mais par le principe même de démocratie. La définition de la constitution comme norme s'avérait dès lors nécessaire.

2. La victoire de la conception kelsénienne de la constitution

188. Davantage que l'écrit, la constitutionnalité va progressivement se voir conditionnée par la suprématie. Or, la *suprématie* de la constitution est une conception ancienne, ardemment défendue par les grands robins au XVIII^e siècle. Elle sera reprise par les révolutionnaires sous une autre forme, puisqu'il s'agira cette fois d'introduire l'idée d'un « principe de hiérarchie »⁸⁷⁶ permettant de poser le principe de « supériorité juridique de l'ordre constitutionnel »⁸⁷⁷. La nouveauté de la hiérarchie de l'ordre juridique diffusée par Kelsen tiendra à sa conception pyramidale, selon laquelle la constitution n'est plus seulement caractérisée par sa suprématie, mais conditionne surtout la validité du système juridique.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 91. Nous soulignons.

⁸⁷⁴ G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution » in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 62.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 55.

⁸⁷⁶ J. ROSSETTO, *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels* [1982], *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels* [1982], Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & essais », 2019, p. 82 : « [...] même si elle devient alors l'exigence première des esprits éclairés, l'idée d'organiser le pouvoir politique sur la base d'un ordre juridique objectif et rationnel n'est pas une découverte du Siècle des Lumières. Seule l'est celle, sans conteste décisive pour les futurs travaux constitutionnels, d'introduire un principe de hiérarchie pour en garantir l'effectivité ».

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 80-105.

L'écrit, en effet, ne fut pas un critère de juridicité suffisant. Pour Kelsen et les tenants du normativisme, la norme « exprime l'idée que quelque chose *doit* être ou se produire »⁸⁷⁸. Le « terme “devoir” (*Sollen*) désigne la signification normative de tout acte qui se rapporte en intention à la conduite d'autrui »⁸⁷⁹, qu'il distingue de la conduite en tant que telle, le *Sein*. En ce sens, si la constitution est une norme, elle correspond à un devoir-être. Ainsi, pour Kelsen, la constitution est la norme de production suprême des autres normes, selon une conception dynamique du droit où la validité d'une norme résulte de sa conformité à la norme supérieure. C'est la théorie de la « *Stufenbau* » – la pyramide de l'ordre juridique – au sein de laquelle prime la norme fondamentale – la « *Grundnorm* » – sur les normes inférieures. Or, précisément, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois nécessite d'imposer une représentation hiérarchique de l'ordre juridique. C'est ce qui conduit à penser que « la conception normative de la constitution ne peut avoir de traduction concrète pour les citoyens que par l'intermédiaire de juges »⁸⁸⁰. Pour qu'une justice constitutionnelle soit pensée, la constitution doit se définir comme une règle de droit intégrée dans l'ordre juridique et supérieure à toutes les autres normes, singulièrement aux lois ordinaires⁸⁸¹.

189. Le normativisme a donc, avec Kelsen, imposé un prisme nouveau, la doctrine constitutionnaliste se fondant largement sur la thèse du juriste autrichien pour promouvoir la constitution. La constitution-norme et la justice constitutionnelle entretenant un lien d'interdépendance : considérer la constitution comme une norme permet subséquemment de justifier le contrôle de constitutionnalité des lois, ce dernier permettant en retour de « renforcer la conception juridique de la Constitution »⁸⁸². En effet, si, la justice constitutionnelle se présente comme un moyen de garantir la suprématie de la constitution, réciproquement, seule une approche normativiste de la constitution, la définissant comme norme de création des autres normes peut procéder de l'existence de la justice constitutionnelle. Justifier l'existence du juge constitutionnel suppose donc de postuler que cette constitution est une norme. À l'inverse, il est significatif que l'approche de droit politique, par nature critique envers le phénomène doctrinal de juridictionnalisation, rejette cette vision normativiste de la constitution et « refuse de cantonner son étude à la sphère circonscrite du *devoir-être* »⁸⁸³.

⁸⁷⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁸⁰ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 1999, p. 182.

⁸⁸¹ Sur ce lien d'interdépendance entre la sanction juridictionnelle et la conception normativiste de la constitution, v. E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, *op. cit.*, p. 61-171.

⁸⁸² M. TROPER, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *Pouvoirs*, n° 4, 1978, p. 64.

⁸⁸³ E. KOHLHAUER, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 2019, p. 244.

190. Au fond, tout se passe comme si, inconsciemment ou non, la querelle opposant Hans Kelsen et Carl Schmitt sur le gardien de la constitution durant la première moitié du XX^e siècle⁸⁸⁴ n'avait jamais cessé de hanter la pensée constitutionnelle française. D'un côté, une pensée normativiste, celle du juriste autrichien, qui présente la justice constitutionnelle comme le seul moyen de faire primer la norme fondamentale – la « *Grundnorm* » – sur les normes inférieures. C'est la « garantie juridictionnelle de la Constitution »⁸⁸⁵. Celle-ci s'accompagne d'une conception formaliste du droit, réduisant l'État à un seul « ordre juridique »⁸⁸⁶. De l'autre, une pensée décisionniste – ou politique –, celle du juriste allemand, qui réduit la justice constitutionnelle à une « aristocratie de robe »⁸⁸⁷ qui entrave la légitimité démocratique, et propose de confier la garde de la constitution au Président du Reich, seul en mesure d'incarner l'unité de l'État. La conception du droit qui en découle est radicalement différente, puisqu'elle condamne l'identification de l'État à la constitution – ce qu'il appelle « la notion absolue » de constitution⁸⁸⁸ –, identification qui aurait pour conséquence de transformer « l'être ou le devenir politiques de l'unité et de l'ordre politiques » en un seul « *fonctionnement* »⁸⁸⁹. Ce faisant, elle conduirait à une « tautologie d'une effectivité grossière », puisque la validité de la constitution découlerait de sa simple existence. Il oppose à cette définition sa « notion positive de Constitution », qui se définit « comme *choix* global du genre et de la forme de l'unité politique »⁸⁹⁰. En ce sens, la constitution se rapporte à l'organisation des pouvoirs et au régime de l'État. Elle procède d'une décision du pouvoir constituant qui transcende sa seule existence normative. Les dispositions d'une constitution qui règlent le régime politique d'un État sont « *plus* que des lois ou des normations »⁸⁹¹. Ce conflit sur la notion de constitution est à l'origine du « dialogue de sourds »⁸⁹² entre Kelsen et Schmitt. Si la constitution-norme doit être garantie par un juge, *a contrario*, le décisionnisme de Schmitt ne peut qu'exclure l'existence d'un

⁸⁸⁴ V. sur cette querelle, O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2007 ; R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Paris, LGDJ, « Collection des Thèses », 2009.

⁸⁸⁵ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », art. cité.

⁸⁸⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 281.

⁸⁸⁷ A. LE DIVELLEC, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse » in O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt*, op. cit., p. 43.

⁸⁸⁸ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 136 sqq.

⁸⁸⁹ « Une unité ou un ordre normatif ne peuvent être déduits que d'énoncés systématiques, normativement conséquents, sans égard à leur validité "positive", donc justes en soi, de par leur rationalité ou leur équité », *ibid.*, p. 137.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 151 sqq. Nous soulignons.

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 155.

⁸⁹² O. BEAUD, « Kelsen contre Schmitt : un dialogue de sourds ? » in O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt*, op. cit., p. 197.

contrôle de constitutionnalité des lois. Dès lors, si le juge constitutionnel a toute sa place dans l'État-ordre juridique kelsénien, il ne peut légitimement assurer la garde de la constitution au sein de l'État-ordre politique schmittien. Cette querelle syncrétise à notre sens les incertitudes du droit constitutionnel contemporain, ce « dialogue de sourds » entre le juriste autrichien et le juriste allemand pouvant également caractériser la pensée constitutionnelle française autour de la question de la juridictionnalisation du droit constitutionnel. À cet égard, si la constitution-norme apparaît comme un axiome, c'est parce qu'elle paraît nécessaire à la promotion de la justice constitutionnelle. Or, cette conception de la constitution a pour conséquence redoutable de réduire le droit constitutionnel au droit de la Constitution.

B. La limitation problématique du droit constitutionnel à la Constitution

191. Définir le droit constitutionnel comme le droit de la constitution conduit à enceindre le droit constitutionnel au seul texte constitutionnel. C'est ce qu'entreprend le doyen Favoreu dans son article paru au premier numéro de la *Revue française de droit constitutionnel*. Critiquant l'affirmation du doyen Vedel selon laquelle, si le droit constitutionnel matériel est contenu dans la constitution, il n'en demeure pas moins que « tout le droit constitutionnel n'est pas dans la Constitution » – si bien que le droit constitutionnel est « autre chose que le “droit de la Constitution” »⁸⁹³ –, Louis Favoreu entreprend de redéfinir le droit constitutionnel comme « droit de la Constitution »⁸⁹⁴. Cette intention de réduire le droit constitutionnel au droit de la constitution n'est pourtant pas nouvelle. En effet, comme le relève Marcel Prélôt, lorsque Guizot créa le premier cours de droit constitutionnel et le confia à Pellegrino Rossi sous la Monarchie de Juillet, il y avait déjà une « confusion du droit constitutionnel et du droit de la constitution »⁸⁹⁵, le cours de Pellegrino Rossi consistant à « analyser un document qualifié constitution, acte constitutionnel, statut ou charte et dégager les règles juridiques qui y sont incluses »⁸⁹⁶. Originellement, la restriction du droit constitutionnel au droit de la constitution avait vocation à imposer aux constitutionnalistes une méthode exégétique dans l'enseignement de la discipline. Par la suite, la définition d'un droit constitutionnel comme « droit de la constitution » a pu être proposée par Maurice Hauriou. Toutefois, l'auteur adoptait une conception large de ce droit de la constitution, dans la mesure où il recouvrait les « institutions

⁸⁹³ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 5.

⁸⁹⁴ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », art. cité, p. 14-23.

⁸⁹⁵ M. PRÉLOT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1950, p. 5.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 5.

et pratiques gouvernementales coutumières », la loi et les « constitutions nationales »⁸⁹⁷. Les pratiques politiques et coutumières faisaient donc également partie du droit constitutionnel, même restreint au droit de la constitution.

192. La nouveauté de la vision répandue par le doyen Favoreu ne tient dès lors pas à la limitation du droit constitutionnel au « droit de la constitution », mais au « droit de la constitution-norme ». Autrement dit, elle semble restreindre la constitution au texte constitutionnel. Or, ainsi que le relève Armel Le Divellec, la doctrine constitutionnelle contemporaine admet désormais très largement la distinction entre énoncé et norme. La constitution renferme un certain nombre d'énoncés qui se voient « “convertis” en normes juridiques par des interprétations »⁸⁹⁸. La réduction du droit constitutionnel au droit de la « constitution-norme » suppose donc nécessairement d'identifier l'auteur qui, par son interprétation, confère à l'énoncé sa qualité de norme. La constitution-norme étant elle-même élargie au « bloc de constitutionnalité »⁸⁹⁹, il en résulte que l'application du texte est réduite à son interprétation juridictionnelle. L'interprétation de la constitution par les autres organes, non juridictionnels, se voit donc non seulement marginalisée – ce que révèle le rejet de l'étude des pratiques politiques, ou « conventions de la constitution » – mais, au surplus, fortement critiquée. La conception normative de la constitution place en effet la doctrine dans des dispositions propices à critiquer les interprétations formulées par les organes politiques, souvent qualifiées de « violations constitutionnelles »⁹⁰⁰. Parce que le juge constitutionnel semble être « l'organe le plus qualifié pour assurer une exécution fidèle de la constitution grâce à la neutralité et l'impartialité de ses fonctions »⁹⁰¹, tout ce qui ne relève pas de l'interprétation juridictionnelle emporte naturellement la suspicion⁹⁰².

193. Aussi, le dessein des promoteurs du phénomène doctrinal de juridictionnalisation diffère-t-il fondamentalement de la définition initiale du droit de la constitution. Il ne s'agit plus seulement d'imposer un droit constitutionnel tout entier orienté vers la constitution, mais un droit constitutionnel tourné vers la constitution *telle qu'interprétée par le juge chargé de son respect* – c'est-à-dire, nous le verrons, la *constitution jurisprudentielle*⁹⁰³. La réduction du droit

⁸⁹⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 215.

⁸⁹⁸ A. LE DIVELLEC « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre “droit de la constitution” et système de gouvernement) », *Droits*, n° 44, 2006, p. 106.

⁸⁹⁹ L. FAVOREU, « Le bloc de constitutionnalité » in *La Constitution et son juge*, *op. cit.*, p. 565.

⁹⁰⁰ A. PAPTOLIAS, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, *op. cit.*, p. 255 *sqq.*

⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 252.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 256 : « dans la plupart des controverses portant sur l'application correcte de la constitution aucun juge ne peut être saisi pour trancher le conflit ».

⁹⁰³ V. *infra*, § 231-234.

constitutionnel au droit de la constitution devient alors rapidement une réduction du droit constitutionnel à la jurisprudence constitutionnelle. En ce sens, il est possible de percevoir, derrière l'affirmation selon laquelle « il n'y a pas de droit constitutionnel, au sens moderne de l'expression, sans juge constitutionnel »⁹⁰⁴ – et le sens moderne de l'expression est bien le droit de la constitution – une entreprise de justification du juge constitutionnel. Le droit constitutionnel n'est dans cette perspective pas le droit de la constitution, mais le droit de la constitution *du juge*. Au surplus, la réduction du droit constitutionnel au droit de la constitution conduit paradoxalement à élargir le champ du droit constitutionnel.

§2 – Une conception extensive du droit constitutionnel : la constitutionnalisation du droit

194. L'assimilation du droit constitutionnel au droit de la constitution aboutit également à en étendre considérablement les objets. La juridictionnalisation du droit constitutionnel est à cet égard présentée par le doyen Favoreu comme un facteur de « constitutionnalisation des branches du droit » conduisant à une « relativisation croissante de la distinction entre droit public et droit privé »⁹⁰⁵. Un tel constat nous semble pourtant reposer sur un présupposé contestable, dans la mesure où il masque tout à la fois l'extériorité du droit constitutionnel – mais non, manifestement, de la doctrine constitutionnaliste – par rapport aux matières nouvellement constitutionnalisées (**A**), ainsi que la réalité du processus, qui devrait à notre sens s'analyser comme une *juridictionnalisation des branches du droit* (**B**).

A. La constitutionnalisation des branches du droit, phénomène étranger au droit constitutionnel

195. La restriction du droit constitutionnel au droit de la constitution aurait eu pour conséquence de diffuser les règles constitutionnelles dans l'ensemble de l'ordre juridique. Cette théorie est qualifiée de « constitutionnalisation du droit ». Fermement défendue par le doyen Favoreu dès 1980⁹⁰⁶, elle entend signifier tout à la fois que l'ensemble des branches du droit ont « désormais des bases constitutionnelles qu'il est nécessaire de prendre en considération dans

⁹⁰⁴ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », art. cité, p. 22.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 23-24.

⁹⁰⁶ L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, rééd. 1991, p. 17 ; « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », art. cité, p. 1039 ; « La constitutionnalisation du droit » in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1999, rééd. in *La Constitution et son juge, op. cit.*, p. 1085.

tout exposé pédagogique et dans tout travail de recherche, sous peine de méconnaître le droit positif », mais également que « la matière concernée va se transformer sous l'effet de l'application des normes constitutionnelles »⁹⁰⁷. Plus précisément, cette constitutionnalisation produirait, selon le doyen Favoreu, trois conséquences directes : le premier est décrit comme une « constitutionnalisation-juridicisation », qui affecterait « le droit constitutionnel institutionnel »⁹⁰⁸ : il s'agit de la juridicisation qu'aurait produite la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et dont on a voulu démontrer les impasses théoriques tenant à la confusion de la juridicisation et de la juridictionnalisation⁹⁰⁹. Le deuxième est qualifié de « constitutionnalisation élévation » et décrit le respect de la répartition des compétences permis par la Constitution et le juge constitutionnel qui en assure le respect⁹¹⁰. Enfin, le troisième est qualifié de « constitutionnalisation-transformation » : il s'agit précisément du phénomène de constitutionnalisation des branches du droit. Celui-ci entraîne « un changement du contenu du droit »⁹¹¹. Or, cette « diffusion des normes constitutionnelles » est notamment permise par l'article 62 de la Constitution, selon lequel « les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »⁹¹². Grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et depuis l'élargissement des normes de référence au « bloc de constitutionnalité », les différentes branches du droit sont désormais soumises à de nouveaux principes issus, le plus souvent, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du Préambule de la Constitution de 1946 ou des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Et les juges ordinaires seraient ainsi plus enclins à appliquer la Constitution et « à puiser dans le réservoir constitué par la jurisprudence du Conseil constitutionnel »⁹¹³, ce que la question prioritaire de constitutionnalité a bien entendu renforcé.

196. Toutefois, ce phénomène de constitutionnalisation des branches du droit, s'il bouleverse grandement l'ensemble des disciplines juridiques, n'affecte pas le droit constitutionnel. Les seules conséquences qui en découlent sont l'obligation pour l'ensemble des disciplines juridiques de respecter les règles constitutionnelles qui, le cas échéant, pourraient s'appliquer à elles. Toutefois, si la matière constitutionnelle s'est certes diffusée sur l'ensemble des branches du droit, cela ne signifie pas pour autant que les autres matières se seraient diffusées en retour sur le droit constitutionnel. Comment admettre, par exemple, que

⁹⁰⁷ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », art. cité, p. 25.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 1093-1094.

⁹⁰⁹ *V. supra*, § 143-180.

⁹¹⁰ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », art. cité, p. 1094.

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 1094-1095.

⁹¹² *Ibid.*, p. 1089.

⁹¹³ L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 403.

l'intégration de la Charte de l'environnement au Préambule de la Constitution par la loi constitutionnelle du 1er mars 2005⁹¹⁴ et, subséquentement, aux normes de référence du Conseil constitutionnel, puisse avoir pour effet d'intégrer le droit de l'environnement à l'étude du droit constitutionnel ?⁹¹⁵ C'est pourtant ce qu'affirme la doctrine, à travers diverses expressions : ainsi du « droit constitutionnel civil », du « droit constitutionnel pénal », du « droit constitutionnel social »⁹¹⁶, voire de la « civilisation du droit constitutionnel »⁹¹⁷ ou de la « privatisation du droit constitutionnel »⁹¹⁸. Or, il n'y a pas de droit constitutionnel fiscal, civil, pénal, mais un *droit fiscal constitutionnel*, un *droit civil constitutionnel* ou un *droit pénal constitutionnel*. Par exemple, si le droit administratif se constitutionnalise, cela ne signifie pas *a contrario* que le droit constitutionnel s'administrativise. Comment la création par le Conseil constitutionnel d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République instituant une réserve de compétence au profit du juge administratif en ce qui concerne le contentieux du recours pour excès de pouvoir⁹¹⁹ pourrait-il intéresser le droit constitutionnel ? Il s'agit bien d'une intégration, en droit administratif, d'un principe issu de la Constitution telle qu'interprétée par le juge, mais cela n'a aucunement pour conséquence d'intégrer ce principe à l'étude du droit constitutionnel⁹²⁰. De même, l'on ne peut nier l'incroyable prolifération de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit fiscal, à tel point que son enseignement nécessite désormais de longs développements sur « les sources constitutionnelles du droit fiscal », singulièrement sur les principes de légalité, d'égalité et de nécessité⁹²¹. Or, la jurisprudence

⁹¹⁴ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF* n° 51 du 2 mars 2005, p. 3697.

⁹¹⁵ Ph. BLACHÈRE, « Le droit de l'environnement, objet incongru du droit constitutionnel » in *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2014, p. 139.

⁹¹⁶ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », art. cité, p. 1095.

⁹¹⁷ C. ATIAS, « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, n° 7, 1991, p. 435.

⁹¹⁸ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, p. 9.

⁹¹⁹ Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*, *JORF* du 25 janvier 1987, p. 924.

⁹²⁰ Cette confusion est par exemple opérée lorsque, dans une étude relative à l'application de la Constitution par la Cour de cassation, Olivier Desaulnay affirme vouloir « analyser la place et le rôle du *droit constitutionnel* dans les décisions rendues par les juridictions judiciaires », O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2009, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », p. 34. Nous soulignons.

⁹²¹ Le principe de légalité de l'impôt trouve son fondement à l'article 34 de la Constitution, lui-même fondé sur le principe de consentement à l'impôt tel qu'il résulte de l'article 14 de la Déclaration de 1789. V. notamment pour une application de ce principe, Cons. const., 8 janvier 1991, n° 90-283 DC, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, *JORF* du 10 janvier 1991, p. 524 ; Cons., const., 28 mars 2013, n° 2012-298 QPC, *SARL Majestic Champagne*, *JORF* du 30 mars 2013, p. 5457. Le principe de nécessité de l'impôt repose quant à lui sur l'article 14 de la Déclaration de 1789. Enfin, le principe d'égalité devant l'impôt repose sur les articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789. V. pour des applications jurisprudentielles du principe d'égalité, Cons. const., 28 décembre 2010, n° 2010-622 DC, *Loi de finances pour 2011*, *JORF* du 30 décembre 2010, p. 23190 ; Cons. const., 29 décembre 2012, n° 2012-662 DC, *Loi de finances pour 2013*, *JORF* du 30 décembre 2012, p. 20966 ; Cons. const., 19 septembre 2014, n° 2014-417 QPC, *Société Red Bull*, *JORF* du 21 septembre 2014, p. 15472.

constitutionnelle en matière fiscale n'altère pas le droit constitutionnel, mais le droit fiscal lui-même. Ce sont donc bien les autres branches du droit qui se voient transformées, dans une plus ou moins grande mesure⁹²², par le droit de la constitution. Désormais, en droit privé, « c'est par l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel que la doctrine entend étudier l'évolution du droit privé en général, et de ses disciplines en particulier (...). Ainsi, pour apprécier l'ampleur du phénomène de constitutionnalisation du droit privé, la doctrine va dégager les principes constitutionnels consacrés ou interprétés par le Conseil constitutionnel et qui sont susceptibles d'intéresser la branche du droit privé considérée »⁹²³. Au reste, si le phénomène juridique de constitutionnalisation des branches du droit est conditionné à la bonne volonté des juges, le phénomène doctrinal, quant à lui, exige également que la doctrine accepte d'intégrer le droit de la constitution dans son champ disciplinaire⁹²⁴. Toutefois, l'on verrait difficilement ce que pourrait avoir de pertinent l'intégration au sein du droit constitutionnel d'éléments sur le contrôle qu'opère le juge en matière fiscale, pénale, civile, etc., pas plus que l'on ne perçoit les raisons d'une remise en cause de la distinction entre droit public et droit privé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; remise en cause qui révélerait selon le doyen Vedel une volonté d'hégémonie du droit constitutionnel⁹²⁵.

197. Certes, la question de savoir ce qui relève ou non du droit constitutionnel n'a aucune pertinence pour les tenants de la conception normativiste. Pour Kelsen, la norme doit être valide. Or, cette validité dépend de ses conditions de création, d'où il résulte que le contenu de la norme est indifférent : « n'importe quel contenu peut être droit »⁹²⁶. La norme constitutionnelle est en ce sens la norme qui sera créée d'une certaine façon, et non pas celle qui aura un contenu matériellement constitutionnel. C'est la raison pour laquelle la conception normative de la constitution apparaît tout à fait appropriée pour la doctrine constitutionnaliste : si la constitution est définie d'une manière exclusivement « procédurale », la question de savoir

⁹²² Pour un bilan récent de cette constitutionnalisation des branches du droit, v. les actes du colloque intitulé « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit », organisé par l'Institut Michel Villey les 11 et 12 mai 2017, publiés in *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018, p. 3-283.

⁹²³ O. DESAULNAY, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 32.

⁹²⁴ Quoi qu'il en soit, avec la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité, les avocats ont quant à eux bel et bien désormais le « réflexe constitutionnel », qui manquait encore, selon le doyen Favoreu, aux praticiens du droit au tournant du XXI^e siècle, L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », art. cité, p. 1092.

⁹²⁵ G. VEDEL, « Propos d'ouverture » in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1998, p. 14-15.

⁹²⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 197.

ce qui relève ou non de la matière constitutionnelle est parfaitement indifférente⁹²⁷, si bien que la validité de la procédure suffirait à rendre n'importe quel objet constitutionnel.

198. En définitive, l'affirmation de l'existence d'un droit constitutionnel civil, pénal, fiscal, *etc.* procède d'une confusion entre droit constitutionnel et droit de la constitution. L'on ne saurait en effet admettre l'existence d'une « imprégnation du droit constitutionnel par des principes issus des différentes branches du droit »⁹²⁸, dans la mesure où *ces principes affectent un contenu matériellement étranger au droit constitutionnel*. Le droit constitutionnel ne peut donc se réduire au droit de la constitution-norme. La constitutionnalisation des branches du emporte en effet une conception extensive, jurisprudentielle, de la constitution, et donc également du « droit de la constitution ». Or, la Constitution s'impose à toutes les branches du droit, mais de façon autonome, sans que la constitutionnalisation des autres branches du droit ne produise d'effets sur le droit constitutionnel. Surtout, ce n'est pas la Constitution qui affecte les autres branches du droit mais le juge chargé de son interprétation. C'est en ce sens qu'il est possible de préférer à l'expression de « constitutionnalisation des branches du droit » celle de *juridictionnalisation des branches du droit*.

B. La juridictionnalisation des branches du droit

199. Parce que le contenu des différentes branches du droit se voit désormais altéré par différents principes *interprétés* ou *créés* par le Conseil constitutionnel ainsi que par son appréciation des lois contrôlées au regard desdites sources, la « constitutionnalisation des branches du droit » désigne en réalité un phénomène de juridictionnalisation des branches du droit. En droit fiscal, par exemple, l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 énonce : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». De cet article, le Conseil constitutionnel déduit le principe d'égalité devant les charges publiques⁹²⁹. Toutefois, cette égalité sera laissée à l'appréciation du juge, qui doit prendre en considération les « facultés contributives du contribuable » pour apprécier l'existence ou non d'une « rupture caractérisée de l'égalité devant

⁹²⁷ A. PAPTOLIAS, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, *op. cit.*, p. 264 : « l'extension de la jurisprudence constitutionnelle à un grand nombre d'objets qui ne sont pas "matériellement" constitutionnels prive cette distinction de son caractère opératoire ».

⁹²⁸ B. MATHIEU, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Paris, LGDJ, coll. « Forum », 2013, p. 45.

⁹²⁹ Cons., const., 30 décembre 1981, n° 81-133 DC, *Loi de finances pour 1982*, *JORF* du 31 décembre 1981, p. 3609.

les charges »⁹³⁰. Le Conseil constitutionnel pousse ainsi son contrôle jusqu'à l'appréciation du caractère confiscatoire ou non de l'impôt. Il a en ce sens pu considérer que le mécanisme du bouclier fiscal était constitutionnel en ce qu'il vise précisément « à éviter une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »⁹³¹. L'on voit aisément le caractère problématique de cette appréciation par le juge du caractère confiscatoire de l'impôt, dans la mesure où « le Conseil vient sérieusement limiter la liberté du Parlement à déterminer jusqu'à quel point l'impôt reste acceptable »⁹³². Or, cette appréciation n'est pas contenue dans la norme protégée ; elle relève de l'interprétation subjective du juge. En ce sens, Martin Collet critique le fait que « le Conseil constitutionnel n'hésite plus à tailler en pièces certains dispositifs fiscaux politiquement sensibles et ce au prix de raisonnements parfois fragiles ou, du moins, nimbés de subjectivité ». Il évoque à cet égard la « confiscation par le juge d'une part croissante des prérogatives fiscales du gouvernement et du Parlement »⁹³³. C'est la raison pour laquelle la constitutionnalisation du droit fiscal se caractérise bien plutôt par une juridictionnalisation du droit fiscal. De même, s'agissant d'une disposition prévoyant une réduction dégressive des cotisations salariales de sécurité sociale au bénéfice des travailleurs salariés dont la rémunération « équivalent temps plein » est comprise entre 1 et 1,3 fois le SMIC, le Conseil constitutionnel, se fondant sur les articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789, a considéré qu'un tel mécanisme était contraire à l'égalité entre assurés d'un même régime de cotisation sociale⁹³⁴. Parce que ces cotisations ouvrent droit à des prestations, le Conseil constitutionnel a ainsi refusé d'appliquer sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle, pour des motifs d'intérêt général, la différence de situation peut justifier une différence de traitement⁹³⁵. Vivement critiquée⁹³⁶, cette position du Conseil constitutionnel révèle la marge d'appréciation du juge quant à l'opportunité de la mise en œuvre d'une mesure fiscale. Elle révèle également que les principes dégagés en matière fiscale « ont été consacrées par le Conseil constitutionnel, et non par le Constituant »⁹³⁷.

⁹³⁰ V. par exemple, Cons. const., 3 mars 2009, n° 2009-577 DC, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, *JORF* du 7 mars 2009, p. 4336 ; Cons. const., 29 décembre 2009, n° 2009-599 DC, *Loi de finances pour 2010*, *JORF* du 31 décembre 2009 p. 22995 ; Cons., const., 28 avril 2017, n° 2017-627/628 QPC, *Société Orange*, *JORF* du 29 avril 2017, texte n° 106.

⁹³¹ Cons. const., 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*, *JORF* du 31 décembre 2005, p. 20705.

⁹³² M. COLLET, *Droit fiscal*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 8^e éd., 2020, p. 41.

⁹³³ M. COLLET, *L'impôt confisqué*, Paris, Odile Jacob, coll. « Corpus », 2014, p. 18.

⁹³⁴ Cons. const., 6 août 2014, n° 2014-698 DC, *Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014*, *JORF* du 9 août 2014, p. 13358.

⁹³⁵ Cons. const., 29 décembre 1998, n° 98-405 DC, *Loi de finances pour 1999*, *JORF* du 31 décembre 1998, p. 20138.

⁹³⁶ M. COLLET, « Le Conseil constitutionnel et la distinction des impôts et des cotisations sociales. À propos de la décision *Cons. const., 6 août 2014, LFRSS pour 2014* », *Revue de droit fiscal*, 2014, n° 40, p. 553.

⁹³⁷ M. COLLET, *L'impôt confisqué*, *op. cit.*, p. 96.

Ces exemples en matière de droit fiscal sont l'expression d'une *juridictionnalisation*, et non d'une *constitutionnalisation*, des branches du droit.

200. Dès lors, l'affirmation selon laquelle le droit constitutionnel serait « au fondement de toutes les autres disciplines juridiques »⁹³⁸ est à nuancer : ce n'est pas le droit constitutionnel, mais le *contentieux constitutionnel*, qui s'impose aux autres disciplines. Or, le contentieux constitutionnel ne porte pas sur des litiges exclusivement constitutionnels. En contentieux administratif, par exemple, le principe de liaison de la compétence et du fond posé par la décision *Blanco*⁹³⁹, qui signifie que la compétence d'une juridiction dépend de la nature du droit applicable, connaît de nombreuses exceptions. Ainsi en est-il par exemple de la compétence du juge administratif en matière de contravention de grande voirie⁹⁴⁰, qui relève de la matière pénale, ou inversement de la compétence du juge judiciaire en matière de responsabilité des services judiciaires⁹⁴¹, qui relève de la matière administrative⁹⁴². Ainsi en est-il également de la possibilité pour le juge judiciaire d'interpréter et d'apprécier la légalité d'un acte administratif et, inversement, de la possibilité pour le juge administratif d'apprécier la légalité d'un acte de droit privé pour des raisons liées à la bonne administration de la justice⁹⁴³. Or, le contentieux constitutionnel se définit comme « l'ensemble des litiges liés à l'application de la Constitution »⁹⁴⁴. Il en résulte que le juge constitutionnel n'applique pas exclusivement le droit constitutionnel, mais la constitution. Apparaissent alors de nouveau les difficultés liées à l'assimilation du droit constitutionnel au droit de la constitution, qui conduiraient à considérer que toutes les matières que traite le juge dans le cadre du contentieux constitutionnel seraient des matières relevant du droit constitutionnel comme discipline. En définitive, la juridictionnalisation des branches du droit brouille la compréhension du droit constitutionnel

⁹³⁸ Loïc Philip, dressant un bilan de la réforme de 1974 élargissant la saisine du Conseil constitutionnel aux parlementaires, affirmait ainsi qu'une telle réforme « a transformé le droit constitutionnel, qui, désormais, n'est pas seulement une discipline dont l'objet est de décrire le fonctionnement des institutions politiques, mais aussi une discipline qui constitue le fondement de toutes les autres disciplines juridiques », L. PHILIP, « Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel », *RFSP*, 1984, p. 999.

⁹³⁹ TC, 8 février 1873, *Blanco*, *Rec.* 1^{er} supplément, p. 61, *GAJA*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 22^e éd., 2019, n° 1.

⁹⁴⁰ Article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques : « Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs : [...] 3° Aux contraventions de grande voirie, conformément à l'article L. 774-1 du code de justice administrative ».

⁹⁴¹ Civ., 23 novembre 1956, *Trésor public c. Giry*, *Bull. civ.* II, p. 407, *GAJA*, *op. cit.*, n° 68.

⁹⁴² Dans sa décision *Conseil de la concurrence*, le Conseil constitutionnel affirme à cet égard que le législateur peut déroger au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *JORF* du 25 janvier 1987, p. 924.

⁹⁴³ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chêneau*, *Rec.* p. 698, *GAJA*, *op. cit.*, n° 109 ; CE, Sect., 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé Sociaux*, *Rec.* p. 102.

⁹⁴⁴ M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLE, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 11^e éd., 2017, p. 85.

dont elle prétend étendre les objets. Ainsi « dans le moment même où l’instauration de la justice constitutionnelle est censée procurer à la science du droit constitutionnel un objet enfin normatif à décrire, la définition conceptuelle de cet objet s’obscurcit et ses contours se dérobent »⁹⁴⁵.

⁹⁴⁵ O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit » in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 130.

CONCLUSION DU CHAPITRE

202. La déconstruction des présupposés du phénomène a d'abord consisté à remettre en cause le dogme de la « juridicisation ». Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation est en effet fâcheusement confondu avec l'une de ses conséquences ; conséquence qui elle-même s'avère fortement discutable. Avec le juge constitutionnel, le droit constitutionnel ne s'est pas *juridicisé*, mais bien *juridictionnalisé*, car il était déjà juridicisé avant qu'un juge ne vienne assurer la garde de la constitution. Ce qui caractérise en effet la juridicité en droit constitutionnel, c'est la volonté de limiter le pouvoir politique ; limitation que le mécanisme juridictionnel n'est pas seul à permettre. Le droit juridicisé est en ce sens un *droit formalisé* ayant vocation, en droit constitutionnel, à poser des limites au politique. La permanence du droit constitutionnel juridicisé depuis l'avènement du constitutionnalisme moderne permet de corroborer une telle assertion. La structure des manuels classiques et contemporains révèle une relation de contiguïté, dont il découle une permanence des représentations doctrinales du droit constitutionnel à travers la perpétuation d'un certain ordre constitutionnel conceptuel. Certes, la construction de ces ouvrages varie selon les présupposés de chacun des auteurs, au point parfois de se différencier radicalement. En dépit de la permanence des principes, les solutions proposées ne sont pas identiques tout comme les valeurs dont il est fait promotion⁹⁴⁶. Les auteurs de la période du *droit constitutionnel classique* avaient des présupposés idéologiques affirmés. Au contraire, ceux de la période du *droit constitutionnel réaliste* se démarquaient par une prétention à l'objectivité, ceci alors même – et paradoxalement – qu'ils posaient le regard sur des faits hautement politiques et idéologisés. Désormais, le *droit constitutionnel juridictionnalisé* perpétue cette prétention à l'objectivité mais se démarque également par la prolifération de présupposés méthodologiques au fondement de divisions doctrinales et de raisonnements apagogiques. En réalité, la confusion de la juridictionnalisation et de la juridicisation repose sur la conviction proprement normativiste selon laquelle l'impératif juridictionnel serait un critère de juridicité, alors même que l'on constate qu'un vaste champ du

⁹⁴⁶ Difficile, par exemple, de découvrir dans un manuel contemporain une telle sentence : « Un pays échappe à la démagogie impériale ou populaire si, limitant, ou mieux, comprenant la souveraineté nationale, il se rappelle que la masse des citoyens, trop ignorante et trop nombreuse pour savoir commander, est faite pour obéir, – que le pouvoir n'est pas une émanation du peuple, – que les bons gouvernements, s'ils veulent des lumières, du patriotisme en haut, exigent la confiance et la discipline en bas, – que les gouvernés ont simplement le droit d'avoir de bons gouvernants et, pour cela, de trouver, dans la Constitution et dans les Lois, des moyens pratiques de prévenir ou de réprimer les abus (...) », A. SAINT-GIRONS, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose et Forcel, 2^e éd., 1885, p. 27.

droit constitutionnel n'est pas sanctionné sans pour autant que l'on puisse nier sa juridicité. Or, dire que le droit constitutionnel s'est juridicisé, c'est affirmer *a contrario* que le droit constitutionnel n'était pas juridique. La visée d'un tel discours est d'écarter l'analyse concrète des faits politiques, pourtant générateurs de droit, au profit des seules sources écrites. L'impératif juridictionnel posé comme une condition de juridicité permet alors de remplacer l'institution politique par le juge et, donc, de déplacer l'analyse institutionnelle vers une analyse contentieuse. Cette conception est contestable à plusieurs égards. Si l'on veut bien comprendre le phénomène de juridicisation comme un mécanisme de limitation, le juge n'a pas juridicisé le droit constitutionnel, mais le législateur. Le droit anglais apparaît, à cet égard, comme l'exemple éclatant d'un « vrai droit » en l'absence de tout contrôle de constitutionnalité.

203. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation repose ensuite sur l'assimilation, contestable elle aussi, du droit constitutionnel au droit de la constitution. À rebours des arguments tendant à considérer le droit constitutionnel comme un « droit politique », les défenseurs de la juridictionnalisation considèrent en effet que la Constitution, qui n'était auparavant qu'un texte solennel dépourvu de juridicité, serait enfin une véritable norme grâce au contrôle juridictionnel qui veille à son respect. Les sources du droit constitutionnel seraient dès lors exclusivement des sources écrites. Or, non seulement le droit constitutionnel ne se limite pas au droit de la constitution, mais au surplus le droit de la constitution dépasse le champ du droit constitutionnel, comme l'illustre le phénomène de constitutionnalisation des branches du droit. De plus, la prétendue « constitutionnalisation des branches du droit » n'a pas élargi les objets du droit constitutionnel, mais imposé aux autres disciplines le respect de la jurisprudence constitutionnelle : aussi le phénomène doctrinal de juridictionnalisation conduit-il bien plutôt à constater l'existence d'une juridictionnalisation des branches du droit.

204. La déconstruction des présupposés du phénomène nous a permis de comprendre ce que n'était pas le phénomène : il n'est pas assimilable à une juridicisation du droit constitutionnel ; il n'a pas pour conséquence de réduire le droit constitutionnel au droit de la constitution. Aussi l'identification du phénomène suppose-t-elle désormais de proposer un nouveau cadre théorique, une nouvelle manière d'en décrire plus fidèlement les manifestations.

CHAPITRE 2

LA RECONSTRUCTION DES MANIFESTATIONS THÉORIQUES DU PHÉNOMÈNE

« C'est seulement en créateurs que nous pouvons anéantir ! – Mais n'oublions pas non plus ceci : il suffit de créer de nouveaux noms, appréciations et vraisemblances pour créer à la longue de nouvelles "choses" »⁹⁴⁷.

205. À l'époque contemporaine, le phénomène doctrinal de juridictionnalisation se manifeste sous un double aspect : sur le plan institutionnel d'une part et au regard des sources d'autre part. D'un point de vue institutionnel, si le contrôle de constitutionnalité des lois a longtemps été exclu, c'est en raison de l'assimilation de la fonction et de l'organe⁹⁴⁸. La loi ne pouvait en effet faire l'objet d'un contrôle tant que le Parlement occupait une place prépondérante parmi les institutions. Si « la hiérarchie des fonctions provoque et implique fatalement celle des organes »⁹⁴⁹, la loi ne peut par conséquent se voir contrôlée par un organe inférieur au Parlement⁹⁵⁰. Or, l'apparition du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois viendra profondément renverser cette perspective. L'approche institutionnelle de la juridictionnalisation permet d'identifier l'emprise du juge sur le pouvoir, si bien que ce qui est décrit comme « une résurrection » de la constitution⁹⁵¹ n'est en réalité qu'une consécration du juge, qui est placé au centre des institutions. Car « si les lois ne règnent que par l'autorisation du juge, par une permission qu'il peut toujours reprendre, n'est-ce pas au juge et non à la loi

⁹⁴⁷ F. NIETZSCHE, *Le Gai savoir*, Paris, Flammarion, 2007, trad. P. Wotling, § 58, p. 112-113.

⁹⁴⁸ Comme le relèvent Philippe Lauvaux et Carlos-Miguel Pimentel, « la pensée fonctionnelle tendra toujours à confondre l'organe et la fonction », P. LAUVAUX, C.-M. PIMENTEL, « Fonctions juridiques de l'État » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 733.

⁹⁴⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, Sirey, 1922, rééd., Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, p. 50.

⁹⁵⁰ Comme le signale Carré de Malberg, « que les autorités tenues d'exécuter et d'appliquer juridictionnellement les lois soient exclues du pouvoir d'en discuter le mérite ou l'opportunité, ceci est affaire de hiérarchie », R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, rééd. Paris, Economica, coll. « Classiques », 1984, p. 50. En définitive, il y a « bien plutôt un système de gradation des pouvoirs qu'un système de séparation des pouvoirs », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 114.

⁹⁵¹ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5.

que l'on devra obéissance ? »⁹⁵². La domination du juge dans les rapports de pouvoir se signale donc, comme nous le verrons, non par un « principe de constitutionnalité », mais par un *principe de juridictionnalité*. Or, un tel principe fonde et justifie la naissance de l'*État juridictionnel*, c'est-à-dire un État qui valorise la volonté juridictionnelle au détriment de la volonté législative (**Section 1**). Mais c'est surtout au regard des sources que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation pourra pleinement s'épanouir. À travers la valorisation de la *constitution jurisprudentielle* – mieux à même de décrire ce que la doctrine constitutionnaliste qualifie de « constitution-norme » – la juridictionnalisation des sources se concrétise par une *jurisprudentialisation* du droit constitutionnel, qui constitue ainsi la forme paroxystique et achevée du phénomène (**Section 2**).

⁹⁵² P. LAUVAUX, C.-M. PIMENTEL, « Fonctions juridiques de l'État », art. cité, p. 736.

SECTION 1

L'APPRÉHENSION DU PHÉNOMÈNE AU PRISME DE SES MANIFESTATIONS INSTITUTIONNELLES

206. Si la juridictionnalisation, c'est-à-dire l'emprise croissante du juge, peut s'observer dans l'ensemble des disciplines juridiques, elle revêt toutefois une spécificité en droit constitutionnel dans la mesure où le juge pénètre un espace au sein duquel régnaient le pouvoir, la volonté, la décision. Aussi, « la juridictionnalisation la plus complète du droit public que tend à imposer la logique de l'État de droit ne peut être présentée sous la forme angélique d'un règne pur et abstrait du droit ; elle ne rature pas purement et simplement la domination politique ; elle produit en revanche de nouveaux équilibres et une nouvelle donne des compétences et des pouvoirs au sein du système politique »⁹⁵³.

207. Le juge oblige donc à repenser les rapports institutionnels entre pouvoirs constitués. L'approche institutionnelle de la juridictionnalisation conduit en effet à la promotion doctrinale d'un *principe de juridictionnalité*, qui se substitue au principe de constitutionnalité (§1), ce qui a permis de faire émerger ce que nous proposons de décrire comme un *État juridictionnel* (§2).

§1 – L'affirmation doctrinale du principe de juridictionnalité

208. Dans une perspective réputée normativiste⁹⁵⁴, le juge est présenté comme un moyen permettant de garantir la « suprématie de la Constitution ». La justice constitutionnelle aurait en effet permis la consécration de ce que, à la suite de Charles Eisenmann⁹⁵⁵, le doyen Favoreu appelle le « principe de constitutionnalité »⁹⁵⁶, c'est-à-dire la soumission des institutions à la constitution. Ce principe, « immédiatement rattaché [par Charles Eisenmann] à l'existence d'une justice constitutionnelle »⁹⁵⁷, se confond en réalité avec elle, dans la mesure où le principe

⁹⁵³ O. JOUANJAN, « État de droit » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 652.

⁹⁵⁴ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197.

⁹⁵⁵ « Tout comme le principe de légalité signifie en dernière analyse que seule la loi peut déroger à la loi, le "principe de constitutionnalité" signifie que seule une loi constitutionnelle peut déroger à une loi constitutionnelle », C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, 1928, rééd. Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1986, p. 21.

⁹⁵⁶ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, rééd. in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 539.

⁹⁵⁷ L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 22^e éd., 2020, p. 129.

de constitutionnalité n'est en définitive perçu qu'à travers le prisme du juge, autrement dit à travers la *mise en œuvre* du principe bien davantage que le principe lui-même. Le principe de constitutionnalité, qui est présenté comme n'étant pleinement effectif que depuis le 16 juillet 1971 et la décision *Liberté d'association*⁹⁵⁸, ne désigne ainsi rien d'autre que le contrôle de constitutionnalité⁹⁵⁹, puisque l'élément déterminant apparaît moins comme la soumission du politique à la constitution que la soumission *juridictionnelle* du politique à celle-ci, présentée à ce titre comme l'unique condition de sa suprématie⁹⁶⁰. En ce sens, Philippe Blachère relève que la reconnaissance de « la supériorité normative de la norme constitutionnelle revient à justifier implicitement l'existence d'une juridiction constitutionnelle chargée de faire respecter cette prévalence dans l'ordre juridique »⁹⁶¹. À cet égard, il n'est pas anodin de relever que le principe de constitutionnalité est comparé par le doyen Favoreu au principe de légalité, supposé être un degré moins avancé dans le respect du droit⁹⁶² et dont « le contrôle de légalité opéré par le juge administratif est le jumeau procédural »⁹⁶³. Ces deux principes reposent en effet tous deux sur une idée de limitation⁹⁶⁴. Toutefois, le principe de constitutionnalité soumet la seule *loi* au respect de la constitution, et c'est donc de ce point de vue qu'il se confond avec sa mise en œuvre, dans la mesure où l'ensemble des autres actes – notamment les actes présidentiels – ne sont pas considérés comme soumis à ce principe de constitutionnalité. L'assimilation de ce dernier au contrôle juridictionnel des lois révèle donc qu'il n'a aucun contenu propre en dehors de sa mise en pratique. Le principe de constitutionnalité témoigne de la soumission du politique à la constitution – comme le principe de légalité désigne la soumission de l'Administration à la

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 131.

⁹⁵⁹ « Faire respecter le principe de constitutionnalité c'est vérifier la conformité des textes qui y sont soumis à la Constitution », L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », art. cité, p. 539. V. aussi L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 129 *sqq.*

⁹⁶⁰ Par exemple : F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, p. 1 : « [...] comment assurer cette suprématie s'il n'y a pas de recours en inconstitutionnalité contre les actes des pouvoirs publics ? » ; L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 130 : « l'existence d'une constitution écrite est une condition nécessaire mais non suffisante pour que s'impose le principe de constitutionnalité : ce qui est acquis, en Europe, depuis la dernière guerre, c'est que la suprématie de la Constitution ne cesse d'être une simple incantation que lorsque cette suprématie est effectivement garantie par un système de justice constitutionnelle » ; F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ-Lextenso, coll. « Manuel », 40^e éd., 2019, p. 75 : « [...] une norme possède une valeur juridique supérieure à celle d'une autre norme si et seulement si l'édiction d'une seconde norme contraire à la première *peut être sanctionnée* ».

⁹⁶¹ Ph. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, p. 25

⁹⁶² Le principe de légalité se définit en droit administratif comme « l'obligation de régularité juridique pesant sur les actes de tous ceux – collectivités publiques comme personnes privées – qui sont investis de la mission de réaliser de manière effective les tâches que l'État a choisi d'assumer juridiquement », B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2^e éd., 2018, p. 604.

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 603.

⁹⁶⁴ D. LOCHAK, « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, p. 388.

loi⁹⁶⁵. En ce sens, par-delà sa mise en œuvre juridictionnelle, il entend signifier que l'institution accepte de se soumettre à la règle. Or, la logique de promotion du contrôle de constitutionnalité exclut par principe toute idée d'autolimitation, puisqu'il s'agit d'imposer la règle par la sanction d'un tiers.

209. Affirmer comme le fait notamment le doyen Favoreu que le respect de la constitution est permis par la justice constitutionnelle revient ainsi en dernière analyse, non pas à affirmer la supériorité de la constitution, mais bien plutôt du juge qui l'interprète. C'est la raison pour laquelle il nous paraît plus à propos de qualifier le principe de constitutionnalité de *principe de juridictionnalité*. Au sein de la doctrine constitutionnaliste contemporaine, le normativisme se traduit en effet moins par un ensemble hiérarchisé de normes qu'il ne se manifeste comme le conditionnement du respect d'une règle à sa sanction juridictionnelle. Tel serait bien le sens du principe de juridictionnalité, qui correspond en droit constitutionnel au lien d'interdépendance établi entre le respect de la constitution et la justice constitutionnelle. Aussi, moins qu'un passage du principe de légalité au principe de constitutionnalité, la justice constitutionnelle marque-t-elle plutôt le passage du principe de légalité au principe de juridictionnalité – ou, de façon plus générale, du légicentrisme au « prétoricentrisme »⁹⁶⁶. En ce sens, lorsque le doyen Favoreu analyse les rapports entre légalité et constitutionnalité, il est frappant de constater qu'il affirme sans ambages, s'agissant des évolutions du principe de légalité et de l'absorption de la constitutionnalité dans ce principe, que « tout tient au rôle du juge administratif comme juge de la légalité »⁹⁶⁷. *La constitutionnalité n'est dès lors rien d'autre qu'une juridictionnalité masquée derrière un texte que le juge constitutionnel ne se contente pas d'appliquer, mais qu'il interprète*. Le principe de juridictionnalité intéresse donc davantage les institutions que les sources. Il signifie, puisque ses décisions sont revêtues de l'autorité absolue de chose jugée⁹⁶⁸, qu'elles s'imposent aux autres institutions. Occupant une

⁹⁶⁵ Benoît Plessix souligne toutefois la désuétude du terme car « le principe de légalité désigne aujourd'hui, plus généralement, la soumission de l'Administration au respect du *droit* », B. PLESSIX, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 604. Eisenmann notait déjà l'écart entre le « principe de légalité » au sens de soumission de l'Administration à la loi et « principe de légalité » au sens de soumission de l'Administration à l'ensemble des règles de droit qui s'imposent à elle. Selon lui, seul le premier sens doit être retenu, pour éviter une confusion problématique au sein des sources du droit entre la loi et les autres règles de droit, C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », EDCE, La Documentation française, 1957 rééd. in *Écrits de droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2013, p. 241-249. C'est ce qui explique que certains auteurs utilisent le « principe de juridicité » comme alternative au principe de légalité, supposée rendre compte de l'enrichissement des sources.

⁹⁶⁶ P. FRAISSEIX, « Le “prétoricentrisme”, coup d'état de droit ? », *RRJ-Droit prospectif*, 2005-1, p. 293.

⁹⁶⁷ L. FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », *CCC*, n° 3, 1997 [en ligne].

⁹⁶⁸ En vertu de l'article 62 de la Constitution.

place privilégiée au sein de la discipline, le juge constitutionnel, avec le principe de juridictionnalité, transforme donc l'État de droit en État juridictionnel.

§2 – La promotion doctrinale de l'État juridictionnel

210. La promotion de l'État juridictionnel passe par une remise en cause des systématisations classiques des rapports institutionnels au sein d'un État (A) et s'analyse – à l'image de la rhétorique des grands robins sous l'ancienne France – comme un discours proprement antivolontariste (B).

A. L'inadéquation des systématisations classiques avec le phénomène doctrinal de juridictionnalisation

211. La nécessité de reconstruire les manifestations institutionnelles du phénomène autour du concept d'État juridictionnel se justifie par l'inadéquation des systématisations existantes relatives aux rapports institutionnels au sein d'un État. Or, ni le « régime juridictionnel », résultant de la classification des régimes politiques (1), ni l'« État constitutionnel » (2) ne permettent à notre sens de constituer des cadres théoriques en mesure de décrire le phénomène doctrinal de juridictionnalisation.

1. L'inadéquation du régime juridictionnel

212. La première forme de systématisation pose comme critère l'équilibre entre les pouvoirs pour analyser quel organe, à travers d'une part sa fonction⁹⁶⁹ et, d'autre part, les différents mécanismes dont il dispose⁹⁷⁰, domine le jeu institutionnel. Cela aboutit à la classification des régimes politiques – classification la plus répandue dans les manuels de droit constitutionnel⁹⁷¹ – à travers le prisme du principe de séparation des pouvoirs mais surtout

⁹⁶⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 50. À l'instar de Carré de Malberg, Georges Burdeau pose un principe d'unité de la puissance étatique en admettant également que « les fonctions de l'État sont hiérarchisées », G. BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *RDP*, 1945, p. 215.

⁹⁷⁰ Au XVIII^e siècle, seule la fonction emportait un intérêt puisque, en raison du lien établi entre souveraineté et pouvoir législatif, la classification des régimes dépendait exclusivement de la question de savoir quel organe détenait la fonction législative : « la *summa divisio* passait entre d'une part les régimes où la fonction législative était attribuée dans sa totalité à un organe unique, et d'autre part ceux dans lesquels cette fonction suprême était distribuée entre au moins deux organes législatifs partiels ». S'agissant de ces derniers, ils correspondaient à la désignation de régime mixte, M. LAHMER, « Séparation et balances des pouvoirs » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1408-1409.

⁹⁷¹ Le constat formulé par Michel Troper en 1989 est en effet encore pertinent aujourd'hui, la grande majorité des manuels de droit constitutionnel reprenant toujours cette classification, « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 945.

« l'agencement constitutionnel entre les fonctions et les organes »⁹⁷² : régime parlementaire ou régime présidentiel, avec ses variantes telles que régime présidentialiste, d'assemblée, voire plus confusément des imbrications de type « semi-présidentiel » ou « semi-parlementaire ». En dépit de sa vertu pédagogique, cette classification présente de sérieuses faiblesses. Elle a ainsi été remise en cause, en ce qu'elle repose sur de fausses prémisses en matière de séparation des pouvoirs⁹⁷³, conduisant subséquemment – comme l'a démontré Michel Troper – à déformer les rapports de pouvoir au sein de l'État afin de les rendre conformes à une classification établie *a priori*⁹⁷⁴. En d'autres termes, cette classification a pour inconvénient principal de faire fi de la complexité de la réalité institutionnelle⁹⁷⁵. Quoi qu'il en soit, cette première systématisation oppose les régimes d'« équilibre des organes » à ceux qui se caractérisent par « la prééminence d'un organe »⁹⁷⁶.

213. Appliquée à la question de la juridictionnalisation, le constat de la place prépondérante du juge et de sa vocation première à garantir l'équilibre des pouvoirs conduirait donc à écarter les régimes d'équilibre – le juge étant d'ailleurs curieusement un impensé de la distinction entre régime parlementaire et présidentiel ou de séparation souple ou rigide des pouvoirs – et à constater l'existence, à côté des régimes dits d'assemblée ou présidentialiste, d'un *régime juridictionnel*. Cette troisième catégorie apparaît évidemment séduisante dans la mesure où elle signale sans détour le rôle prééminent du juge constitutionnel parmi les institutions politiques et juridictionnelles⁹⁷⁷ : contrôlant la loi, le juge impose sa décision en

⁹⁷² Plus pertinent s'agissant de la classification des régimes que les « modes de désignation des organes exécutifs », P. LAUVAUX, « Régimes (classification) » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1319.

⁹⁷³ Qui, ainsi que l'a relevé Carré de Malberg, désigne dans la théorie de Montesquieu tout à la fois séparation des fonctions et l'indépendance des organes, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 1-48. V. également sur la conception révolutionnaire de cette théorie, L. DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 1893, p. 99, p. 336 et p. 567 et M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980, rééd. Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2015. En pratique, l'histoire constitutionnelle française montre que la séparation des pouvoirs ne s'est jamais traduite que par une séparation « des fonctions à l'intérieur d'un pouvoir qui ne pouvait être qu'"un" et qui reposait toujours entre les mains d'un seul organe », E. ZOLLER, « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française », *RIDC*, 2001, p. 561.

⁹⁷⁴ M. TROPER, « Les classifications en droit constitutionnel », art. cité, p. 945 ; F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 124-128. Pour une critique de la critique tropérienne et une défense de la classification traditionnelle, v. P. LAUVAUX, « Propositions méthodologiques pour la classification des régimes », *Droits*, n° 32, 2000, p. 109.

⁹⁷⁵ La critique de la théorie de la séparation des pouvoirs s'accompagne aussi souvent d'une critique de la distinction des trois fonctions législative, exécutive et judiciaire. V. notamment, P. GAUDEMET, « La séparation des pouvoirs. Mythe et Réalité », *Recueil Dalloz*, 1961, p. 121.

⁹⁷⁶ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 114-124.

⁹⁷⁷ Prépondérance d'une institution ne signifiant toutefois pas concentration des pouvoirs au profit de celle-ci, *ibid.*, p. 115.

dernière analyse tant au Parlement qu'à l'exécutif – plus encore sans doute à l'exécutif, avec le phénomène de « majorité gouvernementale », voire davantage de « majorité présidentielle »⁹⁷⁸.

214. Néanmoins, le *régime juridictionnel* n'apparaît pas convaincant pour décrire le mouvement doctrinal en faveur du juge, dans la mesure où la doctrine constitutionnaliste n'affirme pas expressément la domination du juge sur l'ensemble des institutions. La promotion de la figure du juge passe en effet au sein de la doctrine par une promotion de la constitution : l'on n'affirme guère que le juge se doit de dominer le jeu institutionnel, l'on pose en revanche que la constitution doit être la source effectivement suprême au sein de l'État. Ainsi s'explique l'argument tendant à présenter la justice constitutionnelle comme un instrument permettant d'assurer la séparation entre les pouvoirs législatif et constituant⁹⁷⁹. Formulé par Charles Eisenmann à la suite de Kelsen⁹⁸⁰, il s'agit de signaler qu'outre les vices de forme, l'inconstitutionnalité d'une norme résulte toujours d'une violation par le législateur des règles de compétence prévues par la constitution, de sorte que l'inconstitutionnalité matérielle d'une norme signifie qu'elle « aurait dû être posée en la forme constitutionnelle »⁹⁸¹. Puisque l'inconstitutionnalité matérielle de la loi est supplantée par une inconstitutionnalité procédurale, il apparaît logique que le « sens juridique de la justice constitutionnelle » soit « de garantir la répartition de la compétence entre législation ordinaire et législation constitutionnelle »⁹⁸². Il ne s'agit dès lors pas d'un régime juridictionnel, mais d'un régime constitutionnel.

2. L'inadéquation de l'État constitutionnel

215. La seconde forme de systématisation pourrait apparaître alors plus pertinente. Celle-ci repose, non plus sur l'organisation des fonctions étatiques, mais sur la source suprême du pouvoir au sein de l'État. Sa pertinence réside dans le lien de dépendance établi entre les

⁹⁷⁸ Le doyen Favoreu admettait d'ailleurs cette emprise du juge sur l'Exécutif : « Finalement, affirmait-il s'agissant des rapports entre le Conseil constitutionnel et le Parlement, c'est la "législation gouvernementale", et non pas la législation parlementaire, qui est contrôlée par le Conseil constitutionnel dans le contexte suivant : une majorité à l'Assemblée nationale, un Gouvernement et un Président de la République de la même couleur, et une majorité disciplinée. Dans cette hypothèse, de plus en plus, le Conseil contrôle en réalité la législation gouvernementale ou même présidentielle », L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, p. 67. C'est la raison pour laquelle l'auteur voyait dans le Conseil constitutionnel une institution capable de rétablir l'équilibre entre l'exécutif et le Parlement et venait renforcer les pouvoirs de ce dernier en corrigeant « les effets d'un régime parlementaire transformé en régime majoritaire », *ibid.*, p. 73.

⁹⁷⁹ Séparation qui était, pour Carré de Malberg, la condition de réalisation de la limitation de la « puissance de l'État », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome I, *op. cit.*, p. 233.

⁹⁸⁰ Pour Kelsen, « même si une loi est jugée anticonstitutionnelle, parce qu'elle a un contenu anticonstitutionnel, elle n'est anticonstitutionnelle que parce qu'elle n'a pas été adoptée comme une loi modifiant la Constitution », H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Paris, Michel Houdiard, coll. « Les sens du droit », 2006, p. 80.

⁹⁸¹ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *op. cit.*, p. 17.

⁹⁸² *Ibid.*, p. 20.

fonctions de l'État et les actes juridiques découlant des organes titulaires de ces fonctions. Autrement dit, la fonction législative crée des actes législatifs, la fonction exécutive des actes administratifs, la fonction juridictionnelle des actes juridictionnels⁹⁸³. Cette systématisation se rattache par ailleurs à une pensée positiviste, voire normativiste, ce qui se révèle de façon éclatante chez Kelsen, qui « à chaque degré de la hiérarchie des normes [...] assimile purement et simplement le juge avec le pouvoir normatif de rang équivalent »⁹⁸⁴. C'est ainsi que Carré de Malberg⁹⁸⁵ a pu distinguer État légal et État de droit : dans un État légal, la loi est la règle de droit supérieure et les pouvoirs publics sont soumis au principe de légalité dont le juge contrôle le respect ; dans un État de droit, la constitution est la règle de droit supérieure et les pouvoirs constitués doivent respecter la constitution que la justice constitutionnelle doit garantir. À cet égard, l'État de droit étant présenté comme réalisé avec l'avènement de la justice constitutionnelle, il est assimilé à un « État constitutionnel »⁹⁸⁶ dans la mesure où ce qui distingue l'État légal de l'État de droit est la sanction juridictionnelle du non-respect de la constitution.

216. Or, de la même façon que l'État légal caractérise en réalité un État parlementaire, l'État de droit – ou État constitutionnel –, en ce qu'il « culmine dans une *juridictionnalité générale (allgemeine Justizförmigkeit)* de l'ensemble de la vie de l'État »⁹⁸⁷, caractérise en

⁹⁸³ En revanche, et c'est le sens de la critique de Georges Burdeau, le défaut de cette présentation tient à ce qu'une « catégorie d'actes » ne peut être « le privilège exclusif d'une fonction », G. BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *RDP*, 1945, p. 209. L'auteur reproche à la définition de la fonction par l'acte une confusion entre la finalité de l'action étatique – à savoir « réaliser l'idée de droit » – et les moyens de réalisation de cette finalité. Il propose ainsi une nouvelle classification des fonctions de l'État, consistant à opposer d'un côté les fonctions de création libre et initiale du droit – la fonction gouvernementale, parmi laquelle figure le pouvoir de faire la loi – et les fonctions dérivées et contraintes dans la création du droit – la fonction administrative, parmi laquelle figure la fonction juridictionnelle. Une telle classification ne pourrait être utilisée pertinemment ici dans la mesure où elle postule que le juge exerce une « puissance subordonnée et limitée », c'est-à-dire qu'elle présente l'activité juridictionnelle comme une simple activité d'application de la loi, ce qui avec l'émergence du juge constitutionnel peut difficilement être encore admis.

⁹⁸⁴ P. LAUVAUX, C.-M. PIMENTEL, « Fonctions juridiques de l'État », *op. cit.*, p. 736.

⁹⁸⁵ Constatant l'absence de mécanisme permettant la contestation devant le juge « des actes étatiques vicieux » adoptés par le législateur, Carré de Malberg considérait que la France « ne s'est pas élevée jusqu'à la perfection de l'État de droit », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome I, *op. cit.*, p. 492.

⁹⁸⁶ L'État constitutionnel est ici entendu comme le versant constitutionnaliste de l'État de droit. Nous excluons donc ici le sens formulé par Peter Häberle, qui, s'inspirant de Rudolf Smend, adopte une perspective singulière, puisqu'il nie assez clairement la dimension intra-étatique de l'État constitutionnel pour promouvoir, de façon plus prescriptive que descriptive (« visant à décrire un état optimal de devoir être (*Sollzustand*) et un état possible d'être (*Istzustand*) ») des éléments culturels propres à la « civilisation occidentale », P. HÄBERLE, *L'État constitutionnel*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », trad. M. Roffi, 2004.

⁹⁸⁷ « Dans cet idéal d'État de droit, ajoute l'auteur, pour tout genre de différends et de conflits, que ce soit entre les plus hautes instances de l'État, entre des autorités et des particuliers, entre des États membres et la fédération dans le cas d'un État fédéral, entre des États membres, etc., il devrait exister – quels que soient le type du conflit et son objet – une procédure qui permette de trancher selon une procédure juridictionnelle (*justizförmiges Verfahren*) », C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1993, trad. L. Deroche-Gurcel, p. 271.

réalité un *État juridictionnel*⁹⁸⁸. Au sein d'un tel État, l'emprise qu'exerce le juge sur les autres pouvoirs se justifie par la doctrine au regard des sources – la nécessité d'une « garantie de la Constitution ». C'est la raison pour laquelle la promotion de l'État juridictionnel est implicite : la juridictionnalisation est davantage décrite comme l'avènement de l'État de droit⁹⁸⁹, ou « État constitutionnel ». Pourtant, le principe de juridictionnalité transforme inéluctablement le critère de la norme en un argument fondé sur l'institution qui interprète la norme et qui, parmi les pouvoirs constitués a le *dernier mot* sur eux. Dans l'État juridictionnel, la politique n'a dès lors pas été « saisie par le droit », mais par le *juge*. Le critère des sources, quelles que soient celles qui dominent l'ordre juridique, exacerbe ainsi la fonction juridictionnelle, car « dans un ordre juridique tout entier centré autour de l'idée de hiérarchie des normes, c'est en réalité sur le juge que tout repose »⁹⁹⁰.

217. Le concept d'État constitutionnel est dès lors parfaitement impropre, dans la mesure où le juge ne s'efface pas derrière la constitution. Le pouvoir – comme d'ailleurs la souveraineté – ne peut appartenir à une norme, mais à une institution ou un organe⁹⁹¹. De la même façon que l'absence de contrôle de la loi est présentée comme aboutissant à une

⁹⁸⁸ Notre concept d'État juridictionnel peut être assimilé au sens donné par Carl Schmitt, bien qu'il ne s'agisse pas ici de reprendre sa modélisation des formes d'État. Dans son étude sur la légalité et la légitimité, Schmitt opère en effet une distinction entre quatre types d'État. Le premier, « l'État-législatif parlementaire », objet de son étude, réalise l'idéal normativiste en ce qu'il constitue « un type précis de communauté politique dont la particularité consiste en ce qu'elle situe l'expression la plus haute et la plus décisive de la volonté générale dans des normes juridiques ». La particularité de ce type d'État tient à la substitution de la décision politique par la validité des normes. L'État législatif ne peut de façon pertinente poser la question de la légitimité et se concentre sur une légalité « fermée sur elle-même ». Il s'agit en définitive ici d'une définition normativiste de l'État de droit, même si Schmitt réfute cette qualification en tant qu'elle s'applique selon lui à tout État appliquant le droit. Les trois autres types d'État se distinguent par l'organe qui occupe la place la plus importante dans le système juridico-politique. D'abord, « l'État gouvernemental », au sein duquel la volonté se manifeste de façon autoritaire par l'Exécutif. Ensuite, « l'État administratif » au sein duquel la décision dépend entièrement des « circonstances d'une situation concrète » et « des considérations d'*opportunité* pratique et factuelle ». Enfin, « l'État juridictionnel », au sein duquel la décision s'exprime par le juge, qui « a le dernier mot ». En réalité, notre concept d'État juridictionnel correspondrait plutôt à ce que Schmitt appelle un « État partiellement juridictionnel », c'est-à-dire à une version plus nuancée que la conceptualisation schmittienne. Sur cette distinction, v. C. SCHMITT, *Légalité et légitimité* [1932], Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, coll. « Pensée allemande et européenne », 2015, trad. C. Roy et A. Simard.

⁹⁸⁹ Le concept d'État juridictionnel s'avère en effet étranger à la doctrine française, qui concentre sa réflexion sur l'État de droit. Nous l'avons toutefois rencontré dans la publication des débats relatifs à la rédaction par la doctrine d'une « Constitution administrative de la France ». S'agissant en effet de la rédaction d'un article 4 relatif à l'État de droit, Olivier Beaud défend l'idée – absolument essentielle, bien que négligée par la doctrine constitutionnaliste – selon laquelle celui-ci ne peut être envisagé indépendamment des institutions, singulièrement juridictionnelles, qui le mettent en œuvre, si bien que l'État de droit est en définitive un « État juridictionnel », O. BEAUD, « État légal et État de droit » in J.-J. BIENVENU *et al.* (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2012, p. 81. Selon la systématisation schmittienne, l'État de droit correspondrait à « l'État législatif-parlementaire », non pas entendu au sens de la suprématie de la loi mais de façon plus large de la suprématie du droit.

⁹⁹⁰ P. LAUVAUX, C.-M. PIMENTEL, « Fonctions juridiques de l'État », *op. cit.*, p. 736.

⁹⁹¹ C'est ce qui explique que Carl Schmitt ait pu critiquer l'idée de souveraineté de la Constitution, affirmant que « seul quelque chose existant concrètement peut être souverain, pas une norme simplement valide », C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 136.

suprématie de son organe, le Parlement⁹⁹², le pouvoir que confère un tel contrôle de la loi renforce le juge, et non la constitution ou la jurisprudence qui découle de son interprétation⁹⁹³. Soulevant les mêmes difficultés que l'État de justice sous l'ancienne France, l'État juridictionnel se caractérise ainsi par le fait qu'il conduit à repenser les rapports entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir politique. C'est sans doute également en ce sens que Bertrand Mathieu relève que la séparation des pouvoirs doit davantage s'entendre dans un État de droit comme « la distinction entre le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel »⁹⁹⁴. Il traduit dès lors, comme jadis, un conflit qui se matérialise dans l'affrontement entre les pouvoirs.

B. L'État juridictionnel en miroir de l'ancien État de justice : une rhétorique antivolontariste

218. La dimension intrinsèquement conflictuelle de l'État juridictionnel n'est guère établie par la doctrine constitutionnaliste. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation décrit en effet l'avènement du juge comme condition de modération du pouvoir. Dans cette perspective, le contrôle juridictionnel des lois est présenté comme un encadrement du politique par le droit ; une « politique saisie par le droit » selon la formule chère au doyen Favoreu⁹⁹⁵. Le juge n'est donc pas supposé opposer sa volonté à celle du politique, mais le respect du droit à la volonté politique. Significatif à cet égard apparaît, sous la III^e République, le plaidoyer de Maurice Hauriou pour un « équilibre des pouvoirs de justice et des pouvoirs politiques »⁹⁹⁶, qui suppose – comme le confirme d'ailleurs explicitement le doyen de Toulouse⁹⁹⁷ – que le juge ne

⁹⁹² Ce qu'affirme Carré de Malberg en posant le problème de façon inversée : « L'impuissance du juge à prononcer sur la validité des lois tient à ce qu'en France, le Parlement est l'organe suprême », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 35.

⁹⁹³ Stéphane Rials a en ce sens bien montré qu'il ne peut y avoir de « pouvoir normatif de la jurisprudence » puisque la norme précède l'existence d'une jurisprudence. Il s'ensuit que « le pouvoir normatif ne peut appartenir qu'au juge lui-même », S. 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 », 1980, p. 198. Dans un sens similaire, Denys de Béchillon affirme que « ce n'est pas la *jurisprudence* qui détient un pouvoir normateur, mais le *juge* », D. de BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 115. Philippe Lauvaux et Carlos-Miguel Pimentel soulignent également cette contradiction : « si les lois ne règnent que par l'autorisation du juge, par une permission qu'il peut toujours reprendre, n'est-ce pas au juge et non à la loi que l'on devra obéissance ? De même que chez Bodin, par le biais du temps, le règne de la loi disparaissait devant celui du législateur, de même ici la puissance de la loi se ramène en fin de compte à celle de son contrôleur ». Une telle constatation aboutit ainsi nécessairement à « une forme nouvelle de judicocentrisme, dans laquelle c'est le juge qui concentre désormais l'essentiel du pouvoir normatif », P. LAUVAUX, C.-M. PIMENTEL, « Fonctions juridiques de l'État », *op. cit.*, p. 736.

⁹⁹⁴ B. MATHIEU, *Justice et politique : la déchirure ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Forum », 2015, p. 7.

⁹⁹⁵ L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

⁹⁹⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2015, p. 240.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 238.

soit pas envisagé comme un pouvoir politique⁹⁹⁸. Cet équilibre se traduit par la faculté pour le juge de tenir « en respect le pouvoir », selon la formule de l'éminent auteur, qui déplorait que le juge ne fût pas en mesure de tenir « en respect » le Parlement, contrairement aux États-Unis où « le juge tient tous les pouvoirs politiques à la gorge »⁹⁹⁹ sans pour autant se substituer à eux¹⁰⁰⁰. Le rôle déterminant du juge est donc de réguler, par le droit, les activités politiques, et le droit est censé imposer, d'un point de vue institutionnel, une stricte délimitation des compétences dans l'exercice du pouvoir¹⁰⁰¹ ; compétences encadrées par la constitution que le juge protège et interprète. La place privilégiée du juge tient ainsi à sa qualité de tiers au pouvoir, ce qui apparaît comme une nouveauté dans la mesure où cette fonction de « tiers pouvoir » n'avait pas, dans l'histoire de la pensée constitutionnelle, été conçue pour être confiée au juge¹⁰⁰².

219. Sous la V^e République, plus spécifiquement, la fonction modératrice assignée au juge – qui démontre ici l'indissociabilité du critère organique et du critère matériel pour définir

⁹⁹⁸ Ce point sera substantiellement discuté dans la suite de nos développements. V. *infra*, § 291-325.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 240.

¹⁰⁰⁰ « Il ne les gouverne pas ; il ne les empêche même pas : son rôle est purement répressif. Il équilibre leur action par la seule répression de leurs excès de pouvoir ou de leurs erreurs, par la seule invalidation de leurs actes irréguliers et illégitimes », *ibid.*, p. 240.

¹⁰⁰¹ Nous verrons plus avant, dans le second temps de notre analyse, ce que la séparation du droit et de la politique peut avoir de problématique pour l'appréhension du juge comme du droit constitutionnel lui-même, V. en ce sens *infra*, § 331-362.

¹⁰⁰² Pensée constitutionnelle française, mais également européenne. Au XVIII^e siècle, Hobbes conférait cette qualité au souverain : « ce “tiers” ne peut être que le *souverain*, qui n'est pas seulement le plus puissant des pouvoirs mais celui qui, comme législateur, détermine seul la compétence subordonnée des autres instances, sans tolérer aucun empiètement sur sa compétence propre », P. RAYNAUD, « Le juge, la politique et la philosophie » in M. GAUCHET, P. MANENT, P. ROSANVALLON (dir.), *Situations de la démocratie*, Paris, Gallimard-Le Seuil, coll. « Hautes études », 1993, p. 113. Plus tard, Benjamin Constant ne confiait pas cette fonction au juge mais au roi, puisque la neutralité impose que le tiers se situe en dehors des trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire : « Les trois pouvoirs politiques, tels qu'on les a connus jusqu'ici, le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général ; mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s'entre-choquent et s'entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut être dans l'un de ces ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres ; il faut qu'elle soit en dehors, qu'elle soit neutre, en quelque sorte, pour que son action s'applique partout où il est nécessaire qu'elle soit appliquée, et pour qu'elle soit préservatrice et réparatrice, sans être hostile », B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, Tome I, 2^e éd., Paris, Guillaumin et Cie, 1872, p. 178. À sa suite, Schmitt, dans la fameuse controverse qui l'a opposé à Kelsen, attribuait ce rôle au Président de la République. Seul le Président du Reich peut assurer la garde de la Constitution, car lui seul est en mesure d'incarner l'unité de l'État et la représentation du peuple tout entier. Cette thèse est évidemment spécifique au cadre constitutionnel de la République de Weimar, même s'il paraît possible de faire certaines analogies entre le Président-gardien de la Constitution, V. S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 17. V. également, O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2007 et R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Paris, LGDJ, « Collection des Thèses », 2009,

la fonction juridictionnelle¹⁰⁰³ – rompt avec la pensée constitutionnelle révolutionnaire. La puissance dont la loi sera en effet dotée au moment révolutionnaire empêchera de penser toute idée de limitation dans l'exercice de la souveraineté, et ce n'est que par une incroyable renaissance paradigmatique que la doctrine contemporaine présentera le juge comme un tiers pouvoir permettant de limiter un tel exercice. Niant, à l'instar de Kelsen¹⁰⁰⁴, toute possibilité d'autolimitation dans l'exercice de la souveraineté¹⁰⁰⁵, la doctrine contemporaine soutient que la limitation du pouvoir doit être extérieure à ce même pouvoir. Elle fera ainsi reposer cette limitation dans une norme – la constitution normative – comme le faisaient les parlementaires de la France ancienne à l'égard de la Constitution monarchique. Pourtant, aujourd'hui comme alors, c'est l'institution qui interprète le texte suprême qui assure en réalité cette fonction limitatrice, et non évidemment le texte lui-même puisqu'encore une fois, la négation du principe de l'autolimitation – admis par les révolutionnaires¹⁰⁰⁶ – aboutit inéluctablement à considérer que la limitation n'est effective qu'à travers un pouvoir de contrôle extérieur, institutionnalisé. Le point commun réside donc dans la critique d'une conception absolutiste de la souveraineté : sous l'ancienne France, les grands robins combattaient la monarchie absolue en tant qu'elle postulait l'unité dans le titre aussi bien que dans l'exercice de la souveraineté, c'est-à-dire en tant qu'elle refusait de confier à un tiers le pouvoir de contrôler les actes du souverain. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation conditionne de la même façon la limitation effective du pouvoir – le pouvoir législatif, qui monopolisait par le passé l'exercice de la souveraineté – à l'intervention du juge constitutionnel. Mais le titre de la souveraineté – celle qui appartient au peuple – est toutefois préservé à deux égards : à travers la construction du « peuple constituant » d'une part, à travers la théorie du lit de justice d'autre part. Le juge ne

¹⁰⁰³ Ce qu'a en ce sens démontré Stéphane Rials, prenant l'exemple en droit administratif de l'arrêt *Cadot* rendu par le Conseil d'État en 1889, par lequel le juge administratif associe à la dimension purement matérielle de la fonction juridictionnelle – « trancher des litiges » – une dimension organique – le juge « doit être un tiers par rapport au litige », S. RIALS, « Ouverture : L'office du juge », *Droits*, n° 9, 1989, p. 8.

¹⁰⁰⁴ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », art. cité, p. 223.

¹⁰⁰⁵ Mais admettant en revanche la possibilité d'une telle autolimitation pour le juge : le Conseil constitutionnel, affirme en effet le doyen Favoreu, « marque lui-même ses limites : comme beaucoup de juges constitutionnels, il s'autolimite, en soulignant notamment qu'il n'a pas le pouvoir d'appréciation d'une Assemblée parlementaire », L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 57.

¹⁰⁰⁶ Au sein des constitutions révolutionnaires, les pouvoirs sont en effet réputés assurer la garde de la constitution : Constitution de 1791, Titre 7, article 8 : « L'Assemblée nationale constituante en remet le dépôt à la fidélité du Corps législatif, du roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français » ; Constitution du 24 juin 1793, Article 123 : « La République française honore la loyauté, le courage, la vieillesse, la piété filiale, le malheur. Elle remet le dépôt de sa Constitution sous la garde de toutes les vertus » ; Constitution du 5 fructidor an III, article 377 : « Le peuple français remet le dépôt de la présente Constitution à la fidélité du Corps législatif, du Directoire exécutif, des administrateurs et des juges ; à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français ». V. sur ce point l'analyse de François Luchaire, qui parle « d'auto-contrôle » plutôt que d'autolimitation, F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 8-9.

concurrence pas le peuple souverain, d'abord, car en protégeant la constitution, il assure la défense du « peuple constituant » à l'origine de cette constitution¹⁰⁰⁷. Ensuite, parce que celui-ci, « à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts »¹⁰⁰⁸. De ces deux thèses doctrinales, seule la première peut ici justifier que la limitation du pouvoir par le juge ne concerne que l'exercice, et non le titre de la souveraineté. La théorie du lit de justice ou du dernier mot du pouvoir constituant n'est effectivement d'aucun secours, car elle ne concerne pas le principe mais l'exercice du pouvoir – le pouvoir présenté comme « constituant » par lequel le peuple peut remettre en cause une décision du juge n'étant en réalité que constitué¹⁰⁰⁹.

220. L'État juridictionnel se présente ainsi comme un État profondément antivolontariste, comme l'était, on s'en souvient, l'État de justice prôné par les parlementaires¹⁰¹⁰. La souveraineté bodinienne, en ce qu'elle attribue au souverain le pouvoir de dernier mot¹⁰¹¹, est aujourd'hui comme alors vilipendée : le législateur, même s'il dispose de l'exercice de la souveraineté, ne peut avoir le dernier mot au mépris du respect du droit, comme le Roi ne pouvait alors avoir le dernier mot au mépris du respect des lois divines, naturelles et fondamentales. Pourtant, en matière législative, c'est la décision du juge qui, en dernière analyse, s'impose. Aussi l'État juridictionnel ne fait-il que substituer une volonté à une autre : la volonté législative est substituée à la volonté juridictionnelle, le dernier mot du législateur au dernier mot du juge. Caractéristique est à cet égard le vœu formulé par le doyen Favoreu de ne plus permettre au Président de la République de disposer d'un pouvoir de décision ultime en matière constitutionnelle : par un raisonnement très paradoxal, celui-ci nie – au nom d'un

¹⁰⁰⁷ Ph. BLACHÈR, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, *op. cit.*, p. 185-195.

¹⁰⁰⁸ G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 180. Cet argument, développé par Georges Vedel, sera également formulé par Louis Favoreu à travers la théorie de l'aiguilleur : « En fait, le Conseil constitutionnel, placé au carrefour crucial, est en quelque sorte un aiguilleur ou un régulateur indiquant quelle voie – réglementaire, législative ordinaire, législative organique ou constitutionnelle – doit suivre la réforme pour être adoptée. Car le contrôle de constitutionnalité a en définitive cette signification ; les décisions du Conseil ne signifient pas, lorsqu'il y a censure d'une loi, que les mesures prévues ne peuvent être prises, mais qu'elles ne peuvent l'être qu'en empruntant la voie constitutionnelle c'est-à-dire celle de la révision de la Constitution », L. FAVOREU, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP*, 1982, p. 419-420. V. aussi, L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 399-402. L'auteur reprend une argumentation déjà développée par Kelsen puis Eisenmann, tendant à assimiler l'inconstitutionnalité matérielle à une inconstitutionnalité procédurale. V. *supra*, § 214. Ce pouvoir du dernier mot est désormais une théorie bien ancrée dans la doctrine constitutionnelle. V. par exemple, J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Précis Domat », 33^e éd., 2019, p. 256 : « [...] le juge de la constitution ne saurait se parer de la souveraineté de celle-ci. En tout état de cause, il demeure l'obligé du pouvoir constituant, qui dispose, sur le plan du droit, du dernier mot. À ce compte, le gouvernement des juges relève du fantasme ».

¹⁰⁰⁹ Pour une discussion plus substantielle de cette théorie, V. *infra*, § 452.

¹⁰¹⁰ Comme le relève Elina Lemaire, les parlementaires avaient une « conception antivolontariste, antirationaliste et historiciste du droit », E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2010, p. 45. V. *supra*, § 61-90.

¹⁰¹¹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 103-107.

étrange argument fondé sur le respect de la séparation des pouvoirs¹⁰¹² – la possibilité pour le président d’interpréter la Constitution. Ce dernier doit, conformément à une lecture surprenante de l’article 5 de la Constitution, se contenter de « faire appliquer la Constitution »¹⁰¹³ puisque le gardien politique « doit s’incliner devant le gardien juridictionnel »¹⁰¹⁴. Il en résulte que l’État juridictionnel se caractérise par une primauté de la fonction juridictionnelle dans l’ordre constitutionnel, traduisant ainsi un incroyable retour à l’État de justice, puisque la primauté de la fonction de juger « fut une fonction première dans la genèse de l’État moderne »¹⁰¹⁵, avant que la fonction de légiférer ne s’y substitue. C’est précisément ce que combattaient les parlementaires au XVIII^e siècle, opposant à la volonté législative du Roi leur volonté – présentée comme vérité constitutionnelle. Une différence capitale commande toutefois de nuancer une telle comparaison : originairement, la justice était au service de la souveraineté dans la mesure où, dans un contexte d’entrecroisement des sphères politique et religieuse, elle se devait d’asseoir la souveraineté étatique face aux pouvoirs seigneuriaux et ecclésiastiques¹⁰¹⁶. Désormais, le juge – constitutionnel, mais également judiciaire et administratif¹⁰¹⁷ – est au contraire pensé comme un moyen de limitation du pouvoir – et donc de l’exercice de la souveraineté. La juridictionnalisation a donc cela d’intéressant, du point de vue de l’agencement des fonctions de l’État, qu’elle traduit l’évolution d’une dissociation de la fonction législative et de l’exercice de la souveraineté. Mais l’État juridictionnel et son principe de juridictionnalité affectent également le contenu des sources du droit constitutionnel.

¹⁰¹² Postulant donc une nouvelle fois que le juge constitutionnel n’est pas un pouvoir mais un tiers pouvoir, puisque son intervention n’est pas réputée porter atteinte à ce même principe. Cette argumentation est au surplus paradoxale dans la mesure où, dans la pensée constitutionnelle, c’était précisément au nom du principe de la séparation des pouvoirs que le contrôle de constitutionnalité des lois paraissait aberrant.

¹⁰¹³ L’auteur ajoute : « Le président peut saisir le juge constitutionnel pour faire respecter la Constitution, mais il n’a pas à trancher lui-même les différends relatifs à l’interprétation de la Constitution, sinon il sortirait de son rôle d’organe de l’exécutif », L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 112.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ S. RIALS, « Ouverture : L’office du juge », art. cité, p. 5.

¹⁰¹⁶ Il n’est à cet égard pas anodin, nous semble-t-il, que le phénomène d’emprise de l’autorité royale sur l’autorité ecclésiastique – ou de l’État sur l’Église – soit désigné par le terme de « juridictionnalisme ». V. sur ce sujet, B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Les juridictionnalismes ; politiques concordataires ou politiques nationales ? » in *Institutions et libertés. Mélanges en l’honneur du doyen Jean-Pierre Machelon*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 37.

¹⁰¹⁷ Il est remarquable que la justice administrative à l’époque napoléonienne ait été créée pour asseoir l’autorité de l’État, alors qu’il est davantage conçu par la doctrine administrativiste contemporaine comme un instrument de limitation de l’Administration au profit des administrés. Sur la naissance d’une juridiction et d’une jurisprudence administrative, v. F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1995.

SECTION 2

L'APPRÉHENSION DU PHÉNOMÈNE AU PRISME DES SOURCES DU DROIT CONSTITUTIONNEL

221. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation n'oblige pas uniquement à repenser les rapports entre institutions, il repose également sur une présentation différenciée des sources du droit constitutionnel. La question a ceci de problématique que « les contours des sources du droit sont étroitement fonction de la conception du droit que l'on partage »¹⁰¹⁸. S'agissant du juge – et sans s'engager dans une analyse de la place de la jurisprudence dans les différentes écoles de théorie du droit¹⁰¹⁹ – le statut des règles qu'il produit varie considérablement au sein des différentes branches du droit, en dépit d'un mouvement de juridictionnalisation qui se développe en synchronie. En droit privé par exemple – mais aussi au sein des manuels d'introduction au droit, habituellement rédigés par des auteurs privatistes – la diversité de présentation des sources fait l'objet d'une permanente controverse¹⁰²⁰. « Prisonnière de sa vision légicentriste »¹⁰²¹, la doctrine privatiste discute ainsi encore de la place de la jurisprudence comme source du droit. En droit administratif au contraire, en raison de son caractère originairement prétorien, la source jurisprudentielle occupe une place privilégiée¹⁰²². Si la classification des sources a été bouleversée par la constitutionnalisation et l'internationalisation du droit, elle n'est toutefois guère remise en question par la doctrine administrativiste. Les manuels de droit administratif font en effet état d'une même présentation classique des sources¹⁰²³ – souvent qualifiées de « sources de la légalité » *lato sensu*.

¹⁰¹⁸ I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law” », *RIEJ*, 2010, vol. 65, p. 2.

¹⁰¹⁹ École historique, École de l'exégèse, École du droit libre pour les principales. V. notamment sur ce sujet, E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, coll. « Critique du droit », 1985, p. 123-159.

¹⁰²⁰ En ce sens, Catherine Thibierge relève « qu'il y a autant de présentations des sources que d'auteurs de manuels », C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie » in *Libre propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006 p. 536.

¹⁰²¹ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2^e éd., 2018, p. 11.

¹⁰²² Bertrand Seiller classe pourtant les « normes jurisprudentielles » parmi les « sources affaiblies », aux côtés de la loi et à l'opposé des normes constitutionnelles et internationales qui seraient quant à elles des « sources affirmées », B. SEILLER, *Droit administratif. 1. Les sources et le juge*, Paris, Flammarion, coll. « Champs université », 7^e éd., 2018, p. 33-139. Pour Didier Truchet toutefois, « la concurrence croissante des autres sources du droit administratif » ne réduit pas « l'importance de la jurisprudence » : seul « l'apport de la jurisprudence change. Elle invente moins de règles générales que dans le passé mais se consacre davantage aux droits effectifs des citoyens », D. TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 8^e éd., 2019, p. 193.

¹⁰²³ Le plus souvent, les manuels établissent une liste des différents types de normes ou règles applicables de façon systématiquement hiérarchisée, de la constitution aux actes administratifs unilatéraux, en passant par les traités internationaux, la loi, les règlements et les principes jurisprudentiels, v. notamment, R. CHAPUS, *Droit*

222. En droit constitutionnel, la question des sources a toujours fait l'objet de vifs débats. Dès la naissance du constitutionnalisme moderne, deux visions antagonistes des sources s'opposaient précisément : un ordre constitutionnel transcendant d'un côté, œuvre divine qui ne peut être écrite – comment, affirmait le contre-révolutionnaire Joseph de Maistre, la loi fondamentale « sera-t-elle au-dessus de *tous*, si *quelqu'un* l'a faite ? »¹⁰²⁴ – et un ordre constitutionnel immanent de l'autre, au sein duquel la volonté émane de la Nation¹⁰²⁵. Depuis, l'écrit ayant été durablement posé comme exigence du constitutionnalisme, les controverses doctrinales se sont concentrées sur les divergences autour de l'existence de sources non écrites et, plus largement, la possibilité d'admettre, en présence d'une constitution écrite, l'existence de « changements constitutionnels informels »¹⁰²⁶. Quant à la notion de constitution, l'avènement du juge en droit constitutionnel positif est réputé avoir clos les débats : la constitution est une norme dont la justice constitutionnelle est réputée garantir la suprématie.

223. L'on ne saurait toutefois se limiter à une telle présentation des choses. Il découle en effet du principe de juridictionnalité et de l'État juridictionnel une certaine conception de la constitution, la *constitution jurisprudentielle*¹⁰²⁷, qui signifie, au fond que « ce que l'organe chargé du contrôle va confronter à la loi, c'est moins la Constitution que l'idée qu'il s'en fait »¹⁰²⁸ (§1). Il en résulte une *jurisprudentialisation* du droit constitutionnel comme degré ultime de réalisation du phénomène doctrinal de juridictionnalisation. En ce sens, il ne s'agit

administratif général, Tome I, Paris, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 15^e éd., 2001, p. 27-166 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat droit public », 13^e éd., 2019, p. 53-132 ; G. LEBRETON, *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, coll. « Cours Dalloz », 9^e éd., 2017, p. 29-75 ; M. LOMBARD, G. DUMONT, J. SIRINELLI, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. « HyperCours », 13^e éd., 2019, p. 19-65 ; D. TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 177-200 ; J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 27^e éd., 2018, p. 295-366. Parfois, les manuels distinguent entre sources internes et externes, B. PLESSIX, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 9-112. Du point de vue des sources internes, la présentation est elle aussi fort classique : le droit administratif s'inscrit dans une chaîne de production normative où y figurent, naturellement les *lois*, mais aussi les *règlements*, les *principes jurisprudentiels* et la *Constitution* », *ibid.*, p. 17. Plus rarement, la classification reprend une plus ancienne distinction entre sources écrites et sources non écrites, Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuel », 22^e éd., 2018, p. 113-122.

¹⁰²⁴ J. DE MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines* [1814] in *Œuvres*, Paris, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 2007, p. 368.

¹⁰²⁵ V. là-dessus, B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, Thèse dactyl., Université Lyon 3, 2019.

¹⁰²⁶ M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne-Paris, Institut universitaire Varenne-LGDJ, « Collection des thèses », 2013.

¹⁰²⁷ Dans le même sens, Armel Le Divellec affirme que « l'effectivité nouvelle procurée à la Constitution de 1958 par le contrôle exercé (principalement) par le Conseil constitutionnel impliquait moins une restauration du texte qu'une mutation : le passage à une constitution en grande partie "jurisprudentielle", phénomène d'ailleurs perçu et admis par le courant doctrinal qui a célébré le renouveau de la Constitution française », A. LE DIVELLEC, « Un ordre constitutionnel confus. Indécidabilité et incertitudes de la Constitution française » in *1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, Paris, Litec-LexisNexis, 2008, p. 155.

¹⁰²⁸ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, p. 124.

plus seulement de considérer que le juge est le mieux à même de trancher les conflits constitutionnels – et donc d’assurer la promotion d’un pouvoir de décision juridictionnel – mais d’envisager le juge, à travers la création de normes constitutionnelles qu’il applique¹⁰²⁹, comme source unique du droit constitutionnel (§2).

§1 – La constitution jurisprudentielle, source privilégiée de production du droit constitutionnel

224. L’existence d’une constitution jurisprudentielle conduit à repenser les sources du droit constitutionnel (B), mais présuppose une certaine idée du travail d’interprétation du juge (A).

A. L’adhésion doctrinale à l’existence d’une interprétation juridictionnelle de la constitution

225. En 1974, au sein des *Mélanges Charles Eisenmann*, Michel Troper dressait le constat d’une indifférence de la doctrine constitutionnelle pour la problématique de

¹⁰²⁹ Didier Linotte opérait une distinction entre le « pouvoir jurisprudentiel », qui caractérise le pouvoir donné au juge de créer du droit, le « pouvoir normatif », et le « pouvoir juridictionnel », lequel serait caractérisé par « un contrôle » (en l’espèce, de l’administration) « réalisé au cas par cas pour ne pas dire au coup par coup ». Autrement dit, il s’agit d’une distinction entre l’établissement de règles de fond et de règles de procédure, le contrôle juridictionnel se caractérisant par les règles contentieuses à proprement parler, D. LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA*, 1980, p. 632. Dans le même sens, v. E. SERVERIN, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et Société*, n° 25, 1993, p. 339. Cette distinction a fait l’objet d’une critique substantielle de Stéphane Rials, qui considère que « la distinction d’un pouvoir jurisprudentiel et d’un pouvoir juridictionnel, comme d’un pouvoir d’élaboration du droit et d’un pouvoir d’administration du droit, d’un pouvoir de création de règles de fond ayant pour destinataires les acteurs juridiques et d’un pouvoir de création de règles contentieuses ayant pour destinataire le juge, n’a pas (...) de fondement convaincant », S. RIALS, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d’un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA*, 1981, p. 115. La doctrine – singulièrement administrativiste – s’accorde désormais sur un critère de distinction du pouvoir juridictionnel et du pouvoir jurisprudentiel. Yves Gaudemet, dans son étude sur « la place du droit jurisprudentiel dans le droit positif », précisait à cet égard que lorsque le juge appliquait mécaniquement une règle écrite, il ne s’agissait pas de droit jurisprudentiel mais il y avait « simplement application par le juge du droit écrit », Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, rééd. Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Anthologie du Droit », 2014, p. 146, note 3. Pour Bertrand Seiller et Matthias Guyomar « les pouvoirs juridictionnels » sont considérés comme tout ce qui permet matériellement au juge de trouver une solution à un litige particulier, de « trancher les litiges ». Mais « le pouvoir jurisprudentiel » est quant à lui le pouvoir qui permet au juge d’« énoncer lui-même la norme juridique au regard de laquelle il tranche le litige », M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. « HyperCours », 5^e éd., 2019, p. 555. Dans le même sens, pour Denys de Béchillon, « le pouvoir jurisprudentiel apparaît [...] comme la possibilité offerte au juge d’élaborer la majeure du syllogisme judiciaire en créant lui-même la norme de référence du contrôle. Le pouvoir juridictionnel s’entend, de son côté, comme celui par lequel il formule la conclusion dudit syllogisme en posant une décision de justice », D. DE BÉCHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l’État*, op. cit., p. 118-119.

l'interprétation¹⁰³⁰. Cette observation ne peut désormais que surprendre, tant la question de l'interprétation, qui occupe depuis des temps immémoriaux la pensée juridique¹⁰³¹, semble fasciner la doctrine française¹⁰³², singulièrement constitutionnelle¹⁰³³. Bien connues, les théories de l'interprétation opposent schématiquement ceux qui considèrent que le texte soumis à l'interprète est porteur de sens en lui-même – si bien qu'il s'agit simplement pour lui de « découvrir le sens déposé dans le texte par son auteur »¹⁰³⁴ –, et ceux qui, à l'opposé, considèrent que le texte ne reçoit un sens que par le travail d'interprétation des acteurs, qualifiés « d'interprètes authentiques ». Autrement dit, d'un côté « la pensée unique du légalisme » et de l'autre « le dogme nihiliste de la vertigineuse indétermination des mots » – ou le « décisionnisme judiciaire » s'agissant de l'interprétation proprement juridictionnelle¹⁰³⁵. Cette opposition reprend la fameuse distinction entre acte de connaissance et acte de volonté systématisée par Kelsen¹⁰³⁶. Si l'interprétation est un acte de connaissance, alors le sens de la norme préexiste à son application. Le texte ne peut faire l'objet d'interprétations divergentes,

¹⁰³⁰ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle » in *Mélanges Charles Einsele*, Paris, Cujas, 1974, p. 133, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2^e éd., 2015, p. 293.

¹⁰³¹ V. l'immense étude diachronique de Benoît Frydman sur l'interprétation depuis l'Antiquité, B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le Droit », 3^e éd., 2011.

¹⁰³² Même si l'apport de la doctrine étrangère s'agissant des théories de l'interprétation est à ce stade bien plus substantiel. L'interprétation de la Constitution est en effet « au cœur du débat sur le droit constitutionnel aux États-Unis », R. DWORKIN, « Controverse constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, p. 5. Entreprenant de résumer le débat américain sur la question, Dworkin distingue « différentes écoles d'interprétation », qu'il résume par trois thèses. La première serait la « thèse de l'intention originelle », qui « consiste à dire que le travail d'interprétation ne peut consister qu'à découvrir et respecter les intentions de ceux qui ont rédigé la Constitution ». À côté, il existe la thèse « d'attitude passive », qui « soutient que lorsque la Constitution est rédigée en termes abstraits, ou que sa portée juridique est, pour quelque autre raison, floue ou discutable, l'interprétation devrait pencher dans le sens qui gêne le moins les autorités politiques fédérales, ou d'États ou autres, pour faire ce qu'elles estiment être dans l'intérêt de la communauté ». La troisième thèse, enfin est désignée sous le nom de « méthode de l'intégrité constitutionnelle » qui « considère que le texte de la Constitution n'est pas une suite discontinue de positions politiques distribuant le pouvoir de diverses manières, mais un système de principes », si bien que l'interprétation doit être en cohérence avec ces principes : elle doit, affirme Dworkin, se conformer à la « morale fondamentale », R. DWORKIN, « Controverse constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, p. 8-10. Pour une comparaison entre les points de vue anglais (Coke, Hobbes et Bentham) et américain (Dworkin) et la vision kelsénienne radicalisée en France par Michel Troper, v. P. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe. Essais sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, coll. « Le Temps des idées », 2013, p. 127-137. Michel Troper, relève s'agissant des querelles d'interprétation aux États-Unis, qu'elles reposent sur des intentions politiques : conservatrices s'agissant de la recherche de l'intention de l'auteur du texte, libérales s'agissant des auteurs dits « interprétivistes », M. TROPER, « Interprétation » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 845.

¹⁰³³ Yann Aguila relevait ainsi dans les années 90 que « le développement de la justice constitutionnelle dans les démocraties occidentales suscite un renouvellement de la réflexion », Y. AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 10. Dans le même sens, Benoît Frydman considère que « le contentieux constitutionnel fait à présent l'objet de toutes les attentions et sert de paradigmes aux théories de l'interprétation les plus récentes », B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, op. cit., p. 31.

¹⁰³⁴ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 142.

¹⁰³⁵ A. VIALA, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots » in J.-J. SUEUR (dir.), *Interpréter et traduire*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 189-190.

¹⁰³⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 339-341.

puisqu'il ne contient qu'une seule vérité qui lui est intrinsèque. Si elle est un acte de volonté, l'interprète devient créateur de la norme et cette interprétation « authentique » revêt un caractère obligatoire. Kelsen, on le sait, penche davantage pour cette deuxième branche de l'alternative : d'abord, la norme, en tant que devoir-être, est définie comme la « signification d'un acte de volonté »¹⁰³⁷, ou plus précisément « la signification *subjective* d'un acte de volonté »¹⁰³⁸ ; ensuite le caractère « authentique » de l'interprétation est synonyme de la capacité de l'interprète à créer du droit¹⁰³⁹. Même si les auteurs ne vont pas jusqu'à considérer que le juge dispose d'un véritable pouvoir de décision, rares sont néanmoins ceux qui soutiennent désormais radicalement que les énoncés juridiques sont porteurs d'une seule signification préexistante que les organes d'application du droit ne feraient que découvrir¹⁰⁴⁰. Au contraire, en droit constitutionnel, l'attention semble de façon très significative se focaliser sur l'interprétation *juridictionnelle* de la Constitution¹⁰⁴¹ – au détriment de celle des acteurs politiques.

¹⁰³⁷ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 2012, coll. « Léviathan », trad. O. Beaud et F. Malkani, p. 2. V. aussi, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.13-14.

¹⁰³⁸ À cet égard, Grégory Bligh précise que le détachement du droit et de la morale serait rendu possible pour Kelsen « en montrant que le droit, en tant que devoir-être », est « capable d'être objet de *connaissance* rationnelle. Or, cette capacité se situe justement dans la *possibilité* de l'*objectivité* du jugement, de devoir-être lorsqu'il porte sur le droit : les actes juridiques sont ceux qui, parce qu'ils sont *valides* au regard de l'ordre juridique, se voient conférer par ce dernier une *signification objective* en plus de la seule signification subjective que l'auteur donne à son acte », G. BLIGH, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Paris, Institut Universitaire Varenne, « Collection des Thèses », 2017, p. 304. Pour une analyse critique de la théorie kelsénienne de l'interprétation, v. M. TROPER, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 518, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2^e éd., 2015, p. 85 ; P. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe. Essais sur le nouvel âge du droit*, *op. cit.*, p. 247-250.

¹⁰³⁹ « L'interprétation par l'organe d'application du droit a toujours caractère authentique : elle crée du droit. Sans doute parle-t-on d'interprétation authentique seulement lorsque cette interprétation revêt la forme d'une loi ou d'un traité international, et a un caractère général, c'est-à-dire crée du droit, non pas seulement pour un cas concret, mais pour tous les cas identiques, ce qui équivaut à dire : lorsque l'acte qualifié d'interprétation authentique représente la création d'une norme générale. Mais authentique, c'est-à-dire créatrice de droit, est aussi l'interprétation par un organe d'application du droit, même lorsqu'elle ne crée du droit que pour un cas concret, c'est-à-dire lorsque l'organe ne crée qu'une norme individuelle, ou ne fait que réaliser une sanction », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 340-341.

¹⁰⁴⁰ L'École de l'exégèse qui a émergé en France après les grandes codifications napoléoniennes, qualifiée de « méthode traditionnelle », est en effet disqualifiée depuis la critique formulée par François Gény et son École de la libre recherche scientifique, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1932, 2 tomes. Pour cette école, « l'acte clair » est un postulat auquel il ne semble guère plus possible d'adhérer : « la clarté de l'expression, son caractère précis, rigoureux et complet, sont désormais postulés, comme l'une des nombreuses et précieuses qualités généreusement prêtées au législateur ». Dès lors, « le postulat du sens clair » contraint l'interprète « à se borner à l'application de la lettre, à se fixer au sens littéral et “premier” du texte », B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 396. L'auteur relève l'influence du « tournant linguistique » sur les théories de l'interprétation ; tournant qui a pour effet d'observer que « le langage est désormais considéré comme la voie d'accès, à la fois obligatoire et privilégiée, à la connaissance non seulement des pensées mais aussi des faits, c'est-à-dire du monde », *ibid.*, p. 543.

¹⁰⁴¹ Ainsi des thèses en droit constitutionnel où l'interprétation, qu'elle soit étudiée d'un point de vue théorique ou contentieux, occupe une place prépondérante : T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1997 ; A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque

226. Au surplus, un grand nombre d'auteurs, parmi la doctrine constitutionnelle à tout le moins¹⁰⁴², adhèrent en partie à la théorie réaliste de l'interprétation conceptualisée par Michel Troper¹⁰⁴³ ; forme spécifique de « réalisme » qui se distingue tout à la fois des réalismes

constitutionnelle et de science politique », 1999 ; M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2010 ; A. BASSET, *Pour en finir avec l'interprétation. Usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, Institut Universitaire Varenne, « Collection des Thèses », 2015 ; M. HAULBERT, *L'interprétation normative par les juges de la QPC*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2020.

¹⁰⁴² En droit administratif, la question de l'interprétation juridictionnelle de la loi repose toujours classiquement sur l'ancienne distinction entre texte clair et texte obscur. V. récemment, B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877 ; G. DARCY, « Regard elliptique sur l'office du juge » in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Paris, LGDJ, 2008, p. 287. Selon Bruno Genevois cette distinction aurait été conceptualisée pour la première fois au sein de la jurisprudence administrative par le commissaire du gouvernement Reverchon sur CE, 16 juillet 1852, *Merilhou* : « quand la loi est claire, il faut l'appliquer littéralement », *S.*, 1862, 3, p. 49, cité in B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », art. cité, p. 879. Tout en affirmant se rallier à la conception tropérienne de l'interprétation, l'auteur y apporte toutefois une nuance qui conduit à la dissoudre intégralement : l'interprétation n'est pas toujours acte de volonté, affirme-t-il, car « plus une norme est précise et adaptée à son objet et plus sa signification s'impose avec la force de l'évidence dès son énoncé », *ibid.* p. 877. Si la doctrine administrative admet en grande majorité que le juge puisse interpréter l'acte administratif objet de son contrôle, la question plus globale du pouvoir normatif du juge administratif ne semble plus guère poser de difficulté. Dans une étude relative aux principes généraux du droit, le constat dressé est ainsi le suivant : « Après des pages aussi innombrables que pertinentes consacrées à la question du pouvoir normatif du juge dans les années cinquante et soixante, la doctrine s'est progressivement détachée de ce problème. A l'occasion de tel ou tel nouveau principe général du droit, cette question apparaît bien au fil des commentaires, mais pour être rapidement écartée comme n'étant plus d'actualité », J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2003, p. 559.

¹⁰⁴³ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », art. cité, p. 293 ; « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 29 ; « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel » in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 235 ; « Une théorie réaliste de l'interprétation » in O. JOUANJAN (dir.), *Théories réalistes du droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 51, rééd. in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 69 ; « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002, p. 335 ; M. TROPER, « Interprétation », art. cité, p. 843 ; « La liberté de l'interprète » in G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT (dir.), *L'office du juge*, Sénat – Palais du Luxembourg, colloque des 29 et 30 septembre 2006, coll. « Les colloques du Sénat », p. 28 ; v. également le numéro de la revue *Droits* consacré à la pensée de Michel Troper (*Droits*, n° 37, 2003), en particulier, pour une critique de cette théorie : S. RIALS, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, n° 37, 2003, p. 49 ; O. JOUANJAN, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, p. 31. Pour d'autres positions critiques de cette théorie, v. O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, n° 50, 2002, p. 279 et « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 759 ; E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique » in G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT (dir.), *L'office du juge*, *op. cit.*, p. 42. Dans un sens similaire à celui de Michel Troper, le juriste positiviste italien Riccardo Guastini critique la « (naïve) théorie cognitive de l'interprétation », en considérant que « les textes normatifs sont équivoques et vagues. Aucun texte n'incorpore une seule signification univoque et précise ». Il en résulte que « l'interprétation (des juristes et des juges) est [...] un acte de décision et non de connaissance », R. GUASTINI, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2010, p. 42-43. L'auteur apporte toutefois « quelques nuances et quelques précisions » à la thèse tropérienne de l'interprétation. Parmi celles-ci, figurent notamment l'idée selon laquelle le droit n'est pas seulement « créé par les organes d'application du droit », mais également par la doctrine, ainsi que la distinction entre législation – la création d'un texte – et interprétation juridictionnelle – le fait de « tirer des significations des textes existants ». Le juriste italien rejette également la possibilité d'une interprétation authentique objective et entend poser des limites à « "l'indétermination radicale" ». V. en ce sens, R. GUASTINI, « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, n° 37, 2003, p. 114-117.

américain et scandinave¹⁰⁴⁴. Radicalisant la théorie kelsénienne, l'auteur tire un premier constat, selon lequel la norme est par elle-même indéterminée – ou plutôt, comporte de multiples significations. Il en découle que la détermination de son contenu passe nécessairement par une opération d'interprétation, par laquelle l'interprète *décide* du sens du texte. Ce n'est qu'une fois cette opération effectuée que l'énoncé du texte peut être qualifié de norme¹⁰⁴⁵. L'auteur de la norme n'est donc pas celui qui a édicté le texte, qui n'est qu'un énoncé vide de sens par lui-même, mais l'interprète qui en a substantialisé le contenu¹⁰⁴⁶. Appliquée à la justice constitutionnelle, cette théorie conduit Michel Troper à considérer que le Conseil constitutionnel est « co-législateur » ou « co-auteur » de la loi : en contrôlant la norme, il *choisit* de lui donner une signification et fait ainsi œuvre de législation¹⁰⁴⁷. L'auteur apporte toutefois des nuances à sa théorie en admettant l'existence de contraintes¹⁰⁴⁸. Certes, l'interprétation juridictionnelle est totalement libre d'un point de vue juridique¹⁰⁴⁹. Toutefois, si elle est « juridiquement libre », elle s'avère « socialement déterminée », puisque le juge ne peut pas apporter n'importe quelle solution à ses décisions et se doit d'élaborer une jurisprudence cohérente¹⁰⁵⁰. Cette perception du juge co-législateur est évidemment renforcée par la technique des réserves d'interprétation, qui consiste pour le juge constitutionnel à assortir sa déclaration de conformité d'une obligation d'interpréter le texte d'une certaine façon, de sorte que sa constitutionnalité puisse être préservée¹⁰⁵¹. Ce faisant, le juge *substitue* son interprétation au sens initialement formulé par le Parlement, interprétation que les organes chargés de mettre en

¹⁰⁴⁴ Pour un aperçu synthétique des enjeux propres au réalisme scandinave, v. le numéro 24 de la revue slovène *Revus*, publié en 2014, intitulé « Le réalisme scandinave dans tous ses états » [en ligne]. Sur les deux grands modèles de théorie réaliste, v. en particulier, E. MILLARD, « Réalisme scandinave, réalisme américain. Un essai de caractérisation », *Revus*, n° 24, 2014, p. 81.

¹⁰⁴⁵ « Dire qu'un texte peut avoir plusieurs significations, c'est affirmer qu'il peut exprimer plusieurs normes », M. TROPER, « Interprétation », *op. cit.*, p. 845.

¹⁰⁴⁶ M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », art. cité, p. 31. V. aussi, R. GUASTINI, « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle », art. cité, p. 113.

¹⁰⁴⁷ Dans le manuel de Francis Hamon et Michel Troper, le juge constitutionnel figure ainsi parmi les organes de la fonction législative, F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁴⁸ M. TROPER, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réplique à Denys de Béchillon », *RRJ-Droit prospectif*, 1994-1, p. 270.

¹⁰⁴⁹ Michel Troper soutient en effet l'absence de toute « limite juridique à la liberté de l'interprète, parce que, quoi qu'il fasse, quoi qu'il décide, quelle que soit l'interprétation qu'il donne, celle-ci est, par définition, valide », M. TROPER, « La liberté de l'interprète », art. cité, p. 35.

¹⁰⁵⁰ M. TROPER, « Interprétation », *op. cit.*, p. 847. V. surtout, M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique », 2005.

¹⁰⁵¹ Cette technique a été utilisée dès 1959 (Cons. const., 24 juin 1959, n° 59-2 DC, *Règlement de l'Assemblée nationale*, *JORF* du 3 juillet 1959, p. 6642) puis étendue au contrôle de constitutionnalité des lois en 1968 (Cons. const., 30 janvier 1968, n° 68-35 DC, *Loi relative aux évaluations servant de base à certaines impôts directs locaux*, *JORF* du 1^{er} février 1968). V. pour une analyse de ces décisions, A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1999, p. 18-27.

application la loi devront respecter¹⁰⁵². Il s'agit dès lors bien d'une législation par interprétation, puisque cette technique relève d'une « lecture constructive du texte rédigé par le législateur »¹⁰⁵³. Ce raisonnement sera également formulé par Thierry Di Manno : s'il admet que « cette technique “respire” l'illégitimité », il considère cependant qu'elle est « inhérente aux exigences de l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois » car la norme peut faire l'objet de plusieurs interprétations qui ne sont pas toutes conformes à la constitution. C'est alors au juge de choisir l'interprétation qui permettra à la loi d'être en conformité avec la constitution¹⁰⁵⁴. Si elle justifie l'emploi des réserves d'interprétation, cette démonstration conduit surtout, nous semble-t-il, à renforcer la thèse de la participation du juge à l'élaboration de la loi. En effet, le fait qu'une même disposition législative puisse conduire à plusieurs solutions divergentes démontre de manière éclatante l'étendue du pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel sur la loi. Le juge constitutionnel ne peut dès lors être considéré comme un « législateur négatif », dans le sens kelsénien¹⁰⁵⁵, puisque, ainsi que l'a démontré Alexandre Viala, par cette « troisième voie décisionnelle » que constitue la réserve d'interprétation – ou plutôt, selon l'auteur, la « directive d'interprétation » –, le juge ne se limite pas à une « simple faculté d'empêcher »¹⁰⁵⁶.

227. Mais le juge constitutionnel est surtout, d'après cette conception de l'interprétation juridictionnelle, co-auteur de la Constitution, puisqu'il décide du sens de la norme applicable¹⁰⁵⁷. Il « exerce donc simultanément un pouvoir constituant et un pouvoir législatif »¹⁰⁵⁸. Si toute

¹⁰⁵² En ce sens, le Conseil d'État a pu considérer que les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel « sont revêtues de l'autorité absolue de la chose jugée et lient le juge administratif pour l'application et l'interprétation de cette disposition », tout en ajoutant qu'elles sont d'ordre public, CE, 15 mai 2013, *Commune de Gurmençon*, req. n° 340554, *Rec. Tables*.

¹⁰⁵³ Ph. BLACHÈR, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 21 *sqq.* Pour le doyen Vedel, en revanche, ces réserves ne seraient pas le fruit d'un choix préférentiel du Conseil constitutionnel, mais satisfont à une visée pragmatique, qui est de maintenir la constitutionnalité de la loi, G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel » in *Nouveaux Juges, Nouveaux Pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 552 *sqq.*

¹⁰⁵⁴ T. DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, p. 189.

¹⁰⁵⁵ Kelsen assimile en effet l'annulation de la loi à sa confection, mais il s'agit d'une « confection avec un signe négatif », si bien que le juge constitutionnel est « un organe du pouvoir législatif ». Toutefois, le juriste autrichien considère qu'à la différence de sa confection, l'annulation de la loi n'est pas libre : elle « se produit essentiellement en application des normes de la Constitution », elle est « absolument déterminée par la Constitution », H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », art. cité, p. 224-226. Or, si, comme Michel Troper, on considère que l'interprétation des normes constitutionnelles est elle-même libre, l'argumentation se voit inversée : le pouvoir de libre création appartient, en dernière analyse, au juge qui applique la norme.

¹⁰⁵⁶ A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 64-92.

¹⁰⁵⁷ M. TROPER, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité » in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 192 : « le juge constitutionnel, lorsqu'il interprète la constitution, détermine lui-même la norme constitutionnelle. Il exerce un pouvoir constituant ».

¹⁰⁵⁸ M. TROPER, « Interprétation », *op. cit.*, p. 846.

interprétation est « un acte de volonté »¹⁰⁵⁹, la constitution n'existe qu'à travers son interprétation par le juge constitutionnel. L'auteur l'affirme sans ambages : « les pouvoirs publics, dans la mesure où ils sont soumis au contrôle, sont bien soumis à la constitution, mais c'est celle que l'organe de contrôle interprète »¹⁰⁶⁰. Si l'on opposait à cette théorie celle du dernier mot du pouvoir constituant, qui peut revenir sur l'interprétation juridictionnelle¹⁰⁶¹, Michel Troper répondrait que les volontés du « constituant pour réformer les décisions des interprètes sont encore des énoncés et que ceux-ci peuvent être à nouveau interprétés »¹⁰⁶².

228. Cette justification semble toutefois désormais fort isolée¹⁰⁶³. Par-delà l'adhésion totale ou partielle à une théorie réaliste, il est en effet possible de considérer que l'interprétation juridictionnelle de la constitution est doctrinalement admise¹⁰⁶⁴. Ainsi en est-il d'importants représentants de l'« école aixoise », qui revendiquent des traits communs avec la théorie réaliste de l'interprétation¹⁰⁶⁵. Dominique Rousseau tire également le même constat que Michel Troper

¹⁰⁵⁹ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », art. cité, p. 133.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 145.

¹⁰⁶¹ C'est en ce sens qu'Alexandre Viala relativise le pouvoir que confère au juge l'interprétation constitutionnelle. S'il admet en effet l'acte de volonté que constitue une telle interprétation, et rejoint en ce sens la théorie réaliste de l'interprétation telle que conceptualisée par Michel Troper, il émet toutefois des réserves : conformément à la théorie du « lit de justice » du doyen Vedel, affirme-t-il, ce pouvoir d'interprétation est à relativiser dans la mesure où le pouvoir constituant peut revenir sur cette interprétation en révisant la Constitution, A. VIALA, « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *CCC*, n° 6, 1999 [en ligne].

¹⁰⁶² M. TROPER, « La liberté de l'interprète », art. cité, p. 35.

¹⁰⁶³ Même le manuel aixois de droit constitutionnel reconnaît cette spécificité propre à toute justice constitutionnelle : « quel que soit le degré de précision de la Constitution – et certaines Constitutions modernes sont particulièrement détaillées – le juge constitutionnel a généralement un rôle considérable en matière d'interprétation de la Constitution. C'est lui qui lui donne tout son sens et la rend véritablement vivante », L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 303.

¹⁰⁶⁴ Wanda Mastor affirme ainsi s'agissant du pouvoir juridictionnel en général : « la conception strictement légaliste du droit est aujourd'hui abandonnée et on ne peut nier le caractère normatif des décisions juridictionnelles », ou encore : « l'image d'un simple lecteur automate du droit relève d'un fantasme, qui plus est d'un fantasme du passé, la majorité des auteurs s'entendant aujourd'hui sur l'existence d'un pouvoir créateur du juge », W. MASTOR, « Plaidoyer pour le gouvernement des juges » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2016, p. 66-67. Carlos-Miguel Pimentel, par exemple, propose, indépendamment de la théorie réaliste de l'interprétation, de distinguer entre juge ordinaire et juge de l'habilitation, ce dernier étant défini comme « tout juge statuant sur les limites de la compétence de l'un des organes de l'État », à savoir donc tout à la fois le juge constitutionnel, le juge administratif et le juge judiciaire lorsqu'il est juge de la conventionnalité des lois. Or, il reconnaît bien le pouvoir créateur du juge de la constitution : « Le juge constitutionnel, [...] en statuant sur la compétence du législateur, exerce clairement un pouvoir d'habilitation. Certes, il n'est nullement censé le faire, puisqu'en théorie, il se borne à être la bouche de la loi constitutionnelle. Mais dès lors que la solution est incertaine, non seulement pour deux individus parties dans un litige, ou même pour deux groupes politiques opposés, mais pour l'ensemble de la doctrine, il est clair que c'est la décision du juge qui fondera l'habilitation du législateur, et non plus la Constitution elle-même », C.-M. PIMENTEL, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs » in A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », p. 16.

¹⁰⁶⁵ « S'il est vrai que l'école aixoise revendique une théorie du droit normativiste et kelsénienne, elle pourrait apparaître dans sa pratique dogmatique plus proche de l'école réaliste française. D'un point de vue théorique, le recours au discours du juge participe plus de la logique réaliste que de celle normativiste », X. MAGNON, A. VIDAL-NAQUET, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018, p. 110-111, note 13. Ce point de vue est contesté par Arnaud Le Pillouer qui, dans une étude sur les convergences

quant à la détermination, par le juge, de la signification du texte constitutionnel¹⁰⁶⁶, ce qui le conduit à considérer que « depuis les années 1971-1974, tous les observateurs s'accordent pour constater que la Constitution devient de plus en plus jurisprudentielle ; un acte toujours écrit sans doute, mais écrit par le juge constitutionnel »¹⁰⁶⁷. Toutefois, l'interprétation est « un acte de concrétisation continue », ce qui signifie que le juge n'est pas seul à produire une interprétation normative du texte. Même si le juge est « totalement libre » dans la détermination de la signification constitutionnelle¹⁰⁶⁸, il partage ce pouvoir d'interprétation avec les autres acteurs institutionnels, si bien que l'interprétation n'est pas totalement libre, elle est soumise à un « rapport de force entre des institutions concurrentes »¹⁰⁶⁹. Il n'y a dès lors jamais un seul « auteur identifiable du sens d'un énoncé »¹⁰⁷⁰. Dans le même sens, pour Alexandre Viala, l'interprétation de la constitution au moment du contrôle de constitutionnalité des lois est « normative puisqu'en accompagnant le texte dans son application, elle lui donne la

et divergences du droit politique et du « réalisme nanterrois », nie que « le fondement théorique de la pratique dogmatique aixoise » se trouve « davantage dans le “réalisme nanterrois” que dans le normativisme », A. LE PILLOUER, « “Droit politique” et “Réalisme nanterrois”. Considérations sur la méthode et l'objet du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 98. Notons au surplus que le manuel de droit constitutionnel de « l'École d'Aix », tout en reconnaissant que cette théorie exerce « une forte influence sur la doctrine », relève qu'elle n'est guère convaincante, L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 104-105. Cette dissonance s'explique par le fait que les développements relatifs à l'interprétation ont été rédigés par Otto Pfersmann. Or, ce dernier a déjà montré son opposition à une théorie qu'il tient pour une altération du normativisme kelsénien ; normativisme kelsénien dont on peut aisément affirmer qu'il est en France le représentant le plus autorisé. Il oppose en effet à la théorie tropérienne, qu'il juge trop radicale et incohérente, le fait que la négation de toute connaissance objective de la signification d'un texte conduit à nier l'existence même de toute connaissance scientifique du droit, puisqu'il serait impossible d'interpréter l'interprétation authentique. V. en ce sens, outre le passage précité du manuel aixois, O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, n° 50, 2002, p. 279 et « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 759.

¹⁰⁶⁶ « Les dispositions du texte sont réduites à la qualité de simples mots qui ne prennent sens juridique qu'après le travail juridictionnel d'interprétation ; au mieux, pourrait-on les qualifier, avant l'intervention du Conseil, de propositions subjectives de normes pour reprendre l'expression de Michel Troper », D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », art. cité, p. 16. Ou encore : « un principe n'apparaît en tant que principe de valeur constitutionnelle, en tant que norme, en tant qu'instance d'appréciation de la loi qu'à partir du moment où le Conseil lui a donné un sens ; avant, les dispositions constitutionnelles ne sont que de simples mots en attente de normativité. Or, pour déterminer ce sens, pour faire produire aux mots du texte un effet de droit, le juge doit choisir une signification parmi l'ensemble des possibles ; et, dans cette activité, il est totalement libre », D. ROUSSEAU, « Pour une Cour constitutionnelle ? », *RDP*, n° spécial, 2002, p. 366.

¹⁰⁶⁷ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », art. cité, p. 5. L'auteur distingue toutefois la « constitution-séparation des pouvoirs », qui demeure fixée par l'écrit constituant, et la « constitution-charte des droits et des libertés » qui, quant à elle, « se réalise par l'écrit juridictionnel ». Et d'ajouter que « l'écriture juridictionnelle des droits » assure une protection supérieure dans la mesure où elle « comprend la sanction des atteintes qui leur sont portées », *ibid.*, p. 8-9.

¹⁰⁶⁸ D. ROUSSEAU, « Pour une Cour constitutionnelle ? », art. cité, p. 366.

¹⁰⁶⁹ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », art. cité, p. 18.

¹⁰⁷⁰ Dominique Rousseau considère ainsi que la théorie de l'interprétation acte de connaissance comme la théorie réaliste de l'interprétation « partageant la même croyance et donc la même erreur : la croyance en un auteur identifiable du sens d'un énoncé, celui qui l'a écrit pour la première école – le constituant par exemple – celui qui le crée pour la seconde – le juge constitutionnel par exemple ». Au surplus, le sens n'est pas figé et peut faire l'objet de nouvelles interprétations au fil du temps, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, p. 144-145.

signification qui s'impose réellement »¹⁰⁷¹. Toutefois, l'auteur préfère à l'interprétation l'idée de « *dialogue* »¹⁰⁷². En effet, la fixation du sens des mots, affirme-t-il, n'est pas libre dans la mesure où il existe un « déterminisme linguistique »¹⁰⁷³, c'est-à-dire la détermination d'un « vocabulaire inhérent à sa propre culture »¹⁰⁷⁴. Le plus souvent, la doctrine opte pour une vision médiane entre l'acte clair et la théorie réaliste, en considérant que le juge constitutionnel est certes maître de l'interprétation de la constitution, mais qu'il n'est toutefois pas entièrement libre puisque le texte constitutionnel agit comme « facteur de détermination »¹⁰⁷⁵ de cette interprétation. Cette position nuancée s'explique par une volonté de ne pas discréditer le juge constitutionnel : admettre le pouvoir créateur du juge c'est évidemment risquer de reconnaître qu'un pouvoir considérable lui est confié, ceci alors que la fiction de la vérité constitutionnelle permet au contraire de nier le pouvoir politique du juge¹⁰⁷⁶. Examinant si les objectifs de valeur constitutionnelle sont créés ou interprétés par le juge constitutionnel – distinction fort significative, puisqu'elle postule que l'interprétation n'est pas un acte de création – Pierre de Montalivet entend ainsi démontrer « l'inexistence d'un gouvernement des juges »¹⁰⁷⁷. Partant, s'il semble difficile de soutenir la thèse d'une application mécanique du texte constitutionnel par le juge, il arrive que la constitution serve de voile à la part d'interprétation juridictionnelle¹⁰⁷⁸. Il en découle que la théorie réaliste de l'interprétation n'est que la version

¹⁰⁷¹ A. VIALA, « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », art. cité [en ligne].

¹⁰⁷² « Contrairement à l'interprétation qui est une démarche solitaire et monologique, le *dialogue* permet [...] à chacun d'accéder directement à ce que pense son interlocuteur afin de le corriger », A. VIALA, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots » in J.-J. SUEUR (dir.), *Interpréter et traduire*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 192.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, p. 194. Dans le même sens, Stéphane Rials s'amuse du « refus du sens » chez Troper : « ils ne croient pas vraiment dans ce qu'ils disent puisqu'ils écrivent (ou enseignent) et postulent ainsi que leurs lecteurs (ou auditeurs) les comprendront au moins dans une certaine mesure », S. RIALS, « Ouverture : L'office du juge », *Droits*, n° 9, 1989, p. 10. Avec la même ironie, Olivier Jouanjan relève : « si d'un point de vue réaliste l'interprétation est libre, je peux faire dire n'importe quoi aux textes de Michel Troper lui-même », O. JOUANJAN, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », art. cité, p. 33.

¹⁰⁷⁴ A. VIALA, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », art. cité, p. 195.

¹⁰⁷⁵ D. BARANGER, « Comprendre le "bloc de constitutionnalité" », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018. Ainsi de Gatién Casu qui, constatant la « radicalité » des différentes théories de l'interprétation, plaide pour la reconnaissance de l'interprétation comme « acte mixte » qui « consiste certes en la connaissance des différents sens que le texte peut offrir, mais [qui] consiste également dans le choix de l'un d'entre eux par l'interprète ». Il s'agirait ainsi d'une « théorie mixte », qui admet que l'interprétation « consiste d'abord dans l'exercice d'une volonté, une volonté créatrice », mais qui apporte toutefois des nuances à cette libre volonté en considérant que « l'auteur de l'interprétation subit des contraintes, au premier rang desquelles figure le texte objet de l'interprétation », G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2016, p. 137-143.

¹⁰⁷⁶ Sur cette fiction, v. *infra*, § 331-362.

¹⁰⁷⁷ P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2006, p. 64-69.

¹⁰⁷⁸ Jean-Marie Denquin relève que selon une conception normativiste qui s'impose en France, « le juge constitutionnel applique la Constitution comme le juge ("ordinaire") applique la loi. Cette vision est populaire car simpliste et politiquement correcte. Elle n'a qu'un inconvénient : elle est fautive. Elle ignore en effet, sans doute de bonne foi, que la différence entre les objets engendre un rapport différent du juge aux objets », J.-M. DENQUIN,

radicale de l'adhésion à l'existence d'une interprétation juridictionnelle de la constitution. La critique du réalisme tropérien ne conduit dès lors pas à la négation de la part d'interprétation du juge constitutionnel dans le cadre de son contrôle, qui est majoritairement acceptée¹⁰⁷⁹. Si son pouvoir politique, ainsi que nous le verrons, est nié¹⁰⁸⁰, il est néanmoins admis que le juge constitutionnel se trouve dans une situation particulière, dans la mesure où la norme constitutionnelle qu'il applique est souvent vague et offre ainsi de multiples possibilités de sens à l'interprète¹⁰⁸¹.

229. La doctrine constitutionnelle reconnaît donc le pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel dans la détermination de la norme constitutionnelle¹⁰⁸². Une telle adhésion s'explique assurément par l'orientation positiviste de la doctrine constitutionnaliste, laquelle repose originellement – bien que son actuelle hétérogénéité en rende la systématisation malaisée – sur le primat de la volonté. Grégory Bligh a en ce sens bien mis en évidence les traits communs de la pensée hobbesienne et du courant kelsénien : le droit n'étant pas pour Hobbes affaire de raison mais de volonté, « l'interprétation de la règle à appliquer joue un rôle central dans cette perspective pour déterminer le sens de la règle – voire lui attribuer ce sens – puisqu'une théorie volontariste doit reconnaître une place centrale à *l'acteur* juridique (le sujet de la volonté) dans la détermination du droit en vigueur. Le problème est alors que chacun peut avoir une interprétation divergente puisqu'il n'y a pas de limite logique à la diversité de sens que l'on peut choisir de donner – même par pure fantaisie – à un énoncé donné ». Il n'est d'ailleurs pas anodin, ajoute l'auteur, que « Kelsen et ses disciples français » aient repris à leur compte le « concept hobbesien “d'interprétation authentique”, pour qualifier

« La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 6 [en ligne].

¹⁰⁷⁹ Denys de Béchillon, par exemple, juge la thèse de Michel Troper excessive et considère que la théorie réaliste de l'interprétation « se condamne au désenchantement », D. de BÉCHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? » in *Libre propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 31. Il réfute ainsi l'idée de totale liberté de l'interprète, liberté qu'il juge au surplus incompatible à « la logique d'un État de droit », voire à « l'idée même d'un Droit », D. de BÉCHILLON, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *RRJ-Droit prospectif*, 1994-1, p. 247 et p. 264. Mais cette opposition catégorique ne l'empêchera pas de considérer que « le pouvoir du juge est bien celui – politique – de *décider* », D. de BÉCHILLON, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », art. cité, p. 33.

¹⁰⁸⁰ V. *infra*, § 331 *sqq.*

¹⁰⁸¹ G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, *op. cit.*, p. 146 : « les principes constitutionnels sont tellement généraux que le juge chargé de leur interprétation a pu paraître totalement libre. Il faut toutefois immédiatement relever que cette imprécision fait figure d'exception et qu'elle n'est pas révélatrice de la situation de dépendance dans laquelle se trouve généralement le juge de droit commun ».

¹⁰⁸² Nous verrons par la suite les conséquences qu'emporte ce pouvoir d'interprétation sur la nature de la justice constitutionnelle. V. *infra*, § 307 *sqq.* et § 392 *sqq.*

l'interprétation de l'organe officiel qui a *valeur* juridique (à la différence de toute autre interprétation qui n'est qu'*opinion*) »¹⁰⁸³.

230. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation ne pouvait alors trouver meilleure assise pour l'expansion du droit constitutionnel jurisprudentiel : selon l'heureuse formule d'Étienne Picard, « le volontarisme juridique s'adapte ainsi à la nouvelle donne de la juridictionnalisation générale »¹⁰⁸⁴. Alexandre Viala considère plus encore que les théories réalistes de l'interprétation « érigent l'interprète au rang de souveraineté »¹⁰⁸⁵. Si l'interprétation n'est pas un acte de connaissance mais de volonté, c'est parce qu'aux XVII^e et XVIII^e siècles, « l'interprétation quitte le domaine de la science pour entrer dans la sphère de la politique »¹⁰⁸⁶. C'est ce qui a donné lieu par la suite à ce positivisme qui renonça « à toute distance critique par rapport à la volonté du pouvoir »¹⁰⁸⁷. Aussi la *Constitution jurisprudentielle* apparaît-elle comme le réceptacle d'un positivisme juridictionnalisé se fondant sur un « principe de jurisprudentialité ».

B. Le « principe de jurisprudentialité » au fondement de la Constitution jurisprudentielle

231. Exposant le contenu du principe de constitutionnalité – que nous avons proposé de qualifier de *principe de juridictionnalité* –, le doyen Favoreu propose une énumération des normes protégées par le juge et regroupées dans ce qui est communément désigné par l'expression « bloc de constitutionnalité »¹⁰⁸⁸ : la Constitution de 1958, la Déclaration des droits de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les

¹⁰⁸³ G. BLIGH, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, op. cit., p. 679-681. Dans le même sens, Alexandre Viala considère que les théories de l'interprétation puisent dans la pensée de Thomas Hobbes, A. VIALA, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », art. cité, p. 214-215. V. aussi, B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, op. cit., p. 324-327.

¹⁰⁸⁴ E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique » in G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT (dir.), *L'office du juge*, op. cit., p. 55.

¹⁰⁸⁵ A. VIALA, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots », art. cité, p. 206. Appliquée aux théories de l'interprétation, et singulièrement à la théorie réaliste, la théorie du lit de justice apparaît alors pour l'auteur hautement problématique. Car, affirme-t-il, « en décrétant la relativité des interprétations », ces théories « font régner le désenchantement : idéalement réputées libres, les opinions se valent toutes de sorte que pour faire prévaloir la sienne, chacun ne peut compter que sur la perspective d'être en position d'avoir le dernier mot. L'équivalence des interprétations, conventionnellement établie, n'a paradoxalement d'autre issue que le rapport de force stérile », *ibid.*, p. 192.

¹⁰⁸⁶ B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, op. cit., p. 295. La rupture de la raison et de l'autorité, nous dit l'auteur, « contraint l'interprète du droit positif à se soumettre inconditionnellement à la volonté de l'auteur de la norme, et donc au pouvoir, fût-il tyrannique, tandis qu'il exile toute réflexion sur la justice dans les limbes de l'abstraction spéculative », *ibid.*, p. 24-25.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 25.

¹⁰⁸⁸ L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 135.

lois de la République et la Charte de l'environnement de 2004. Le principe de constitutionnalité réside donc moins dans la suprématie de la constitution que dans la suprématie de la constitution *jurisprudentielle*, puisque les normes constitutionnelles sont assimilées aux règles effectivement appliquées par le juge. Le principe de juridictionnalité a ainsi pour corollaire, du point de vue des sources, le « principe de jurisprudentialité ». Ce dernier, employé par Charles Eisenmann en droit administratif, entend signifier la soumission de l'Administration aux règles jurisprudentielles dégagées par le juge¹⁰⁸⁹. Appliqué au droit constitutionnel, il désigne la soumission du politique aux règles jurisprudentielles dégagées par le juge, lesquelles règles forment la Constitution jurisprudentielle autour de laquelle le phénomène doctrinal de juridictionnalisation concentre son attention.

232. En droit administratif, l'importance de ce principe s'explique par le fait que le Conseil d'État, en l'absence de droit écrit¹⁰⁹⁰, fut longtemps considéré par la doctrine administrativiste comme « le plus grand de nos “faiseurs de système” »¹⁰⁹¹. En droit constitutionnel – et, selon une présentation fréquemment admise, grâce au juge constitutionnel – la constitution est désormais « la source des sources »¹⁰⁹², ou l'unique source. Se pose dès lors la question de la pertinence de la transposition d'un « principe de jurisprudentialité », là où le politique est supposé être « saisi par le droit » – autrement dit par la Constitution – et non par le juge. C'est ici que l'interprétation juridictionnelle s'avère déterminante : en droit constitutionnel, le « principe de jurisprudentialité » s'impose dans la mesure où le texte à interpréter est fondamentalement vague du fait de sa généralité et énonce des principes « inapplicables en l'état »¹⁰⁹³. La diversité des sources constitutionnelles conduit au surplus le juge à concilier des dispositions souvent floues, voire contradictoires, si bien qu'il dispose d'un important pouvoir de décision¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁸⁹ Eisenmann considère en effet que l'Administration est soumise à deux grands principes : le principe de légalité et le principe de jurisprudentialité, C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Tome II, Paris, LGDJ, 1983, rééd. Paris, LGDJ-Lextenso, coll. « Anthologie du Droit », 2014, p. 567-569.

¹⁰⁹⁰ Voire, parfois, contre le droit écrit. V. en ce sens, CE, Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, Rec. p. 110, GAJA, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 22^e éd., 2019, n° 56.

¹⁰⁹¹ P. WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence*, 1959, p. 283.

¹⁰⁹² Cette expression formulée par Alessandro Pizzorusso (« Les effets des décisions du juge constitutionnel », *AJJC*, 1994, p. 12) est abondamment reprise dans le manuel aixois de droit constitutionnel, L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 32 ; p. 131 ; p. 153 ; p. 161 ; p. 825.

¹⁰⁹³ J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 6 [en ligne].

¹⁰⁹⁴ V. *infra*, § 393-396.

233. Sans qu'un quelconque pouvoir politique ne soit reconnu au juge, l'interprétation, au sens de « reconstruction du sens communiqué par des signes »¹⁰⁹⁵, est au sein de la doctrine constitutionnaliste pour ainsi dire banalisée. La « constitution » désigne en effet pour elle une réalité plus élargie : la *constitution jurisprudentielle*, issue d'une juridiction « qui fabrique le droit qu'elle applique »¹⁰⁹⁶. La banalisation de l'interprétation constitutionnelle est donc en quelque sorte masquée par certains auteurs, comme Louis Favoreu, derrière l'indistinction de la constitution et du « bloc de constitutionnalité »¹⁰⁹⁷ – ou « principe de constitutionnalité » – ce qui permet également de minimiser le pouvoir créateur du juge¹⁰⁹⁸. Car si le « bloc de constitutionnalité » correspond à « l'idéologie du contentieux constitutionnel français »¹⁰⁹⁹, c'est parce qu'il est assimilé par la doctrine aux « normes constitutionnelles »¹¹⁰⁰. Autrement dit, la doctrine n'opère pas de distinction entre la constitution et les normes de référence du juge dans le cadre de son contrôle, ceci alors même que le « bloc de constitutionnalité » excède les seules sources constitutionnelles¹¹⁰¹. Agnès Roblot-Troizier critique en ce sens l'expression de « bloc de constitutionnalité » en ce qu'elle ne rendrait pas compte, à la fois de l'ensemble des sources du droit constitutionnel, mais également de l'ensemble des normes de références utilisées par le Conseil constitutionnel – singulièrement les normes externes. Or, ainsi que l'a relevé Denis Baranger, l'extension du contrôle de constitutionnalité à des normes qui ne sont pas proprement constitutionnelles (normes externes ou lois organiques) est le reflet d'une

¹⁰⁹⁵ P. AMSELEK, « L'interprétation à tort et à travers » in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 12.

¹⁰⁹⁶ J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 8 [en ligne]. En ce sens, la justice constitutionnelle ne peut être présentée comme « supralégislative » et « infraconstitutionnelle », D. de BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, op. cit., p. 249.

¹⁰⁹⁷ Cette indistinction était même souhaitée par Favoreu. Relevant la bonne fortune de la notion de bloc de constitutionnalité, l'auteur concédait que la notion de Constitution puisse désormais la remplacer : « À la limite, elle pourrait disparaître si les Français prenaient l'habitude de parler globalement de la Constitution pour désigner l'ensemble des textes formant le bloc de constitutionnalité », L. FAVOREU, « Le bloc de constitutionnalité », in *La Constitution et son juge*, op. cit., p. 577.

¹⁰⁹⁸ « Pour ne pas conclure que le juge constitutionnel aurait excédé ses pouvoirs, il était nécessaire pour la doctrine de parvenir à formuler une sorte d'oxymore. Il fallait que les normes de référence restassent appelées "constitution" ou que, par convention, l'on appelât "constitution" les normes de référence », D. BARANGER, « Comprendre le "bloc de constitutionnalité" », art. cité, p. 107.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 128.

¹¹⁰⁰ V. sur ce constat, A. ROBLOT-TROIZIER, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018, p. 129. L'auteur relève précisément que la réduction des normes constitutionnelles au « bloc de constitutionnalité » conduit « à ne voir le droit constitutionnel qu'à travers le prisme de la justice constitutionnelle ».

¹¹⁰¹ L'auteur propose ainsi une nouvelle distinction, entre d'un côté les « sources constitutionnelles », qui regroupent l'ensemble des textes constitutionnels, de la jurisprudence et des sources non écrites, et de l'autre les « sources de constitutionnalité » qui se limitent cette fois aux normes effectivement appliquées par le juge, mais qui vont au-delà des seules normes constitutionnelles pour englober toutes les sources effectives de son contrôle, comme la jurisprudence des cours suprêmes ou les sources européennes et internationales. V. A. ROBLOT-TROIZIER, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », art. cité., p. 140.

« orientation contemporaine majeure du droit constitutionnel, selon laquelle *il n’y a plus – il ne doit plus y avoir – de différence entre ce qu’énonce le juge et ce que contient la constitution* »¹¹⁰².

234. La constitution jurisprudentielle dissimule donc d’une certaine façon le caractère tout à la fois « rationnellement indécidables » et « politiquement surdéterminés »¹¹⁰³ des débats relatifs à la signification du texte constitutionnel. Par exemple, pour corroborer l’idée selon laquelle les coutumes seraient reléguées à l’état de fait et ne seraient plus du droit, Elisabeth Zoller se fonde sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹¹⁰⁴, et non sur la norme constitutionnelle. De même, l’existence d’un « droit fiscal constitutionnel »¹¹⁰⁵ pourrait frapper dans la mesure où la Constitution de 1958 ne dit pas grand-chose de la fiscalité. En réalité, c’est la constitution jurisprudentielle qui a ici édifié des règles en la matière¹¹⁰⁶, en même temps qu’elle en est le résultat. À travers le principe de juridictionnalité est donc promue la constitution jurisprudentielle qui s’impose au pouvoir politique. La juridictionnalisation des sources tend ainsi à promouvoir un « droit constitutionnel jurisprudentiel »¹¹⁰⁷ qui ne signe pas « l’acte de décès de la notion de Constitution », mais « d’une certaine idée » de la constitution¹¹⁰⁸.

§2 – La jurisprudentialisaiton, parachèvement du phénomène doctrinal de juridictionnalisation du droit constitutionnel

235. Au regard des sources, l’aboutissement de la juridictionnalisation se signale par une *jurisprudentialisaiton* du droit constitutionnel. Celle-ci, dont le doyen Favoreu est le

¹¹⁰² D. BARANGER, « Comprendre le “bloc de constitutionnalité” », art. cité, p. 106. Dans le même sens, Olivier Cayla relève que « du fait de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et plus précisément de son *activité interprétative*, la “Constitution de la V^e République”, objet de la science du droit constitutionnel, c’est bien certes le *texte de 1958* (mais dans la mesure seulement où le juge veut bien le comprendre comme ayant une force normative, comme cela a été le cas, à propos du Préambule, seulement depuis 1971), mais ce sont *aussi tous les autres textes que le juge décide de constitutionnaliser* », O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », art. cité, p. 128.

¹¹⁰³ J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 13 [en ligne]

¹¹⁰⁴ L’auteur se fonde sur la décision *Loi d’amnistie* (Cons. const., 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, *Loi d’amnistie*, *JORF* du 21 juillet 1988, p. 9448), par laquelle le Conseil constitutionnel a considéré que la tradition républicaine n’est invocable que si elle se fonde sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République, E. ZOLLER, « La mutation des sources du droit constitutionnel », art. cité, p. 39.

¹¹⁰⁵ L. PHILIP, *Droit fiscal constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Finances publiques », 2014.

¹¹⁰⁶ Comme le relève Martin Collet, « en matière fiscale, le texte de la Constitution est d’une évidente pauvreté. Ainsi, c’est en grande partie à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu’est revenue la tâche de puiser dans la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen pour dégager les grands principes qui, aujourd’hui, disciplinent la matière dans son ensemble », M. COLLET, « La mutation des sources du droit fiscal », *RDA*, n° 6, 2012, p. 53.

¹¹⁰⁷ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel. Chronique constitutionnelle », *RDP* 1986, p. 434.

¹¹⁰⁸ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », art. cité, p. 6.

principal artisan, se caractérise par deux éléments : l'unification des sources autour de la jurisprudence (A) et la dissolution de la production politique des sources du droit constitutionnel (B).

A. L'unification des sources du droit constitutionnel autour de la jurisprudence

236. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation repose sur une vision des sources qui frappe d'obsolescence la conception classique du droit constitutionnel. Elle se justifie par la volonté de substituer au droit constitutionnel institutionnel l'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, afin de « défendre la naissance d'un "vrai" droit constitutionnel et militer pour la réappropriation par les juristes de la chose politique »¹¹⁰⁹. Grâce au contrôle de constitutionnalité des lois, le droit constitutionnel n'est plus un instrument au service de la politique, il est une véritable discipline, dispensée par de vrais spécialistes. Le Conseil constitutionnel aurait ainsi « assuré la montée du droit »¹¹¹⁰. C'est dans cette perspective que s'inscrit la publication des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* en 1975¹¹¹¹, qui, à l'instar des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, témoigne de l'importance du contentieux dans la construction de ce droit.

237. Cette métamorphose eut lieu sous l'impulsion décisive du doyen Favoreu. Alors que celui-ci évoque le passage « d'un objet unique à un triple objet » du droit constitutionnel¹¹¹², il s'avère en réalité que ce triple objet ne repose en définitive que sur la figure du juge. La distinction du « droit constitutionnel institutionnel », de « droit constitutionnel des normes » et du « droit constitutionnel des libertés »¹¹¹³ – distinction qui structure d'ailleurs le manuel aixois de droit constitutionnel¹¹¹⁴ – est en effet particulièrement artificielle dans la mesure où la juridictionnalisation irrigue l'ensemble de ces objets. Le « droit constitutionnel institutionnel »,

¹¹⁰⁹ D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes et Cie, coll. « Droit », 1997, p. 50. Cette construction doctrinale n'est évidemment pas dépourvue d'intérêt pour les constitutionnalistes : en légitimant la justice constitutionnelle, ils légitimaient également leur propre expansion. Olivier Jouanjan affirme en ce sens que « la discipline du droit constitutionnel fut (...) armée d'une vraie jurisprudence, en même temps qu'elle contribuait à la légitimation du Conseil, elle assurait la sienne propre et garantissait tout le sérieux de sa démarche par d'impressionnants montages théoriques qui organisaient et simplifiaient la profusion du monde en distinguant un modèle "américain" et un modèle "européen" de justice constitutionnelle, ce dernier pouvant s'appuyer sur l'autorité inébranlable d'un maître viennois », O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n° 43, 2006, p. 77.

¹¹¹⁰ D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, *op. cit.*, p. 10.

¹¹¹¹ Qui en est désormais à sa 19^e édition, L. FAVOREU *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 19^e éd., 2018,

¹¹¹² L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit » in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 15.

¹¹¹³ *Ibid.*, p. 15-18.

¹¹¹⁴ L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 663-1077.

tout d'abord, ne se limite pas comme auparavant aux seules institutions dites politiques mais comprend les institutions juridictionnelles, singulièrement le Conseil constitutionnel¹¹¹⁵. Certes, l'organisation des institutions exécutives et législatives relèvent de ce droit constitutionnel institutionnel. Toutefois, l'ensemble du manuel aixois traite de façon beaucoup plus substantielle de la justice constitutionnelle, étudiée significativement à part dans un livre consacré à l'État de droit : c'est bien le sens de l'État juridictionnel. S'agissant du droit constitutionnel des normes et des libertés, la jurisprudentialisation se révèle également, puisque les normes relèvent de la constitution jurisprudentielle, c'est-à-dire la constitution telle qu'interprétée par le juge, et les libertés étudiées sont celles qui figurent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et sont présentées comme désormais protégées grâce à la juridictionnalisation. Ces trois objets signalent distinctement une unification des sources du droit constitutionnel autour de la jurisprudence.

238. De cela, il découle pour la doctrine constitutionnaliste une nécessité formulée de façon quasi-prescriptive de concentrer l'étude du droit constitutionnel sur sa jurisprudence. « Il n'est plus possible, affirme Favoreu, d'étudier véritablement la situation politique sans prendre connaissance et assimiler la jurisprudence constitutionnelle »¹¹¹⁶. S'il nuance sa position en admettant que la jurisprudence ne peut expliquer l'ensemble du droit constitutionnel¹¹¹⁷, ses vues permettent toutefois de considérer, d'une part, que la constitution ne peut plus être pensée en dehors du juge qui l'interprète¹¹¹⁸, d'autre part que l'étude de la jurisprudence – donc de l'interprétation juridictionnelle de la constitution – est le préalable indispensable à toute compréhension de la discipline¹¹¹⁹. Le juge se trouve dès lors au centre de toutes les attentions interprétatives. Denis Baranger dénonce en ce sens la monopolisation par le Conseil constitutionnel de l'interprétation de la constitution, qui n'est que très subsidiairement aujourd'hui reconnue au chef de l'État. Le Conseil constitutionnel serait ainsi « l'interprète

¹¹¹⁵ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », art. cité, p. 16.

¹¹¹⁶ L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 8.

¹¹¹⁷ « Certes, il serait absurde de prétendre tout expliquer par la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *ibid.*, p. 8. En outre, dans la préface à la première édition du manuel Aixois, le doyen Favoreu met en garde contre la caricature qui consisterait à considérer que les auteurs dudit manuel auraient « une approche étroitement et exclusivement contentieuse du droit constitutionnel alors que la présence en son sein d'un théoricien et d'un historien du droit, parmi les plus réputés, suffirait à attester de sa diversité », L. FAVOREU, « Préface à la première édition », in L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. VI.

¹¹¹⁸ L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 8 : « on ne peut plus décrire le processus normatif à partir d'une analyse exégétique de la Constitution. Il faut désormais tenir compte largement de l'interprétation jurisprudentielle de la Constitution qui progressivement transforme et modèle celle-ci ».

¹¹¹⁹ « De la même manière qu'en droit administratif on ne peut traiter telle ou telle question sans se référer à la jurisprudence du Conseil d'État, et donc à celui-ci, il n'est désormais plus possible, en droit constitutionnel et aussi en science politique, d'étudier la plupart des problèmes sans tenir compte des positions du Conseil constitutionnel », *ibid.*, p. 8.

authentique » par excellence du texte constitutionnel, ce qui constituerait, pour les opposants au phénomène doctrinal de juridictionnalisation, « l'indice d'une régression dans l'évolution d'ensemble du constitutionnalisme »¹¹²⁰.

239. Suivant de telles visées, le mouvement de jurisprudentialisation a été d'autant plus important qu'il s'est formé de concert avec la doctrine, ce qui est fréquemment le cas s'agissant de la jurisprudence¹¹²¹. Ce mouvement a donné naissance au « tournant arrêviste », formule utilisée par Alexandre Viala pour souligner l'analogie qu'il est possible d'établir avec le droit administratif au moment de l'essor du contentieux administratif au début du XX^e siècle¹¹²². La jurisprudentialisation invite donc au développement en droit constitutionnel de ce que Yves Gaudemet a appelé, s'agissant du droit administratif, « la doctrine du juge » – par opposition à la « doctrine des systèmes » – et qui se définit comme celle qui « entend rester très proche de la jurisprudence » en se consacrant à son étude sous forme de « commentaires, de notes, d'articles brefs »¹¹²³. L'unification des sources autour de la jurisprudence tend ainsi, au sein de la doctrine, à exclure progressivement les autres sources au profit d'une source unique : c'est la jurisprudentialisation. Celle-ci a pour seconde conséquence de dépolitiser les sources de la discipline.

B. L'uniformisation des sources du droit constitutionnel par leur dépolitisation

240. La conséquence supplémentaire de la jurisprudentialisation des sources est son uniformisation. En effet, non seulement l'interprétation juridictionnelle de la constitution doit concentrer l'attention de la doctrine, mais elle est présentée au surplus comme la seule interprétation de la constitution possible. L'interprétation constitutionnelle ne peut dès lors qu'être juridictionnelle, et le doyen Favoreu l'affirme sans ambages : « dans un État de droit, seuls les juges doivent donner une interprétation authentique de la Constitution »¹¹²⁴. Cette

¹¹²⁰ D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 37-38 [en ligne].

¹¹²¹ Dans le même sens, Maryse Deguegue considère que « la jurisprudence naît [...] au terme d'une lente gestation et apparaît finalement comme l'œuvre commune du juge et de la doctrine », M. DEGUERGUE, « Jurisprudence » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 887.

¹¹²² A. VIALA, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêviste. Questions de méthode », *RDP*, 2016, p. 1137.

¹¹²³ La « doctrine des systèmes » consiste en « l'examen des constructions théoriques, des explications d'ensemble, finalement des conceptions générales du droit administratif et des systèmes de droit ». Quant à la « doctrine du juge », elle entend « limiter son intervention à l'application des décisions du juge, éventuellement entre plusieurs de ces décisions ; la théorie la rebute, dans laquelle elle redoute par-dessus tout de perdre le contact avec les réalités. Il faut bien reconnaître – sans d'ailleurs qu'il y ait là de notre part une appréciation de valeur – que la mode est actuellement, en droit public surtout, à cette seconde attitude », Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, rééd. Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2014, p. 151-152.

¹¹²⁴ L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 112.

affirmation est d'ailleurs conforme au projet kelsenien qui préconisait, contrairement au « modèle américain », la création d'une Cour unique permettant *d'uniformiser l'interprétation constitutionnelle*¹¹²⁵.

241. L'uniformisation des sources se conçoit donc comme un projet de dissolution de la production politique du droit au profit d'une interprétation exclusivement jurisprudentielle de celui-ci. La dénégation des sources non écrites est ici significative et révèle un raisonnement hardi : le rejet du droit non écrit ne concerne que l'interprétation politique de la constitution – coutumes, conventions de la constitution produites par les organes politiques – puisque l'interprétation juridictionnelle produit la Constitution jurisprudentielle, qui est une source écrite du droit constitutionnel. Elisabeth Zoller affirme en ce sens que « les sources du droit constitutionnel sont aujourd'hui exclusivement écrites et elles le restent grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel »¹¹²⁶. Plus encore, le droit constitutionnel a pu être qualifié de « droit prétorien entièrement sous l'influence du Conseil constitutionnel »¹¹²⁷.

242. Alors que le droit constitutionnel procédait de l'interprétation politique de la constitution, le phénomène doctrinal de juridictionnalisation tend à ce que tout le droit constitutionnel procède de l'interprétation juridictionnelle du texte suprême. De même que la jurisprudence administrative aurait permis la « dépolitisation » du droit administratif¹¹²⁸, la jurisprudence constitutionnelle permettrait une dépolitisation du droit constitutionnel. Toutefois, la jurisprudentialisation se confond avec l'existence même du droit administratif, ce qui n'est pas le cas en droit constitutionnel. Ainsi s'explique que la figure du juge n'ait pas, comme en droit constitutionnel, une dimension polémique. L'existence d'un « juge qui gouverne »¹¹²⁹ ne posait alors aucune difficulté dans une part importante de la doctrine

¹¹²⁵ H. KELSEN, « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 17.

¹¹²⁶ E. ZOLLER, « La mutation des sources du droit constitutionnel », art. cité, p. 39. Ce dont l'auteur se félicite en considérant que « le droit constitutionnel français a enregistré le plus grand changement qui pouvait affecter ses sources. Il est devenu un vrai droit, pas seulement parce qu'il est sanctionné par un juge en charge de faire respecter ses normes, mais aussi, et plus encore, parce qu'avec la célèbre décision du Conseil constitutionnel, *Liberté d'association*, son véritable but est remonté à la surface. Comme l'indique en creux l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, le but d'une constitution, et du droit constitutionnel en général, n'est pas le pouvoir, mais l'homme, l'homme en qualité de membre d'une "association politique", c'est-à-dire, d'une société organisée par des lois. Certes, une constitution organise le pouvoir, mais ce n'est qu'un moyen au service d'une seule fin, celle de l'homme et de ses droits naturels et imprescriptibles. Telle est la vérité première que la décision de 1971 a rappelé par la simple, mais capitale référence dans ses visas au Préambule de la Constitution », *ibid.*, p. 34-35.

¹¹²⁷ N. MOLFESSIS, « Sur trois facettes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 31, 2011 [en ligne].

¹¹²⁸ B. PACTEAU, « La jurisprudence, une chance du droit administratif ? », *Revue administrative*, 1999, n° spécial, 6, p. 70.

¹¹²⁹ J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *Recueil Dalloz*, 1951, p. 21.

administrativiste¹¹³⁰ – le terme de « co-exécutif » n'étant jamais employé pour qualifier le juge administratif – même si les auteurs des dernières décennies expriment, à chaque nouvelle extension de l'office du juge administratif, la crainte du « juge-administrateur »¹¹³¹. En droit constitutionnel, au contraire, le phénomène doctrinal de juridictionnalisation est la manifestation la plus saisissante des controverses.

¹¹³⁰ Prosper Weil affirmait en effet que « cette image d'un "juge qui gouverne", pour reprendre le titre d'une étude célèbre – et qui gouverne dans le sens d'une doctrine très précise, – s'est répandue parmi les juristes au point de devenir classique », P. WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence*, 1959, p. 282.

¹¹³¹ Jacques Chevallier relevait ainsi que « l'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur est [...] devenue au fil de l'histoire un des aspects essentiels du principe de séparation de la juridiction et de l'action. Cette interdiction est apparemment impliquée par la nature de la fonction juridictionnelle : le juge administratif, spécialisé dans la solution des litiges administratifs, ne peut entreprendre sur l'administration active ; une règle contraire réintroduirait la confusion ancienne du jugement et de l'action ». Jacques Chevallier opérait bien une distinction entre l'interdiction d'édicter des actes administratifs et celle de se faire administrateur, cette dernière interdiction étant « beaucoup plus subjective ». L'interdiction de se faire administrateur se définirait comme « l'interdiction pour le juge d'utiliser tout moyen de commandement ou de contrainte vis-à-vis de l'autorité administrative », autrement dit une limitation de « la portée de ses décisions », J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67. Aujourd'hui, c'est surtout l'extension des pouvoirs du juge qui pose des difficultés, singulièrement les pouvoirs d'injonction et d'astreinte. Ainsi Jacques Chevallier considérait en 1972 à propos des pouvoirs d'injonction et de substitution que « donner des ordres à l'administration ou décider à sa place conduirait le juge administratif à tenir le rôle d'un véritable administrateur, en contradiction avec le principe avec le principe de l'indépendance de l'administration active », J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », art. cité, p. 68. Dans un sens similaire, à propos de la loi du 8 février 1995 confiant au juge un pouvoir d'injonction et d'astreinte, un conseiller d'État a pu noter « qu'elle ouvre avec hardiesse une ère nouvelle dans le droit public : celle du juge administrateur », C. GABOLDE, « Le juge administratif va-t-il nous gouverner ? (à propos de la loi du 8 février 1995) », *DA*, 1995, fasc. 11, p. 2. Sur ce pouvoir d'injonction, René Chapus considérait également qu'il « contribue à manifester que le juge administratif est ce qu'il doit être [...] : un juge-administrateur », R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 13^e éd., 2008, p. 986. Plus récemment Camille Broyelle regrette l'évolution des pouvoirs du juge administratif : « L'histoire du contentieux administratif est celle du détachement du juge de l'administration active. Comment se féliciter alors que l'histoire à venir soit celle du retour du juge dans l'activité administrative ? », C. BROYELLE, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA*, 2004, fasc. 3, chron. 6, p. 14. S'agissant du pouvoir de substitution de motifs, dans ses conclusions sur *Mme Hallal*, le commissaire du gouvernement répond à l'argument selon lequel la substitution de motifs aurait pour conséquence de faire du juge un administrateur en considérant que « si principe il y a, force est de constater que vous le méconnaissiez depuis fort longtemps, et de plus en plus fréquemment dans l'exercice de votre contrôle juridictionnel ». Aussi, « la théorie selon laquelle le juge de l'excès de pouvoir ne devrait pas "faire œuvre d'administrateur" a subi tellement d'atteintes de toute part qu'elle nous apparaît plus comme une survivance – si on la prend littéralement – que comme un principe intangible », Conclusions I. DE SILVA sur CE, Sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, *RFDA*, 2004, p. 744-745. V. également, Y. GAUDEMET, « Le juge administratif, futur administrateur ? » in G. GARDAVAUD, H. OBERDOFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, coll. « École doctorale », 1995, p. 179 ; C. CHARLES, *Le juge administratif, juge administrateur*, Thèse dactyl., Toulouse I, 2003.

CONCLUSION DU CHAPITRE

243. À l'issue de cette démonstration, il est donc possible de recenser deux principales manifestations du phénomène doctrinal de juridictionnalisation. Le principe de constitutionnalité, tout d'abord, dissimule un *principe de juridictionnalité*, c'est-à-dire un principe qui du point de vue institutionnel impose la fonction juridictionnelle comme condition d'encadrement du pouvoir. L'État de droit – ou État constitutionnel – dissimule de la même façon un *État juridictionnel* enraciné dans une rhétorique proprement antivolontariste. Une telle approche est caractéristique d'un discours spécifique en droit constitutionnel, tendant à considérer le juge comme exerçant une emprise significative sur les autres pouvoirs dans la mesure où il dispose, parmi les institutions, du dernier mot sur la loi.

244. Ensuite, la juridictionnalisation bouleverse profusément les sources du droit constitutionnel. L'interprétation juridictionnelle – déjà controversée sous l'ancienne France puisqu'assimilée à une déviation du pouvoir juridique en pouvoir politique – n'a pas, dans les discours, donné lieu à l'avènement de la seule constitution, dite « normativisée », mais à celui de la *constitution jurisprudentielle*, c'est-à-dire, en réalité, au juge constitutionnel. Cette source nouvelle, réputée être première, voire unique, aura pour conséquence de faire naître un phénomène de *jurisprudentialisation* de la discipline, qui signale tout à la fois une unification des sources et un effacement de la décision politique. Autrement dit, le juge décide – principe de juridictionnalité – et à travers l'énoncé performatif de sa décision, donne un sens à la norme qu'il applique – « principe de jurisprudentialité ». Aussi la conséquence ultime de la juridictionnalisation est-elle de concentrer l'analyse sur le droit jurisprudentiel et de minimiser l'importance des autres sources de droit constitutionnel.

CONCLUSION DU TITRE

245. La profusion des discours sur le juge constitutionnel étant génératrice de postulats ne rendant pas fidèlement compte du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, les assises contemporaines dudit phénomène ont d'abord été identifiées de manière négative. Sous l'influence du doyen Favoreu, la doctrine constitutionnaliste émet, en effet, s'agissant de la place du juge constitutionnel, un certain nombre d'affirmations présentées comme évidentes. La position qu'occupe le juge depuis 1971 commande de reconnaître l'existence d'un bouleversement paradigmatique de la discipline. Certes, la *juridictionnalisation* a profondément altéré les représentations du droit constitutionnel. Toutefois, du point de vue de la *juridicisation*, la discipline n'a pas connu une évolution véritablement spectaculaire. Plus précisément, à rebours de la présentation qui peut en être faite, la juridictionnalisation n'a pas fondamentalement eu d'incidence sur le droit constitutionnel en tant que *droit*. Ce qui distingue le droit du non-droit n'est pas l'existence d'un juge pour sanctionner le non-respect du droit, mais la mise en forme de règles opposables à leur destinataire. Autrement dit, ce qui caractérise le droit constitutionnel, en tant que « vrai droit », est l'existence de limites posées à l'exercice du pouvoir, quelles que soient les formes qu'elles prennent. Sans juge, le droit constitutionnel est donc bien *juridique* – si tant est, au reste, qu'une telle tautologie ait un sens. La confusion de la juridictionnalisation et de la juridicisation attribue en effet des conséquences excessives au rôle du juge, et l'assimilation du droit constitutionnel au droit de la constitution déforme la conception de la discipline, tantôt appréhendé de façon trop étroite et tantôt de façon trop extensive.

246. À rebours de l'ensemble de ces présupposés, la présentation donnée par la doctrine de la juridictionnalisation nous a conduit à dresser un constat fondamentalement différent. La promotion du juge s'avère en effet en tout point masquée derrière une promotion de la constitution, ce qui a pour effet d'obscurcir assez substantiellement la réalité du phénomène. Celui-ci se traduit par une exaltation du juge, réputé le mieux à même d'interpréter la constitution. Prétendument dépolitisées, les sources du droit constitutionnel se concentrent sur le juge, qui annihile alors les autres sources de production du droit, singulièrement politiques.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

247. En démontrant que les arguments mobilisés par la doctrine constitutionnaliste contemporaine puisent leurs racines dans le discours parlementaire de l'ancienne France et, plus spécifiquement, des parlementaires au XVIII^e siècle, il est possible de conclure que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation repose sur des fondements antimodernes. La promotion de l'État de justice, comme de l'État juridictionnel, repose en effet dans les deux cas sur une conception antivolontariste du droit. Ceci explique l'histoire elliptique de la juridictionnalisation, dont les prémices, esquissées à la fin de l'Ancien Régime, ont par la suite été éclipsées par le constitutionnalisme révolutionnaire avant de ressurgir, d'abord comme un vœu pieux sous la III^e République puis en tant que réalisation sous la V^e République, en réaction aux dérives du parlementarisme et à la toute-puissance du législateur. Or, de ses origines refoulées à sa concrétisation célébrée, le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois n'a cessé de catalyser les dissensions politiques qui divisent, encore aujourd'hui, le droit constitutionnel.

248. En retraçant les origines du phénomène, qui ne sont pas révolutionnaires mais plus anciennes, ainsi que la longue histoire intellectuelle de son rejet comme de sa promotion, il était plus aisé de comprendre le phénomène contemporain et d'en réévaluer les manifestations. Masquée derrière un certain nombre de présupposés annonçant le règne de la constitution régénérée – l'apparition d'un droit constitutionnel véritablement « juridique » et la réduction subséquente de ce dernier au droit de la constitution – la réalité du phénomène doctrinal de juridictionnalisation révèle l'émergence d'une conception de l'État et du droit constitutionnel surdéterminée par la prééminence du juge. Ainsi l'avènement annoncé de l'État de droit dissimule véritablement celui d'un État juridictionnel qui ne dit pas son nom et s'inscrit dans la continuité de l'État de justice défendu par les grands robins de l'Ancienne France. Parallèlement, la constitution se trouve transfigurée sous l'emprise de son juge : devenue jurisprudentielle, celle-ci conduit à une authentique jurisprudentialisation du droit constitutionnel. Aussi, rétroagissant sur la discipline, ces bouleversements provoqués par la promotion doctrinale du juge constitutionnel sont-ils à l'origine d'une vaste remise en question des représentations qui lui servent de fondement et de structure. Une remise en question qu'il convient, à présent, d'envisager.

SECONDE PARTIE

LES EFFETS DU PHÉNOMÈNE DOCTRINAL DE JURIDICTIONNALISATION SUR LES REPRÉSENTATIONS DU DROIT CONSTITUTIONNEL

249. En tant que phénomène doctrinal, la juridictionnalisation ne se limite pas à un ensemble de discours de promotion du juge constitutionnel. Le processus d'emprise croissante de ce dernier au sein de la discipline emporte également des conséquences sur ses représentations. Le phénomène doctrinal est en effet un discours de perception d'une réalité, lui-même soumis à la perception subjective de ceux qui en observent les manifestations. Autrement dit, la perception du phénomène transforme, façonne, renouvelle les représentations de la discipline ; elle rejaillit sur la manière de penser le droit constitutionnel. L'objectif de cette seconde étape de la démonstration sera donc de mesurer les effets du phénomène sur le droit constitutionnel lui-même. À cet égard, la juridictionnalisation du droit constitutionnel engendre deux types de bouleversements.

250. Au regard du statut épistémologique du droit constitutionnel, d'abord, la juridictionnalisation oblige à repenser les cadres de la connaissance. Parce que l'analyse de la doctrine constitutionnaliste se concentre désormais sur la justice constitutionnelle, il convient de se poser la question de la nature de cet objet dominant. Or, cette question nous conduira à réfuter la présentation qui consiste à considérer que le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois aurait œuvré à la désintégration de la dimension politique du droit constitutionnel. Parce que la justice constitutionnelle est une justice politique, l'approche qui nous paraît la mieux à même de décrire cet objet politique est une approche de droit politique. Celle-ci offre en effet une autre manière, plus pertinente à notre sens, de penser la juridictionnalisation du droit constitutionnel (**Titre 1**).

251. Au regard des théories de justification du pouvoir, ensuite, la juridictionnalisation transforme fondamentalement les cadres de la pensée constitutionnelle. Le constitutionnalisme, qui se fonde sur l'impératif de limitation du pouvoir, a en effet également vocation à fonder et

justifier son exercice. Or, à l'époque contemporaine, la justification des théories du pouvoir se concentre sur le pouvoir juridictionnel, bouleversant par-là même les représentations des finalités du droit constitutionnel (**Titre 2**).

TITRE 1

LA TRANSFORMATION DU STATUT ÉPISTÉMOLOGIQUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

252. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation du droit constitutionnel transforme le statut épistémologique du droit constitutionnel au regard des objets comme des approches de la discipline. En faisant du juge l'objet privilégié de la discipline, la doctrine constitutionnaliste exacerbe en effet les querelles sur les méthodes de la connaissance. Elle pose, surtout, la question de savoir si l'étude de la jurisprudence constitue le moyen le plus avantageux de connaître le droit constitutionnel. Dans cette perspective, la juridictionnalisation du droit constitutionnel est présentée comme une antithèse du droit politique, qu'elle est réputée combattre. Aussi la grande majorité des auteurs qui nourrissent le phénomène doctrinal se présentent-ils comme « positivistes » ou « normativistes ». Or « le droit, surtout sous sa forme positiviste, forme qui a atteint en France des sommets, se pose en antithèse de la science politique »¹¹³². Cette antithèse ne poserait pas de difficultés si la science politique n'était pas confusément assimilée, par une grande majorité des auteurs, au droit politique. Alors que l'appellation « droit constitutionnel » fut tardive¹¹³³ et que l'emploi de l'expression « droit politique » était courant aux XVIII^e et XIX^e siècles¹¹³⁴, le droit politique est désormais largement rejeté, ou proprement nié¹¹³⁵, par une grande partie de la doctrine en ce qu'il serait une négation détournée de la juridicité du droit constitutionnel. *A contrario*, la renaissance de l'approche de droit politique se présente souvent elle-même comme « une réaction à une certaine manière de faire du droit constitutionnel »¹¹³⁶, visant précisément à remettre en cause la place prépondérante qu'occupent le juge et la jurisprudence parmi les objets de la discipline.

¹¹³² J.-C. RICCI, « Droit et science politique : tandem ou guerre ouverte ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 1, 2014, p. 73.

¹¹³³ J.-L. MESTRE, « Les emplois initiaux de l'expression "droit constitutionnel" », *RFDC*, 2003, p. 451.

¹¹³⁴ A. LE DIVELLEC, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018, p. 92-96.

¹¹³⁵ « La notion de "droit politique" est toujours l'objet de controverses, certains considérant qu'il n'existe pas », J. DE SAINT SERNIN, T. EHRHARD, « Institutions politiques et droit constitutionnel, entre insertions et dépassements » in *Vies politiques. Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*, Paris, Dalloz, 2018, p. 106.

¹¹³⁶ X. MAGNON, A. VIDAL-NAQUET, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018, p. 110. Dans le même sens, Jean-Jacques Sueur dans un essai dans lequel il prend parti « *Pour le droit politique* », affirme : « le droit politique tel que nous l'entendons est bien du droit, mais un droit qui intègre une critique de certaines pratiques courantes concernant le droit en général », J.-J. SUEUR, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. « Dikè », 2011, p. 12. Nous soulignons.

253. Le statut épistémologique du droit constitutionnel pourrait pourtant se présenter de manière moins dichotomique. En ce sens, s’attachant à cerner les contours de la notion de justice politique, Paul Bastid nuance l’antinomie du droit et de la politique en relevant que l’existence même d’un droit constitutionnel, c’est-à-dire de constitutions en tant qu’instrument de permanence de l’ordre constitutionnel, démontre que le politique ne peut s’affranchir de tout cadre juridique. « C’est, nous dit l’auteur, la caractéristique de l’État de droit de multiplier les autorisations, les contrôles, les recours. C’est pourquoi on peut parler d’un droit politique sans que cette expression, qui recouvre des réalités bien définies, soit sujette à censure »¹¹³⁷. Corrélativement, le droit politique n’a pas nécessairement pour conséquence de rejeter l’étude de la jurisprudence. Dans cette perspective réconciliatrice, nous tâcherons de proposer de définir la justice constitutionnelle comme une *justice politique*. Hérésie constitutionnelle, le concept de justice politique sonne en apparence comme une provocation¹¹³⁸. Pourtant, par-delà cette première impression, elle apparaît comme un instrument conceptuel formidable de conciliation du droit et de la politique. La justice politique permet en effet de repenser ces rapports d’un point de vue juridique, réflexion que les juristes laissent habituellement aux autres disciplines. Tout se passe en effet comme si le droit n’était pas apte à penser la fonction politique du juge¹¹³⁹. C’est ce postulat, qui s’inscrit à rebours de la « féroce conscience légaliste »¹¹⁴⁰, qu’il s’agira d’abord de réfuter (**Chapitre 1**).

254. Cette conception renouvelée de l’objet invite à considérer que la justice constitutionnelle ne condamne pas à un « déclin de la pensée constitutionnelle »¹¹⁴¹ ; elle incite au contraire à en renouveler l’approche. À cet égard, la perspective qui nous paraît la mieux à même d’appréhender la justice constitutionnelle est l’approche de *droit politique*. Or, le droit politique est polysémique. Du point de vue de l’objet, affirmer que le droit constitutionnel est

¹¹³⁷ P. BASTID, *Les grands procès politiques de l’histoire*, Paris, Fayard, coll. « Les Temps et les destins », 1962, p. 13.

¹¹³⁸ Jacques Commaille relève dans le même sens que « parler de “fonction politique de la justice” est couramment reçu comme une sorte de provocation susceptible de susciter l’indignation, particulièrement dans le contexte français », J. COMMAILLE, « Dévoiler la fonction politique de la justice pour favoriser son exercice critique », *Délibérée*, n° 1, 2017, p. 28. La précision du contexte français est utile dans la mesure où, ainsi que nous le verrons, l’affirmation d’une telle fonction politique s’avère bien moins problématique à l’étranger, et singulièrement aux États-Unis. Elle suscite, certes, des critiques, mais n’est pas intrinsèquement scientifiquement révoltante.

¹¹³⁹ Jacques Commaille, par exemple, propose de repenser les rapports du politique et du juridique en démontrant l’existence d’une fonction politique de la justice. Mais il suggère, pour mener cette réflexion, de « passer du champ du droit constitutionnel à celui d’une observation des juges comme *acteurs sociaux*, dotés d’une compétence particulière : celle de maîtriser l’usage du droit dans le traitement des rapports sociaux », *ibid.*, p. 29.

¹¹⁴⁰ J. KRYNEN, « Avant-propos » in J. KRYNEN (dir.), *L’élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 1999, p. 16 : « il faut une féroce conscience légaliste pour ne pas l’admettre, cette institution est revenue ce qu’elle fut de l’Antiquité à 1789 : une institution politique ».

¹¹⁴¹ A. LE DIVELLEC, « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? » in D. ROUSSEAU, P. PASQUINO (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris, Mare et Martin, 2018, p. 93.

un droit politique signifie qu'il porte sur la matière politique. D'un point de vue ontologique, cela signifie que le droit constitutionnel a une nature tout à la fois juridique et politique. D'un point de vue épistémologique, enfin, le droit politique s'envisage comme une approche : définir le droit constitutionnel comme un droit politique invite à porter un regard juridique *et* politique sur le droit. C'est de ce dernier point de vue que le droit politique sera envisagé. L'approche étant toujours le fruit d'un choix de l'auteur¹¹⁴², notre démarche consistera à en défendre la pertinence (**Chapitre 2**).

¹¹⁴² Ainsi lorsque Triepel critique l'école kelsénienne, il dénonce un concept de droit « arbitrairement réduit », A. LE DIVELLEC, « Droit, politique et justice constitutionnelle : deux textes de Heinrich Triepel », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 5 [en ligne].

CHAPITRE 1

LA JUSTICE POLITIQUE COMME OBJET DU DROIT CONSTITUTIONNEL

« Pourquoi reproche-t-on aux Français de vouloir trancher toutes les questions par une émeute ? C'est qu'ils n'ont pas confiance dans la justice politique »¹¹⁴³.

255. Soutenir que la justice politique constitue un objet du droit constitutionnel suppose au préalable de s'entendre sur ce que signifie « l'objet » d'une discipline. L'objet se définit communément comme ce qui s'offre à voir. Dans le langage courant, l'objet est soit une chose matérielle, soit plus spécifiquement un contenu qui s'offre à la pensée. Dans son acception philosophique moderne, l'objet est consubstantiel au sujet, dont il dépend. Autrement dit, la connaissance de l'objet ne peut exister en dehors de la perception du sujet. Transposée en droit, une telle conception signifie qu'un objet ne peut être observable en soi ; il dépend des représentations de celui qui l'analyse. Il y a bien des « discours *du* langage objet », qui se distinguent des « discours *sur* le langage objet »¹¹⁴⁴, mais, dans une perspective phénoménologique, le premier n'est compréhensible que par la médiation du second. L'objet d'une discipline, c'est-à-dire son contenu, sa matière, dépend par conséquent des représentations que l'on a de la discipline elle-même et qui le construisent.

256. À cet égard, les dissensions relatives aux objets du droit constitutionnel s'avèrent particulièrement saisissantes. Non seulement il apparaît fort malaisé de définir *les objets* de cette discipline, mais le malaise s'accroît surtout lorsqu'il s'agit d'en cerner *l'objet*. Certes, une telle quête n'est pas dépourvue d'intérêt, car « poser la question de l'objet équivaut à poser la question de l'unité de la discipline »¹¹⁴⁵. Pourtant, ce qui apparaît être une heureuse tentative de clarifier la nature de la discipline est en réalité à la source des principales discordes doctrinales. Vouloir identifier un objet unique conduit en effet inéluctablement à se concentrer, de façon prescriptive, sur un seul des nombreux aspects de la discipline. Le droit constitutionnel est-il

¹¹⁴³ E. LABOULAYE, *Histoire des États-Unis*, Tome III, Paris, 4^e éd., Charpentier et Cie, 1870, p. 478.

¹¹⁴⁴ X. MAGNON, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel », *AJIC*, n° 31, 2015, p. 17.

¹¹⁴⁵ J.-M. DENQUIN, « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ? » in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome I, Paris, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 40.

institutionnel ou jurisprudentiel ? S'il est institutionnel, que faire de la jurisprudence constitutionnelle ? S'il est jurisprudentiel, que faire des institutions politiques ? La querelle entre un droit constitutionnel institutionnel ou jurisprudentiel est à cet égard exemplaire de l'impasse consistant à tenter de cerner une nature du droit constitutionnel par l'identification de ce qui serait son objet exclusif ou principal. Alors même qu'il a pu être dit des constitutionnalistes que « rien ne leur est moins certain que la définition de leur objet »¹¹⁴⁶, c'est précisément la recherche d'un objet unique qui explique les difficultés à définir la discipline¹¹⁴⁷, chacun étant persuadé de décrire le « vrai » droit constitutionnel¹¹⁴⁸. C'est la raison pour laquelle – quoique que la question de la nature du droit constitutionnel soit d'importance considérable – l'hypothèse d'un objet unique définissant la discipline sera ici exclue. Ainsi que l'a démontré Jean-Marie Denquin, une telle tentative semble en effet bien vaine, dans la mesure

¹¹⁴⁶ O. PFERSMANN, « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique » in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 534.

¹¹⁴⁷ Dans les différents manuels et traités de droit constitutionnel, qu'ils soient classiques ou contemporains, l'objet sert toujours, en guise de propos introductif, à définir la discipline. Or il n'est pas possible d'identifier une méthode unique de définition par l'objet. Certains manuels s'efforcent de trouver un objet unique permettant de définir le droit constitutionnel, mais cet objet – comme le pouvoir politique – s'avère souvent fort large. V. par exemple en ce sens, G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, p. 3-7 : cherchant à identifier l'objet du droit constitutionnel, Georges Vedel reprend la définition de Marcel Prélot, selon laquelle le droit constitutionnel est « la science des règles juridiques suivant lesquelles s'établit, se transmet et s'exerce l'autorité politique ». Pour l'auteur, il s'agit de la définition « la plus claire et la plus simple que l'on puisse donner du droit constitutionnel. Reconnaissant toutefois son imprécision, il considère qu'elle tient à ce que, par nature, l'objet du droit constitutionnel ne comporte pas de solution de continuité avec les autres branches du droit public ; A. HAURIOU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 1972, p. 7 : « On peut dans un sens très large, définir l'objet du Droit constitutionnel : *l'encadrement juridique des phénomènes politiques* » ; J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Précis Domat », 33^e éd., 2019, p. 23 : l'objet du droit constitutionnel est largement défini comme « *l'encadrement juridique des phénomènes politiques* ». D'autres, au contraire, se contentent à définir le droit constitutionnel par l'énumération de ses différents objets. V. notamment, A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1914, 6^e éd., rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », 2001, p. 1 : « Le droit constitutionnel a un triple objet. Il détermine : 1° la forme de l'État ; 2° la forme et les organes du gouvernement ; 3° les limites des droits de l'État » ; J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Domat-Montchrestien, 1943, p. 9 : « Ainsi, de façon concrète, le droit constitutionnel peut être défini : la partie du droit interne qui a pour objet : 1° la forme et la structure de l'État, 2° l'organisation, le fonctionnement, les attributions, les rapports des organes supérieurs de l'État, Parlement et Exécutif, 3° la participation des citoyens au gouvernement, question à vrai dire incluse dans la précédente, mais qu'il convient de mentionner spécialement, étant donnée son importance dans les régimes constitutionnel moderne. Ceci ne forme, il est vrai, que le domaine minimum du droit constitutionnel. Il est habituel et rationnel d'y comprendre les rapports de l'État avec les individus. » ; L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 22^e éd., 2020 : le doyen Favoreu est à l'origine de la définition du droit constitutionnel par son triple objet : institutions, normes, libertés (« Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 71) qui structurera le plan du manuel aixois. Cette définition est notamment reprise par O. DUHAMEL, Y. MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, p. 320.

¹¹⁴⁸ Établissant une typologie de la doctrine visant à distinguer une école institutionnelle classique, une tendance jurisprudentielle voire plus largement droits fondamentaux et différentes approches théoriques, Didier Maus considère que « rien ne devrait être plus étranger à chacun d'entre eux que de considérer qu'il détient un morceau de la véritable croix constitutionnelle », D. MAUS, « Où en est le droit constitutionnel ? » in *Mouvements du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 728.

où une discipline contient de multiples objets qui varient au gré des cultures juridiques et des évolutions historiques¹¹⁴⁹. Alors que nombre de « nouveaux objets »¹¹⁵⁰ du droit constitutionnel, parmi lesquels l’environnement¹¹⁵¹, ont pu susciter de vives polémiques, nul ne conteste en revanche que la justice constitutionnelle compte parmi les objets du droit constitutionnel. C’est le principe même de sa juridictionnalisation. En revanche, il n’en a pas toujours été ainsi, et il n’est pas possible d’affirmer qu’elle est *par essence* un objet du droit constitutionnel, définissant subséquemment sa *nature*. Le juge n’est pas la condition *sine qua non* de l’existence du droit constitutionnel. Plus encore, même si le phénomène de juridictionnalisation a conduit une partie de la doctrine constitutionnaliste à négliger l’étude du pouvoir pour se donner comme objet privilégié la jurisprudence¹¹⁵², la justice constitutionnelle ne peut être appréhendé comme le *seul* objet du droit constitutionnel. Présenter la justice politique comme un objet du droit constitutionnel ne signifie donc pas qu’il en serait l’objet unique. L’hétérogénéité et l’instabilité des objets du droit constitutionnel ne doivent en revanche pas nous dispenser d’en déterminer le contenu, essentiel à une meilleure compréhension de la discipline.

257. Qu’entend-on signifier lorsque l’on qualifie la justice constitutionnelle de justice politique ? D’emblée, il convient d’écarter un certain nombre de malentendus. L’adjectif « politique » ne peut tout d’abord aucunement, dans notre hypothèse, être assimilé à celui de « politisé » : la justice politique ne désigne nullement une justice partisane¹¹⁵³. Une telle thèse obligerait en effet, pour être démontrée, à analyser « l’intention *prêtée* au juge »¹¹⁵⁴ ; analyse qui serait d’un intérêt scientifique fort douteux. Partant, puisqu’il est impossible de démontrer

¹¹⁴⁹ J.-M. DENQUIN, « L’objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ? », art. cité, p. 64. V. également, du même auteur, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, n° 32, 2000, p. 33.

¹¹⁵⁰ H. ROUSSILLON, X. BIOY, S. MOUTON, *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse, Presses de l’Université des sciences sociales de Toulouse, 2006.

¹¹⁵¹ Ph. BLACHÈRE, « L’environnement, objet incongru du droit constitutionnel » in *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Toulouse, Presses de l’Université de Toulouse 1 Capitole, 2014, p. 139. Outre qu’il aurait pour effet de diluer la Constitution, Philippe Blachère relève que l’environnement est « révélateur d’une fracture au sein de la discipline », dans la mesure où elle oppose ceux qui, sous l’impulsion du contentieux constitutionnel, invitent à une extension toujours plus grande des objets du droit constitutionnel et, à l’inverse, ceux qui invitent « à un retour à la définition que donnait Marcel Prélot, à la suite de Georges Burdeau, du droit constitutionnel (“la science des règles juridiques suivant lesquelles s’établit, s’exerce et se transmet le pouvoir politique”) ».

¹¹⁵² Ce qu’illustre bien la suppression en 1997 de l’expression « institutions politiques » de l’enseignement du droit constitutionnel, O. JOUANJAN, « Histoire de la science du droit constitutionnel » in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome I, *op. cit.*, p. 104-108. Il y a en réalité trois étapes dans la dénomination de la discipline : « droit constitutionnel en 1834, droit constitutionnel et institutions politiques en 1954 et de nouveau droit constitutionnel à partir de 1997 », S. LAGHMANI, « Droit constitutionnel et Science politique. Essentiellement à partir du cas français » in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome I, *op. cit.*, p. 147.

¹¹⁵³ Sur l’accusation de politisation au sens partisan, le Conseil d’État n’est pas en reste. V. par exemple, D. LOCHAK, « Le Conseil d’État en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 19.

¹¹⁵⁴ J.-M. DENQUIN, « Justice constitutionnelle et justice politique », art. cité, p. 82. L’auteur relève, au reste, que les « *politiques jurisprudentielles* » se distinguent de la politique au sens partisan.

sérieusement que la décision du juge constitutionnel est motivée par une logique partisane, il apparaît vain de l'affirmer¹¹⁵⁵. Ensuite, la justice politique n'exclut aucunement l'indépendance de la justice. Le caractère politique de la justice ne constitue pas, en effet, une entrave à son indépendance : l'indépendance ne se confond pas avec l'impartialité, qui pourra quant à elle plus aisément être remise en cause. Enfin, affirmer la nature politique de la justice constitutionnelle n'a pas pour seule ambition de souligner que la justice ainsi désignée porte sur une matière politique : une telle acception de la justice politique¹¹⁵⁶, beaucoup trop générique, aurait l'inconvénient de n'apporter aucune spécification particulière de l'objet.

258. Par-delà ces différents malentendus, le concept de justice politique n'est pas nouveau. Confus, décliné en une multiplicité de sens, la justice politique se heurte à un certain nombre d'obstacles épistémologiques venant brouiller sa compréhension. Les différents présupposés relatifs à la justice politique méritent par conséquent d'être au préalable exposés (**Section 1**). Ces derniers étant écartés, nous nous proposerons de repenser le concept de justice politique afin d'en retenir une acception spécifique à la justice constitutionnelle et susceptible d'en rendre compte de façon satisfaisante (**Section 2**).

¹¹⁵⁵ Ainsi que l'affirme Jean-Marie Denquin, « la logique politique [...] fait que tout *souççon* de politisation implique objectivement *politisation*. L'univers politique est spontanément idéaliste : la pensée y détermine le réel. Si l'on soupçonne le juge d'être mu par des motifs politiques, on ne parviendra jamais à démontrer qu'il ne l'est pas, y compris s'il ne l'est pas », *ibid.*, p. 83.

¹¹⁵⁶ Il s'agit de la définition de la justice politique, volontairement large au regard de la démonstration, retenue par François Saint-Bonnet : un « organe qui dit le droit (*jurisdictio*) de l'exercice du pouvoir », F. SAINT-BONNET, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises », *RDP*, 2007, p. 768.

SECTION 1

LES PRÉSUPPOSÉS INITIAUX SUR LA JUSTICE POLITIQUE

259. « Politique » : l'adjectif, juxtaposé à la justice, ne sonne-t-il pas, sinon comme une injure, du moins comme une provocation ? N'est-ce pas en effet faire affront à la justice, supposée tout entière dévouée au *droit*, que de la qualifier de *politique* ? De prime abord, rien ne semble moins pouvoir décrire la justice constitutionnelle que le concept de justice politique, dont les caractères paraissent « anormaux »¹¹⁵⁷. Pour de nombreux auteurs, l'association des termes de justice et de politique heurte en effet la raison¹¹⁵⁸. L'analyse des présupposés entourant le concept de justice politique permet ainsi de comprendre ces craintes, il convient C'est bien ce que révèlent les présupposés entourant cette notion de justice politique.

260. Dans une première série d'acceptions, la justice politique se singularise de la justice constitutionnelle, qu'elle exclut, pour se rapprocher de la matière pénale. Elle signifie dans son ensemble que « la forme juridictionnelle recouvre [...] un contenu et un but politiques »¹¹⁵⁹. Synonyme, sinon d'*arbitraire*, du moins de *privilège* – ne parle-t-on pas de « privilège de juridiction » ? – son appréhension est souvent polémique. Présentée aujourd'hui à la source d'une « déchirure » entre justice et politique¹¹⁶⁰, la justice politique entendue en ce premier sens fut perpétuellement dénoncée. Ainsi par exemple de Guizot, s'insurgeant contre l'idée même de procès politique : « Dès que la politique pénètre dans l'enceinte des tribunaux, peu importent la main et l'intention qui lui en ont fait franchir le seuil ; il faut que la justice s'enfuit. Entre la politique et la justice toute intelligence est corruptrice, tout contact est

¹¹⁵⁷ P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, Paris, Fayard, 1962, p. 9.

¹¹⁵⁸ Joseph Barthélemy et Paul Duez relèvent ainsi que « les deux mots de justice et de politique semblent jurer d'être accouplés », J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, rééd. Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004, p. 867. Vedel affirme ainsi que « les deux mots sont contradictoires », G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 540. Paul Bastid considère dans le même sens que « les mots de justice et de politique jurent de se voir accouplés et la conscience éprouve quelque peine à expliquer leur assemblage », P. BASTID, *Cours de droit constitutionnel comparé. La justice politique*, Paris, Les cours de droit, 1956-1957, p. 5. Ailleurs, il affirmera que la justice politique « semble renfermer une contradiction dans les termes. La formule réunit, en effet, deux termes qui paraissent s'exclure, ou tout au moins appartenir à des ordres différents », P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire, op. cit.*, p. 9. Plus récemment, il est affirmé que « les deux mots, justice et politique, "jurent d'être assemblés dans la même expression" », « Justice politique » in M. de VILLIERS, A. LE DIVELLE, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2017, 11^e éd., p. 207.

¹¹⁵⁹ O. BEAUD, « Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité des ministres et sur la criminalisation du droit constitutionnel », *RDP*, 1997, p. 1009. Une telle définition diffère de celle qui sera appliquée à la justice constitutionnelle puisque, ainsi que nous le verrons, si son contenu est bien politique, sa finalité ne l'est pas.

¹¹⁶⁰ B. MATHIEU, *Justice et politique : la déchirure ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Forum », 2015.

pestilentiel »¹¹⁶¹. Sa signification évoluant, la justice politique deviendra un concept nettement moins polémique, même si les controverses ne disparaîtront pas entièrement (§1). Dans un sens plus spécifique – et plus rarement retenu – la justice politique désignera par ailleurs la justice constitutionnelle. Cette seconde série de présupposés sur la justice politique aura toutefois en commun avec la première d’opposer, une nouvelle fois, le droit à la politique (§2).

§ 1. – Les acceptions de la justice politique exclusives du contrôle de constitutionnalité des lois : recension théorique

261. Définie comme « la fonction ayant pour objet de prononcer des jugements en matière politique, et l’organe chargé de cette fonction »¹¹⁶², la signification de la justice politique ne prend ordinairement pas en considération la fonction de contrôler la constitutionnalité des lois. Dans cette première série d’acceptions, nous verrons que la justice politique recouvre de multiples sens, variant selon le critère réputé la caractériser. Le plan retenu par Paul Bastid dans son cours sur la justice politique dispensé au milieu du siècle précédent permet aisément d’en dégager les principales caractéristiques¹¹⁶³ : c’est une justice qui s’applique à des personnes particulières (politiques), qui sanctionne des infractions particulières (politiques) et dont le droit applicable et la juridiction compétente dérogent aux règles de droit commun. La procédure, quant à elle, bien que particulière, tend à s’aligner sur la procédure de droit commun, ou du moins à en donner l’apparence. A ce critère matériel, s’ajouterait un critère organique : l’existence d’une juridiction spéciale¹¹⁶⁴.

262. Aussi avons-nous recensé deux acceptions courantes de la justice politique, qui tendent toutes deux à l’application d’un « droit pénal autonome »¹¹⁶⁵, à savoir respectivement un procès politique – critère de la nature du procès – et une justice *du* politique – critère de la nature de l’accusé. D’abord, la justice est dite politique en raison de l’infraction ou du crime commis. C’est la conception originnaire de la justice politique, réduite au procès politique (A).

¹¹⁶¹ F. GUIZOT, *Des conspirations et de la justice politique*, Paris, Ladvocat, 1821, p. 19.

¹¹⁶² « Justice politique » in M. de VILLIERS, A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit., p. 206-207.

¹¹⁶³ P. BASTID, *Cours de droit constitutionnel comparé. La justice politique*, op. cit.

¹¹⁶⁴ Notons qu’il a également pu être proposé d’ajouter un critère fonctionnel : « la justice politique a pour mission soit de freiner le pouvoir (en mettant en jeu la responsabilité pénale de ceux qui en ont l’exercice) soit de le renforcer (en réprimant les actes d’opposition au pouvoir) », R. CHARVIN, *Justice et politique (Évolution de leurs rapports)* [1968], Lyon, L’Hermès, coll. « Bibliothèque de droit », 2^e éd., 2003, p. 3. L’auteur propose alors une définition de la justice politique : « la justice politique est la justice rendue à l’égard des actes ou des intentions portant le plus gravement atteinte soit à la structure socio-économique soit au régime politique ou au personnel politique de la communauté, par toutes les juridictions quelles qu’elles soient, les justiciables étant soit les hommes au pouvoir, soit les citoyens qui se dressent contre le pouvoir ».

¹¹⁶⁵ P. BASTID, *Cours de droit constitutionnel comparé. La justice politique*, op. cit., p. 4.

Par la suite, la justice politique va davantage désigner l'application « à certains personnages soustraits à la loi commune en raison du rôle officiel éminent qui leur appartient »¹¹⁶⁶, et il s'agit dans ce deuxième sens de la justice du politique, qui se justifie par la nécessité de protéger la fonction. Il s'agit du sens le plus fréquemment employé à l'époque contemporaine (B).

A. L'arbitraire aux origines de la justice politique : le procès politique

263. Dans une première acception, originellement la plus répandue, la justice politique désigne le procès politique, qui se confond avec elle¹¹⁶⁷. Derrière la formule d'anathème, l'accusation de procès politique a vocation à dénoncer deux types d'anomalie qui, d'ordinaire, se manifestent de concert. Dans un premier sens, en effet, le procès politique désigne une *procédure politique*, c'est-à-dire une procédure qui ne s'embarrasse guère des formes juridiques classiques propres à tout procès – singulièrement des droits de la défense. En ce premier sens du procès politique, la justice politique désigne donc spécifiquement un assouplissement des règles procédurales permettant tout à la fois d'accélérer et de faciliter la condamnation¹¹⁶⁸.

264. Dans un second sens, le procès politique désigne celui qui tend à juger un *crime politique*, c'est-à-dire un crime portant atteinte aux intérêts de l'État. Cette acception est la plus ancienne¹¹⁶⁹ : déjà le droit romain connaissait le crime de lèse-majesté (*crimen maiestatis*¹¹⁷⁰), qualification reprise sous l'ancienne France pour devenir, à partir de la

¹¹⁶⁶ P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, op. cit., p. 14.

¹¹⁶⁷ Ainsi, par exemple, du procès Dreyfus, procès politique par excellence, qui est présenté comme la « *cause célèbre* » de la justice politique des temps modernes : « [...] *the Dreyfus case, still commonly regarded as the cause célèbre of political justice in modern times* », O. KIRCHHEIMER, « Préface » in *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton, Princeton University Press, 1961, VII.

¹¹⁶⁸ Notons au passage que les tribunaux militaires en temps de paix furent supprimés par la loi n° 82-621 du 21 juillet 1982 et remplacés par des chambres spéciales au sein des juridictions de droit commun.

¹¹⁶⁹ « L'idée que certains actes coupables doivent, soit en raison de leur nocivité intrinsèque, soit en raison de la situation éminente de leurs auteurs, être soustraits à l'empire des règles répressives habituelles, est [...] une idée très généralement répandue. Elle est apparue au surplus dès la plus haute antiquité », P. BASTID, *Cours de droit constitutionnel comparé. La justice politique*, op. cit., p. 5 ; « Il semble que, dans tous les temps et chez tous les peuples, même les plus avancés dans l'exercice de la vie publique, même les plus jaloux de la liberté et de l'égalité civiles, on rencontre, à côté des tribunaux criminels de droit commun, des juridictions exceptionnelles chargées du jugement des délits politiques », A.-E. LAIR, *Des hautes Cours politiques en France et à l'étranger et de la mise en accusation du Président de la République et des ministres. Étude de droit constitutionnel et d'histoire politique*, Paris, Ernest Thorin, 1889, p. III.

¹¹⁷⁰ Celui-ci est réputé avoir succédé, ou du moins avoir absorbé le *crimen perduellionis*, forme d'acte de trahison envers l'État. Sur la *perduellio*, v. A. MAGDELAIN, « Remarques sur la "perduellio" », *Publications de l'École Française de Rome*, 1990, n° 133, p. 499. « Le crime dirigé contre la communauté porte dans la langue juridique latine le double nom de *perduellio* ou de *crimen maiestatis populi romani immunitae*, par abréviation *crimen maiestatis* ou simplement *majestas*. Ces deux expressions sont à peu près synonymes, pas tout à fait cependant, la seconde étant plus large que la première, sans qu'il soit possible de fixer entre elles une démarcation exacte. La *perduellio*, c'est l'acte hostile à la patrie ou à ses alliés (elle s'applique notamment à la désertion militaire), et la notion n'a cessé de s'élargir, elle s'est révélée fort élastique. La *perduellio* ne se distingue du *crimen maiestatis*

Révolution, le crime de « lèse-nation »¹¹⁷¹. Au cours de cette longue période, c'est toutefois l'ancienne France qui est réputée caractériser le plus emblématiquement la condamnation de crimes politiques au moyen de procès politiques¹¹⁷². Ces derniers désignaient alors « l'utilisation, l'instrumentalisation de la justice en vue d'objectifs qui lui sont extérieurs »¹¹⁷³ ; définition qui permettait de rendre compte de la double contagion du procès politique, qui « suggère aussi bien la judiciarisation du politique que la politisation de la justice »¹¹⁷⁴.

265. De cette double contagion, c'est toutefois singulièrement la « politisation de la justice » qui caractérise le procès politique comme forme particulière de justice politique. Or, cette dernière se concrétise soit par une immixtion du politique dans la justice – ayant pu prendre de biens diverses formes selon les lieux et les époques¹¹⁷⁵ –, soit par une justice entièrement assujettie à la volonté politique – les exemples sont à cet égard terribles et remarquables, que l'on songe, parmi les plus arbitraires, au procès de Jeanne d'Arc en 1431¹¹⁷⁶ ou au Tribunal révolutionnaire entre 1792 et 1794¹¹⁷⁷. Dès lors, quel que soit le sens retenu – procédure ou crime politique – le procès politique se révèle synonyme d'arbitraire¹¹⁷⁸. Cette nature proprement arbitraire explique que le procès politique convienne davantage aux

que dans la mesure où elle n'en est qu'un cas particulier, justifiant des règles procédurales différentes et une répression plus rigoureuse », P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, op. cit., p. 59.

¹¹⁷¹ Sur la naissance révolutionnaire du crime de lèse-nation, v. J.-C. GAVEN, *Le crime de lèse-nation, histoire d'une invention juridique et politique, 1789-1791*, Paris, Presses de Sciences Po, « Collection académique », 2016 et, du même auteur, « La répression des criminels de lèse-nation. Aux sources révolutionnaires de la redéfinition de la justice politique » in D. SALAS (dir.), *Le procès politique (XV^e-XX^e siècle)*, Paris, La Documentation française, coll. « Histoire de la justice », 2017, p. 25.

¹¹⁷² Sur les procès politiques du XIV^e au XVII^e siècle, voir les différentes contributions in Y.-M. BERCÉ (dir.), *Les procès politiques (XIV^e-XVII^e siècle)*, Rome, École française de Rome, 2007.

¹¹⁷³ A. JOUANNA, « Conclusion » in Y.-M. BERCÉ (dir.), *Les procès politiques (XIV^e-XVII^e siècle)*, op. cit., p. 665.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 665.

¹¹⁷⁵ Carlos-Miguel Pimentel relève en ce sens : « tout se passe comme si, à chaque fois que les peurs collectives dépassaient un certain point de gravité, le politique lui-même tendait à redevenir judiciaire. Ce n'est plus alors le juge qui assume des fonctions politiques, comme c'est le cas aujourd'hui, mais les institutions publiques elles-mêmes qui se mettent directement à revêtir une autorité à caractère judiciaire, ou quasi-judiciaire », C.-M. PIMENTEL, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, Thèse dactyl., Paris II, 2000, p. 17. L'auteur se réfère par exemple à la période du maccarthysme aux États-Unis et dans les années 50 ; période durant laquelle le pouvoir politique, à travers des commissions parlementaires, poursuivait sans relâche et de façon fort répressive d'éventuels agents communistes infiltrés. Une telle intrusion du politique dans le judiciaire fut du reste permise par l'abstention de la Cour suprême, C.-M. PIMENTEL, *ibid.*, p. 17-18.

¹¹⁷⁶ Paul Bastid relève qu'« à cette époque le droit relatif aux crimes d'État était aussi flexible que barbare », P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, op. cit., p. 118.

¹¹⁷⁷ V. sur ce sujet, J.-L. HALPÉRIN, « Le Tribunal révolutionnaire : justice et injustices sous la Révolution » in D. SALAS (dir.), *Le procès politique (XV^e-XX^e siècle)*, op. cit., p. 39, renvoyant à l'œuvre majeure sur ce sujet, H. WALLON, *Histoire du Tribunal révolutionnaire de Paris*, Hachette, 1880-1882 (6 volumes). V. plus spécifiquement sur le procès de Louis XVI, P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, op. cit., p. 212-225.

¹¹⁷⁸ « Prise dans son ensemble, l'histoire de la justice politique sous l'ancien régime peut se résumer en un mot : l'arbitraire », A.-E. LAIR, *Des hautes Cours politiques en France et à l'étranger et de la mise en accusation du Président de la République et des ministres. Étude de droit constitutionnel et d'histoire politique*, op. cit., p. 31.

régimes autoritaires ou aux démocraties en crise¹¹⁷⁹ ; il est en effet réputé se développer plus volontiers en des régimes et des temps où le principe de séparation des pouvoirs est négligé¹¹⁸⁰.

266. Cette première acception associe donc, par le truchement de la notion de procès politique, la justice politique à l'arbitraire. En ce sens, le critère de la justice politique tient à sa finalité : la justice est politique car sa finalité est politique¹¹⁸¹, c'est-à-dire plus spécifiquement qu'elle tend à juger un crime politique¹¹⁸². Alors que « *la définition classique de la justice politique* revient à la caractériser soit par l'organe juridictionnel qui la rend, soit par les règles particulières qui s'appliquent au litige en cause »¹¹⁸³, Olivier Beaud préfère ainsi en retenir une définition finaliste dans la mesure où « il existe des cas de jugements politiques rendus par des juridictions non politiques »¹¹⁸⁴. Il reprend alors la définition de Otto Kirchheimer : « l'utilisation de procédures légales (i.e. juridictionnelles) à des fins politiques »¹¹⁸⁵.

267. Dans son acception contemporaine, la justice politique ne tend toutefois plus à désigner un procès arbitraire¹¹⁸⁶ : si « le procès équitable est un rempart contre la tentation du procès politique »¹¹⁸⁷, la forme contemporaine de la justice politique entend bien respecter les formes et procédures nécessaires à tout procès dans un État de droit.

B. L'acception contemporaine de la justice politique : la justice du politique

268. N'impliquant plus une procédure dérogatoire au droit commun, la justice politique s'attache dans son acception contemporaine à préserver la dignité de la fonction de la personne jugée : la justice politique est celle qui, dans le respect du droit, tend au jugement d'une personne exerçant une fonction politique pour des actes commis dans l'exercice de ladite

¹¹⁷⁹ D. SALAS, « Le procès politique entre réalité et tentation » in D. SALAS (dir.), *Le procès politique (XV^e-XX^e siècle)*, op. cit., p. 5.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 7.

¹¹⁸¹ On pense au débat autour du concept émergent de « *lawfare* », qui désigne précisément l'instrumentalisation qu'opérerait le pouvoir politique en vue de répondre à une finalité partisane qui est l'éviction de concurrents politiques.

¹¹⁸² O. BEAUD, *Le sang contaminé*, Paris, PUF, coll. « Béhémoth », 1999, p. 81-83.

¹¹⁸³ O. BEAUD « Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique », *RDP*, 1999, p. 450.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 451.

¹¹⁸⁵ O. KIRCHHEIMER, *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton University Press, 1961, p. 419, cité in O. BEAUD « Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique », art. cité, p. 451 : « *The aim of political justice is to enlarge the area of political action by enlisting the services of courts in behalf of political goals* ».

¹¹⁸⁶ Dans le même sens, Denis Salas relève que « l'État de droit prévoit des tribunaux spécifiquement chargés de juger les affaires politiques. Bien qu'on parle abusivement dans ce cas de procès politique, nous restons dans le cadre d'un procès équitable, où le juge est indépendant, le débat loyal, la légalité respectée », D. SALAS, « Le procès politique entre réalité et tentation » art. cité, p. 5.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 10.

fonction. Autrement dit, le critère d'identification de la justice politique est un critère personnel : elle désigne ainsi en réalité la justice du politique.

269. Si cette acception de la justice politique triomphe à l'époque contemporaine – au point de faire disparaître la première – elle n'est toutefois pas nouvelle. Aux temps d'accalmie, l'histoire est en effet familière de la justice du politique, exercée ordinairement par des juridictions d'exception¹¹⁸⁸. Sous l'ancienne France, les commissions judiciaires extraordinaires, particulièrement terribles au temps du cardinal de Richelieu¹¹⁸⁹, étaient ainsi chargées de juger les personnes exerçant des fonctions politiques – même si la justice politique se voyait également exercée par les parlements, singulièrement celui de Paris¹¹⁹⁰. Par la suite, le XIX^e siècle a connu de nombreuses mutations quant à l'organe chargé de ce type particulier de jugement. Ainsi, sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, les chartes ont entendu condamner l'existence « de commissions et tribunaux extraordinaires »¹¹⁹¹ : va ainsi apparaître l'idée selon laquelle la justice du politique doit être confiée au politique lui-même, c'est-à-dire au Parlement. Hormis la parenthèse de la II^e République, au cours de laquelle cette compétence va revenir à la Cour d'Assises, la justice politique va de nouveau être confiée au Parlement sous la III^e République, plus spécifiquement au Sénat, constitué en Haute Cour¹¹⁹². Cette dernière est alors qualifiée de « juridiction parlementaire »¹¹⁹³. C'est à partir de là que la justice politique va

¹¹⁸⁸ Sur l'histoire de la justice politique depuis la Rome antique, nous renvoyons à l'ouvrage très riche d'Adolphe-Emile Lair, *Des hautes Cours politiques en France et à l'étranger et de la mise en accusation du Président de la République et des ministres. Étude de droit constitutionnel et d'histoire politique*, op. cit. V. également, P. BASTID, *Cours de droit constitutionnel comparé. La justice politique*, op. cit.

¹¹⁸⁹ P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, op. cit., p. 143.

¹¹⁹⁰ Exemple de la condamnation à mort en 1766 du Comte de Lally en raison de fautes commises durant la guerre de Sept Ans par le Parlement de Paris : « Malgré l'intervention de la juridiction de droit commun, le procès fut entaché des vices propres à toutes les procédures politiques de l'ancien régime », P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, op. cit., p. 170. En réalité, l'accusation de justice politique peut aisément se justifier s'agissant des parlements, dans la mesure où ils « s'arrogeaient la faculté d'appliquer des peines arbitraires à des faits non prévus par les lois. On parlait bien de peines ordinaires ou légales, déterminées par les ordonnances ou par la coutume, mais on leur opposait des peines extraordinaires laissées par elles à l'appréciation des juges », *ibid.*, p. 182.

¹¹⁹¹ Article 63 de la Charte de 1814 et article 54 de la Charte de 1830, A.-E. LAIR, *Des hautes Cours politiques en France et à l'étranger et de la mise en accusation du Président de la République et des ministres. Étude de droit constitutionnel et d'histoire politique*, op. cit., p. XV-XVI.

¹¹⁹² Article 9 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 : « Le Sénat peut être constitué en Cour de justice pour juger, soit le Président de la République, soit les ministres, et pour connaître des attentats commis contre la sûreté de l'État » ; Article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 : « Le Président de la République ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés, et ne peut être jugé que par le Sénat. - Les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas, ils sont jugés par le Sénat. - Le Sénat peut être constitué en Cour de justice par un décret du Président de la République, rendu en Conseil des ministres, pour juger toute personne prévenue d'attentat contre la sûreté de l'État ».

¹¹⁹³ A.-E. LAIR, *Des hautes Cours politiques en France et à l'étranger et de la mise en accusation du Président de la République et des ministres. Étude de droit constitutionnel et d'histoire politique*, op. cit., p. XX.

durablement désigner la justice du politique¹¹⁹⁴. La critique ne portera plus sur la nature arbitraire du procès, mais sur l'organe compétent, c'est-à-dire sur le principe même d'une juridiction d'exception¹¹⁹⁵ – même si la doctrine s'accommodera au fil du temps de cette solution¹¹⁹⁶. Ne désignant plus que très incidemment un procès politique arbitraire, la justice politique, quand bien même elle serait rendue par une juridiction d'exception, respecte les formes du procès pénal ordinaire¹¹⁹⁷ – à l'exception notable, toutefois, du droit au recours¹¹⁹⁸.

270. Il convient toutefois de distinguer, au sein de cette acception de la justice politique, d'une part, la *justice politique du politique* et, d'autre part, la *justice pénale du politique*¹¹⁹⁹. Cette dernière, qui apparaît sous la IV^e République¹²⁰⁰, va être à l'origine d'un changement de paradigme quant à la mise en jeu de la responsabilité des gouvernants. L'inefficacité de la responsabilité politique va en effet générer une « criminalisation de la responsabilité des gouvernants »¹²⁰¹, c'est-à-dire que la responsabilité politique va tendre à se dissiper au profit d'une responsabilité que l'on considère soit tout à la fois politique et pénale, soit purement

¹¹⁹⁴ La plupart des ouvrages généraux de droit constitutionnel, sous la III^e République, consacrent des développements sur cette Cour de justice. Ainsi en est-il par exemple de l'ouvrage d'Adhémar Esmein, A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1914, 6^e éd., rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », 2001, p. 1054 *sqq.* Ainsi également du *Traité* de Joseph Barthélemy et Paul Duez qui consacre un chapitre à la justice politique, J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 867-885.

¹¹⁹⁵ Ainsi de Duguit, pour qui le Sénat constitué en Haute-Cour de justice est « une véritable tache dans notre constitution républicaine » en ce qu'il porte atteinte au principe d'égalité devant la loi, L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 3^e éd., E. de Boccard, 1918, p. 471. Barthélemy, quant à lui, en fera l'éloge, considérant que ce type de système préserverait d'une politisation de la justice, J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 867.

¹¹⁹⁶ Selon Georges Burdeau, par exemple, la justice politique « se justifie du triple point de vue de l'intérêt du régime, car on estime que les juges ordinaires n'auraient pas l'indépendance nécessaire à l'égard d'hommes qui ont été au pouvoir ou qui peuvent y revenir, de l'intérêt de la magistrature qui exige qu'elle ne soit pas mêlée aux controverses politiques, de l'intérêt des accusés enfin dont l'activité doit pouvoir être appréciée par un organe compétent pour connaître de toutes les circonstances », G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 18^e éd., 1977, p. 661.

¹¹⁹⁷ « Ces juridictions, en raison de leurs particularités mêmes, ne peuvent pas toujours être saisies de la même manière que les autres, et l'instance s'y déroule avec une physionomie propre. Mais on a tendu de plus en plus à assurer aux justiciables qui comparaissent devant elles des garanties de même ordre que celles du droit commun, sinon toujours exactement semblables », P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁹⁸ Pour Paul Bastid, une telle absence de recours contre les « juridictions politiques » s'explique par le fait qu'elles soient « par essence des juridictions souveraines, au sens étroit et classique du mot, c'est-à-dire qu'elles ne sont subordonnées à aucune autre », *ibid.*, p. 21.

¹¹⁹⁹ À distinguer de la justice pénale internationale que nous écartons de l'analyse.

¹²⁰⁰ Olivier Beaud relève en effet la naissance sous la IV^e République de la distinction entre le crime politique qui existait alors classiquement, souvent qualifié de « haute trahison », et le crime pénal destiné aux ministres, qui ne relève pas pour l'auteur de la justice politique, O. BEAUD, « Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique », art. cité, p. 429-430.

¹²⁰¹ *Ibid.*, p. 419.

pénale¹²⁰². La révision constitutionnelle de 2007¹²⁰³ va à cet égard officialiser la distinction entre responsabilité criminelle et responsabilité politique. En effet, la nouvelle procédure de destitution du Président de la République prévue à l'article 68 de la Constitution remplace l'ancienne « mise en accusation » du chef de l'État en cas « haute trahison », qui peut se voir « jugé » par une « Haute Cour de justice ». La nature politique de cette nouvelle responsabilité est notamment signifiée par le remplacement de la Haute Cour *de justice* par la seule Haute Cour, qui est la réunion du Parlement. S'agissant en revanche de la responsabilité criminelle – dont la Cour de justice de la République créée en 1993¹²⁰⁴ est, pour les membres du gouvernement, l'archétype –, peut-on considérer qu'elle relève de la justice politique ? À cette question, Olivier Beaud répond par la négative. L'auteur relève en effet qu'elle n'est pas une justice politique au sens matériel car elle soumet « les ministres accusés au droit pénal et à la procédure pénale de droit commun »¹²⁰⁵. Certes, elle pourrait être une justice politique au sens formel au regard de sa composition, mais la difficulté tient pour l'auteur à ce que les crimes jugés par la Cour de justice ne sont pas de nature politique, mais bien pénale. La précision est ici fondamentale : historiquement, ce qu'il y a de politique dans la justice du même nom, c'est le crime imputé¹²⁰⁶ : la justice du politique se détourne ainsi du procès politique, d'autant plus que la procédure ne déroge pas aux règles de droit commun¹²⁰⁷.

271. Dans un sens fort différent de celui que nous retiendrons pour caractériser la justice politique appliquée à la justice constitutionnelle, la justice politique désigne donc communément, soit un procès politique – caractérisant une immixtion du politique dans la justice –, soit le jugement du politique – faisant cette fois apparaître au contraire une immixtion de la justice dans le politique. Si ces deux acceptions peuvent selon les circonstances

¹²⁰² Dressant le constat de la disparition de la responsabilité politique sous la V^e République, le doyen Vedel relève : « là où il y eut impérialité [...] [les citoyens] voient, faute d'un aveu, un délit ou un crime ; là où le renvoi du pouvoir aurait été justice, mais qui n'a pas été faite, ils réclament les fers sinon le bourreau », G. VEDEL, « Haute Cour et déficits juridiques », *Le Monde*, 31 octobre 1992, p. 1, cité in C. GUÉRIN-BARGUES, *Juger les politiques ? La Cour de Justice de la République*, Paris, Dalloz, coll. « Droit politique », 2017, p. 82.

¹²⁰³ Loi constitutionnelle n° 2007-238 portant modification du titre IX de la Constitution, *JORF* n° 47 du 24 février 2007.

¹²⁰⁴ Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993, *JORF* n° 172 du 28 juillet 1993.

¹²⁰⁵ O. BEAUD, *Le sang contaminé*, *op. cit.*, p. 83.

¹²⁰⁶ « Quand il y a atteinte à la personne du prince, quand sont en jeu les intérêts de l'État, quand est lésée la majesté du roi, les procès entrent dans la sphère du politique », O. MATTÉONI, « Les procès politiques du règne de Louis XI » in D. SALAS (dir.), *Le procès politique (XV^e-XX^e siècle)*, *op. cit.*, p. 15.

¹²⁰⁷ C'est précisément parce que Olivier Beaud s'attache au critère finaliste de la justice politique – c'est-à-dire à définir la justice politique comme un procès politique – qu'il considère que l'alignement de la procédure « aux règles de la procédure pénale de droit commun » distingue la Cour de justice de la République d'une justice politique, O. BEAUD, *Le sang contaminé*, *op. cit.*, p. 84. L'affaire du sang contaminé est ainsi pour l'auteur un « empiètement de la responsabilité criminelle sur la responsabilité politique », *ibid.*, p. 120-121. Pour une analyse du fonctionnement de la Cour de justice et de ce qui la rapproche d'une juridiction pénale ordinaire, v. C. GUÉRIN-BARGUES, « De la nécessité de supprimer la C.J.R. » in *Juger les politiques ? La Cour de Justice de la République*, *op. cit.*, 2017, p. 13.

coïncider¹²⁰⁸, elles doivent être rigoureusement distinguées. D'abord parce que le procès politique a pour finalité de juger un crime politique qui n'est pas nécessairement commis par une personne exerçant une fonction politique – que l'on songe ainsi au plus anciennement célèbre d'entre eux : le procès de Socrate¹²⁰⁹. Ensuite, et surtout, le procès politique, qu'il désigne un crime ou une procédure politique, se caractérise par sa nature arbitraire. Or, la justice du politique – qu'elle soit politique ou pénale –, si elle est en règle générale exercée par une juridiction d'exception, n'implique nullement un affranchissement des formes et procédures propres à un procès ordinaire. Certes, elle est une justice exceptionnelle, ce qui conduit nombre d'auteurs à se demander si la justice politique ne renvoie pas purement et simplement à une négation du droit¹²¹⁰. Pourtant, exceptionnel ne signifie pas que l'objet ainsi qualifié serait extra-juridique, mais qu'il ne relève pas du droit *commun*. L'exceptionnel est lui aussi encadré par le droit, ce dont attestent du reste les expressions telles que « droit d'exception » ou « justice d'exception ». Aussi la justice du politique, pour exceptionnelle qu'elle soit – puisqu'exercée par une juridiction d'exception – n'en reste-t-elle pas moins encadrée par des règles fixant par avance ses conditions d'exercice.

272. À cet égard, l'évolution de la justice politique en France laisse à voir dans un premier temps un procès politique se justifiant par la nécessité de faire condamner plus sévèrement l'accusé puis, dans un second temps, une justice pénale du politique qui tend, dans une logique diamétralement inverse, à protéger la fonction politique. Dans cette perspective, la justice politique a vocation à être extraite du système juridictionnel ordinaire au profit de juridictions d'exception qui manifestent – ainsi qu'il a pu être remarqué s'agissant de la Cour de justice de la République – une certaine bienveillance à l'égard des accusés¹²¹¹. Il est ainsi possible d'observer un mouvement inverse de l'histoire, puisque « la justice politique a

¹²⁰⁸ Ainsi de la Haute Cour sous la III^e République qui combine une compétence « *rationae personae* : compétence en raison des personnes qu'elle avait à juger » et une « compétence réelle, *rationae materiae*, qui touchait à certains crimes graves », O. BEAUD, « Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique », art. cité, p. 421-422.

¹²⁰⁹ Socrate fut condamné à mort pour impiété et corruption de la jeunesse. V. sur le déroulement de son procès, P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, op. cit., p. 25-44.

¹²¹⁰ Souvent lorsqu'est évoquée la notion de justice politique, se pose la question de savoir si elle se rattache au droit ou si elle en est « la négation, l'oubli, la mise à distance dans son temple même ? N'est-elle qu'un rapport de force déréglé qui emprunterait à la justice seulement quelques-unes de ses formes, sa force symbolique ou son autorité ? L'expression se déroge à chaque tentative de réponse », J.-C. GAVEN, « La répression des criminels de lèse-nation. Aux sources révolutionnaires de la redéfinition de la justice politique », art. cité, p. 25.

¹²¹¹ C'est précisément cette inefficacité à juger le politique qui explique que la Cour de Justice de la République, ainsi que l'a relevé Cécile Guérin-Bargues, fasse l'objet d'une critique unanime de la doctrine, C. GUÉRIN-BARGUES, *Juger les politiques ? La Cour de Justice de la République*, op. cit., p. 14-15. L'auteur plaide à cet égard pour une suppression de cette Cour, en formulant, au terme de son analyse, la conclusion suivante : « la C.J.R., en vingt-cinq ans d'existence, n'est pas parvenue à se construire une légitimité suffisante pour s'inscrire de manière durable dans le paysage institutionnel français. Aux faiblesses d'un statut juridique plus souvent improvisé que véritablement pensé est venu s'ajouter une jurisprudence des plus contestables », *ibid.*, p. 62.

complètement changé de caractère depuis les origines. Autrefois elle était plus rigoureuse que la justice ordinaire. Aujourd'hui, elle l'est au contraire moins »¹²¹².

273. Ces deux principaux présupposés expliquent que justice constitutionnelle et justice politique soient, dans l'ensemble des manuels, présentées comme deux fonctions distinctes¹²¹³. Toutefois, par-delà cette première série d'acceptions, la justice politique a également pu caractériser certaines formes de contrôle de constitutionnalité des lois.

§ 2. – La nature politique du contrôle de constitutionnalité des lois : exemples paradigmatiques

274. En tant qu'elle a pour fonction de contrôler la constitutionnalité des lois, la justice constitutionnelle ne semble pas pouvoir être considérée comme une justice politique. Rares sont en effet les cas où la nature politique du contrôle de constitutionnalité des lois est pleinement assumée par la juridiction elle-même, ou réellement reconnue par la doctrine. Deux exemples paradigmatiques de justice politique retiendront toutefois notre attention. Un exemple historique, d'abord, tendant à fonder la justice politique sur un *critère organique*, avec les Sénats conservateurs des deux Empires (A). Un exemple étranger, ensuite, tendant cette fois à fonder la justice politique sur un *critère fonctionnel*, avec le *judicial review* aux États-Unis (B).

A. Exemple paradigmatique de justice politique dans l'histoire constitutionnelle française : le Sénat conservateur

275. En France, la doctrine a pour habitude de rattacher la nature politique du contrôle de constitutionnalité des lois à la nature de l'organe chargé d'une telle fonction : le contrôle est dès lors qualifié de politique lorsque l'organe est lui-même considéré comme tel¹²¹⁴. Or, que faut-il à cet égard entendre par *organe politique* ? Il nous semble possible d'en relever deux caractéristiques. D'abord, l'organe est considéré comme politique lorsque ses membres sont discrétionnairement nommés par une autorité politique ou lorsqu'ils sont élus. Ensuite, l'organe est dit politique lorsqu'il ne présente pas de garanties suffisantes d'indépendance. Leurs

¹²¹² P. BASTID, *Cours de droit constitutionnel comparé. La justice politique*, op. cit., p. 428.

¹²¹³ De façon significative, le doyen Vedel distinguera sous la IV^e République la Haute cour de justice, « juridiction de caractère politique », du Comité constitutionnel, « juridiction de caractère constitutionnel », G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 539.

¹²¹⁴ V. *infra*, § 295-203.

membres dépendent de ceux qui les nomment ou de ceux qui sont en mesure de les révoquer, si bien que leurs décisions ne sont pas proprement libres.

276. Dans l'histoire constitutionnelle française, les deux Sénats conservateurs, celui du Consulat puis du Premier Empire et celui du Second Empire – dans la plupart des cas critiqués ensemble¹²¹⁵ – offrent un exemple paradigmatique de rejet par la doctrine d'un contrôle de constitutionnalité des lois confié à un organe politique – et qualifié comme tel car satisfaisant aux deux critères précédemment énumérés¹²¹⁶. Ces deux expériences vont en effet discréditer efficacement et durablement l'hypothèse d'une nature politique du contrôle de constitutionnalité des lois. Pourtant, les analyses observées au sein des ouvrages généraux de droit constitutionnel sur les deux sénats s'avèrent critiquables d'un double point de vue. D'une part, l'institution est traitée de façon extrêmement lapidaire : qu'il s'agisse de la première ou de la seconde version, elle n'est évoquée que pour être vivement fustigée¹²¹⁷, sans qu'une analyse véritablement substantielle vienne étayer la démonstration. Considérée comme une institution servile n'ayant jamais véritablement assumé sa fonction de tiers pouvoir – encore moins de contre-pouvoir –, son existence semble suffire à déshonorer le contrôle de constitutionnalité des lois exercé par un organe politique. Les rares études relatives aux sénats impériaux appellent toutefois à davantage de nuance s'agissant notamment du Sénat du Second Empire. En effet, alors qu'elles sont communément traitées ensemble, supposant par-là que leur rôle fut équivalent, la dissemblance entre ces deux institutions s'avère pourtant non négligeable.

1. Le Sénat du Consulat et du Premier Empire

277. S'agissant du Sénat du Consulat et du Premier Empire, la Constitution de l'an VIII prévoyait d'abord un contrôle de constitutionnalité avant – et exclusivement avant – la

¹²¹⁵ Ainsi par exemple, à propos du Sénat du Second Empire : « L'institution a fourni en ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité, les mêmes résultats médiocres que sous le Consulat et le Premier Empire », J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 206 ; « Le second Sénat ne censurera pas plus les illégalités que ne l'avait fait le premier », L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Paris, Fayard, 1987, p. 47.

¹²¹⁶ Par exemple, Alain Laquière qualifie le Sénat impérial d'« organe politique » dans la mesure où « les membres, nommés discrétionnairement par l'Empereur, étaient, à divers titres, des obligés du pouvoir », A. LAQUIÈRE, « 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. 156.

¹²¹⁷ Dans sa thèse consacrée au Sénat du Consulat et de l'Empire, Clémence Zacharie relève ainsi que l'absence d'intérêt doctrinal pour cette institution s'explique dans une assez large mesure par le discrédit jeté depuis toujours sur lui, en raison de sa trop grande complaisance envers Bonaparte, C. ZACHARIE, *Le Sénat du Consulat et de l'Empire, contribution à l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois en France*, Thèse dactyl, Paris II, 2004, p. 13-14. Le même constat a pu être dressé s'agissant du Sénat du Second Empire, qui « fait l'objet d'appréciations toujours négatives et énoncées le plus souvent en termes très sévères », A. ASHWORTH, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire », *RDP*, 1994, p. 47.

promulgation des lois, dits « décrets du Corps législatif »¹²¹⁸. « C'était le corps suprême de l'État, mais un corps sans action, sans contact avec la vie, opérant comme dans le vide »¹²¹⁹ : c'est en raison de sa singulière inefficacité que Maurice Deslandres formule sa violente diatribe contre cette première tentative de contrôle de constitutionnalité des lois depuis la Révolution française. L'institution est d'abord critiquée quant à son mode de nomination : composée au commencement de soixante membres nommés pour partie par Sieyès et Roger-Ducros, consuls mais également membres de droit du Sénat, et pour partie choisis par les membres eux-mêmes. De nouveaux membres étaient ensuite nommés par le Sénat lui-même sur proposition du Corps législatif, du Tribunat et du Premier consul, mais le nombre de membres – inamovibles et nommés à vie – ne pouvait excéder quatre-vingts¹²²⁰. Elle est critiquée, ensuite, pour son inefficacité qui, outre son absence d'indépendance, s'explique par son mode de saisine : elle ne pouvait en effet dans un premier temps être saisie que par le Tribunat ou le gouvernement¹²²¹, puis par le seul gouvernement – qui, au passage, était à l'initiative des lois – à partir de la suppression du Tribunat en 1807. Sans surprise, le Sénat ne fut jamais saisi. Ainsi, celui qui, par ses attributions constitutionnelles, aurait pu tenir lieu de « titulaire suprême de la souveraineté »¹²²², s'est limité par lui-même à un rôle relativement insignifiant. Maurice Deslandres, qui fut l'un des rares auteurs à lui consacrer plus de quelques lignes, lui réglera toutefois son sort : « Il était écrit dans la Constitution, il y figurait, mais c'était comme une de

¹²¹⁸ Article 37 de la Constitution du 22 Frimaire an VIII : « Tout décret du Corps législatif, le dixième jour après son émission, est promulgué par le Premier consul, à moins que, dans ce délai, il n'y ait eu recours au Sénat pour cause d'inconstitutionnalité. Ce recours n'a point lieu contre les lois promulguées ».

¹²¹⁹ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Tome I : *De la fin de l'Ancien Régime à la chute de l'Empire (1789-1815)*, Paris, Édouard Duchemin, 1977, p. 451.

¹²²⁰ Article 15 de la Constitution du 22 Frimaire an VIII : « Le Sénat conservateur est composé de quatre-vingts membres, inamovibles et à vie, âgés de quarante ans au moins. - Pour la formation du Sénat, il sera d'abord nommé soixante membres : ce nombre sera porté à soixante-deux dans le cours de l'an VIII, à soixante-quatre en l'an IX, et s'élèvera ainsi graduellement à quatre-vingts par l'addition de deux membres en chacune des dix premières années » ; Article 16 de la Constitution du 22 Frimaire an VIII : « La nomination à une place de sénateur se fait par le Sénat, qui choisit entre trois candidats présentés, le premier par le Corps législatif ; le second, par le Tribunat ; et le troisième par le Premier consul. - Il ne choisit qu'entre deux candidats, si l'un d'eux est proposé par deux des trois autorités présentes : il est tenu d'admettre celui qui serait proposé à la fois par les trois autorités ». Ces règles furent par la suite modifiées par la Constitution de l'an X (senatus-consulte du 14 thermidor an X), ne permettant plus de nominations autres que celles proposées par le Premier consul.

¹²²¹ Article 21 de la Constitution du 22 Frimaire an VIII : « Il maintient ou annule tous les actes qui lui sont déferés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le gouvernement : les listes d'éligibles sont comprises parmi ces actes ».

¹²²² Comme le relève Maurice Deslandres, « le Sénat était le conservateur de la Constitution. Tous les actes de tous les corps politiques, et les listes de confiance elles-mêmes, pouvaient, soit par le Tribunat, soit par le Corps législatif, lui être déferés comme inconstitutionnels [...]. Comme il était le créateur des corps politiques, il était leur censeur. Il ne pouvait d'ailleurs que maintenir ou annuler leurs actes, il ne pouvait pas les réformer. A ces deux titres, le Sénat apparaissait comme le titulaire suprême de la souveraineté. Mais là s'arrêtait son pouvoir. Il n'exerçait lui-même aucune fonction positive et ne participait à aucune [...]. Il ne faisait aucun acte positif, sauf dans le domaine constitutionnel », M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Tome I : *De la fin de l'Ancien Régime à la chute de l'Empire (1789-1815)*, op. cit., p. 450.

ces pièces de musée dont on ne se sert jamais. Il fait le bonheur des théoriciens du droit constitutionnel qui bâtissent des systèmes sur la constitutionnalité des lois. La vie, bien différente de la théorie, montre que c'était une institution de parade. Ce pouvoir était bien trop fort et trop arbitraire pour que le Sénat s'aventurât à en faire usage »¹²²³.

278. Dans ces conditions, n'y a-t-il pas, à l'égard de ce premier Sénat conservateur, une importante contradiction dans l'analyse ? La doctrine affirme en effet tout à la fois l'inefficacité du contrôle de constitutionnalité des lois – se traduisant par une totale inaction en la matière – et l'existence d'une justice politique. La contradiction n'est en réalité qu'apparente, à condition de dissiper une confusion : l'accusation de justice politique ne vise pas le contrôle de constitutionnalité. Elle *ne peut en aucune façon* le viser, car on ne peut dire d'un contrôle inexistant qu'il serait trop politique. Ce qui peut être qualifié de politique, ce sont les autres attributions du Sénat en matière constitutionnelle, et notamment celle par laquelle il revêt l'habit de constituant. Parmi les actes édictés par le Sénat conservateur¹²²⁴, la pratique va en effet l'autoriser à adopter des sénatus-consultes. Or, le premier de ceux-ci – et le plus emblématique d'un Sénat conservateur auto-proclamé constituant – est le sénatus-consulte du 15 nivôse an IX, que l'institution n'était au reste pas autorisée à prendre, la Constitution de l'an VIII ne lui conférant compétence que pour contrôler la constitutionnalité des différents corps politiques¹²²⁵. Validant comme constitutionnel l'acte de gouvernement du 14 nivôse an IX visant à réprimer les jacobins accusés d'être à l'origine de l'attentat de la rue Saint-Nicaise¹²²⁶ – acte pourtant indéniablement inconstitutionnel – les sénateurs en profitèrent pour préciser par ce sénatus-consulte que le Sénat exprime « le désir et la volonté du peuple »¹²²⁷. Par cette affirmation, il a pu être considéré, reprenant la thèse de Philippe Blachère relative au Conseil constitutionnel, que le Sénat conservateur invite à repenser la place de la loi en tant

¹²²³ *Ibid.*, p. 606.

¹²²⁴ La thèse de Clémence Zacharie offre, en annexe, une liste exhaustive et précieuse de l'ensemble des actes adoptés par le Sénat conservateur du Consulat et du Premier Empire, C. ZACHARIE, *Le Sénat du Consulat et de l'Empire, contribution à l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois en France*, *op. cit.*, p. 473-486.

¹²²⁵ *Ibid.*, p. 162.

¹²²⁶ À la suite de cet attentat – complot de royalistes visant à assassiner le Premier consul Napoléon Bonaparte –, le gouvernement, croyant à un attentat perpétré par des jacobins, fit le choix de les réprimer par un arrêté consulaire « solution qui permettait de placer la mesure hors atteinte du pouvoir législatif et de protéger le gouvernement contre tout recours en inconstitutionnalité », S. VELLE, « Une Constitution trop “vivante” ? Heurs et malheurs de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) », *Napoleonica. La Revue*, n° 33, 2019, p. 56. V. également sur cet attentat et le sénatus-consulte du 15 nivôse an IX, C. ZACHARIE, *Le Sénat du Consulat et de l'Empire, contribution à l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois en France*, *op. cit.*, p. 145-164.

¹²²⁷ « Considérant que la constitution n'a point déterminé les mesures de sûreté nécessaires à prendre en un cas de cette nature ; que, dans ce silence de la constitution et des lois sur les moyens de mettre un terme à des dangers qui menacent chaque jour la chose publique, le désir et la volonté du peuple ne peuvent être exprimés que par l'autorité qu'il a spécialement chargée de conserver le pacte social, et de maintenir ou d'annuler les actes favorables ou contraires à la charte constitutionnelle », Sénatus-consulte du 15 nivôse an IX in A. GABOURG, *Histoire de la Révolution et de l'Empire*. Tome I : *Consulat*, Paris, Jacques Lecoq et C^{ie}, 1849, p. 467-468.

qu'expression de la volonté générale¹²²⁸. Ce rôle politique sera par la suite confirmé par la Constitution de l'an X, qui rendra explicitement possible l'adoption par le Sénat de sénatus-consultes organiques¹²²⁹, dénomination attestant de « l'action constituante du Sénat »¹²³⁰. Caustique jusqu'à sa chute, le Sénat adoptera avant de disparaître, en 1814, un décret portant déchéance de l'Empereur Napoléon¹²³¹ ; déchéance justifiée par les nombreuses illégalités commises par lui, avec le soutien...du Sénat.

2. *Le Sénat du Second Empire*

279. Autrement plus sérieux dans son activité de contrôle, le Sénat du Second Empire ne sera pourtant, à son tour, pas épargné par les critiques doctrinales. Son rôle ne sera toutefois pas comparable, même si certaines de ses attributions seront reprises à l'identique¹²³². D'abord, à la différence de son ancêtre, sa saisine est obligatoire avant la promulgation des lois : toutes les lois se voyaient ainsi soumises à son contrôle¹²³³. Ensuite, lors de son contrôle, le Sénat est invité à confronter les lois à des principes constitutionnels, ainsi qu'à différents droits et libertés¹²³⁴ : pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle, les lois seront ainsi confrontées aux droits fondamentaux¹²³⁵. À cet égard, dans une étude approfondie de cette institution, Antoinette Ashworth relève que le Sénat du Second Empire aura une vision

¹²²⁸ « Comme le Conseil constitutionnel par la suite, le Sénat participe à la reconsidération du principe légicentriste organisant alors la France. Celle-ci ne se traduit pas nécessairement par l'anéantissement du rôle du législateur, mais par une relativisation de son rôle ; la loi n'est alors plus *qu'une* expression de la volonté générale qui repose désormais sur ce socle qu'est la constitution », C. ZACHARIE, *Le Sénat du Consulat et de l'Empire, contribution à l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois en France*, op. cit., p. 29.

¹²²⁹ Article 54 du Sénatus-consulte organique de la Constitution du 16 thermidor an X : « Le Sénat règle par un sénatus-consulte organique, -1° La constitution des colonies ; -2° Tout ce qui n'a pas été prévu par la Constitution, et qui est nécessaire à sa marche ; -3° Il explique les articles de la Constitution qui donnent lieu à différentes interprétations ».

¹²³⁰ C. ZACHARIE, *Le Sénat du Consulat et de l'Empire, contribution à l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois en France*, op. cit., p. 104.

¹²³¹ *Archives parlementaires*, Tome XII, p. 10, cité in M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Tome I : *De la fin de l'Ancien Régime à la chute de l'Empire (1789-1815)*, op. cit., p. 627-628.

¹²³² Ainsi de sa fonction constituante par l'édition de sénatus-consultes telle qu'issue explicitement de la Constitution de l'an X. L'article 27 de la Constitution du 14 janvier 1852 reproduit presque identiquement l'article 54 de la Constitution de l'an X : « Le Sénat règle par un sénatus-consulte : 1° La constitution des colonies et de l'Algérie ; 2° Tout ce qui n'a pas été prévu par la Constitution et qui est nécessaire à sa marche ; 3° Le sens des articles de la Constitution qui donnent lieu à différentes interprétations ».

¹²³³ Aux termes de l'article 25 de la Constitution du 14 janvier 1852 : « Le Sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise ».

¹²³⁴ Article 26 de la Constitution du 14 janvier 1852 : « Le Sénat s'oppose à la promulgation. - 1° Des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la Constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'inamovibilité de la magistrature ; 2° De celles qui pourraient compromettre la défense du territoire ».

¹²³⁵ A. ASHWORTH, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire », art. cité, p. 53. L'auteur précise que la morale ou la religion ne seront en revanche jamais invoquées pour contester la conformité d'une loi.

extensive de la Constitution, étendue à un « bloc de constitutionnalité » : les sénateurs vont par exemple déduire de l'article 1er de la Constitution, selon lequel « la Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français », un certain nombre d'autres principes¹²³⁶ que seule une interprétation extensive de la Constitution permettait de dégager. Certes, le Sénat n'opposa au cours de son activité qu'un seul refus de promulgation d'une loi¹²³⁷ ; loi qui du reste était d'importance mineure¹²³⁸. Son manque d'audace était à cet égard accentué par le fait qu'il ne pouvait refuser de promulguer une partie seulement de la loi, sa censure ne pouvant s'appliquer qu'à la loi dans son intégralité¹²³⁹ ; aussi se trouvait-il, ainsi que l'avait relevé un sénateur, « entre l'impuissance et une folie »¹²⁴⁰.

280. Toutefois, là encore, s'il manquait d'audace, son contrôle de constitutionnalité pourrait difficilement être qualifié de politique. Or, en l'occurrence, une telle nature politique tient à ce que l'on reprochera au Sénat de ne pas se limiter à un contrôle de la constitutionnalité de la loi – contrôle qui serait, selon un présupposé contestable, strictement juridique – mais également à une appréciation « de leur opportunité, de leur valeur intrinsèque », conduisant « à s'ériger en une véritable seconde Chambre législative »¹²⁴¹. Concrètement, les délibérations étaient en effet très approfondies, révélant la volonté de l'institution d'assumer le rôle d'une véritable assemblée parlementaire. Toutefois, les débats n'étaient ni purement juridiques, ni purement politiques : ils mêlaient arguments juridiques – manifestement de qualité en raison de la présence de nombreux parlementaires, magistrats et conseillers d'État¹²⁴² – et arguments

¹²³⁶ Aux termes de l'analyse des procès-verbaux opérée par l'auteur, figurent au nombre des « grands principes proclamés en 1789 » : l'inviolabilité de la propriété, le principe d'égalité des citoyens devant la loi et la liberté individuelle, le principe de non rétroactivité des lois, le principe selon lequel tout citoyen doit consentir l'impôt, le principe de la liberté municipale, le principe de séparation des pouvoirs, le jury en matière criminelle, le respect des droits de la défense, *ibid.*, p. 58.

¹²³⁷ Le Sénat refusa en effet en 1856 la promulgation d'une loi mettant en cause ce que l'on qualifie aujourd'hui de principe de légalité de l'impôt, c'est-à-dire qui autorisait la fixation de la quotité de l'impôt par décret. Le projet de loi était relatif à l'autorisation de l'établissement d'une taxe municipale sur les voitures et chevaux circulant à Paris, *ibid.*, p. 75-76.

¹²³⁸ Cette loi étant d'assez peu d'importance, « ce seul refus de promulgation ne fut interprété par personne comme le début d'une ère où le contrôle pourrait aboutir à censurer des projets de loi », A. ASHWORTH, *ibid.*, p. 98.

¹²³⁹ *Ibid.*, p. 96-97. « Cela contribue, précise l'auteur, à donner aux comportements des sénateurs ce caractère peu glorieux qui consistait à contester la conformité du projet de loi à la Constitution pour finir par admettre sa promulgation », *ibid.* p. 97.

¹²⁴⁰ Formule prononcée par le comte de Ségur-d'Aguesseau, cité in A. ASHWORTH, *ibid.*, p. 97 et note 276.

¹²⁴¹ M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Tome II : *De la chute de l'Empire à l'avènement de la Troisième République (1815-1870)*, Paris, Armand Colin-Sirey, 1932, p. 564.

¹²⁴² Débats juridiques de qualité jusqu'en 1867, précise Antoinette Ashworth : « À partir de l'adoption du sénatus-consulte du 14 mars 1867 permettant au Sénat de renvoyer une loi pour une nouvelle délibération au Corps législatif, les discussions sur le point de savoir si la loi était ou non conforme à la Constitution ont quasiment disparu. C'est surtout de l'opportunité de cette nouvelle délibération dont il fut question, alors que le sénatus-consulte n'avait pas supprimé pour autant la mission assignée au Sénat de s'opposer à la promulgation de la loi

d'opportunité¹²⁴³. Aussi doit-on conclure, s'agissant de la nature du contrôle, à « l'imbrication de ses caractères juridique et politique », qui en fait un « contrôle hybride »¹²⁴⁴. L'étude des procès-verbaux établit non seulement à cet égard que le contrôle de l'opportunité est explicitement exprimé par les sénateurs¹²⁴⁵, mais également, de façon plus spectaculaire, que le Sénat n'hésitait pas à voter lui-même certaines lois – dites « lois votées par le Sénat »¹²⁴⁶. Outre ce contrôle de fond, la singularité des aspects procéduraux s'avère plus illustrative encore du pouvoir politique du Sénat : les décisions étaient en effet adoptées par un *vote non motivé* – symbole type, s'il en est, de décision politique – en dépit d'une possible publicité des débats¹²⁴⁷.

281. Politique, le contrôle de ce second Sénat ? Indéniablement. Inféodé à l'Empereur ? Ici, la réponse appelle davantage de réserves que celle qui est habituellement formulée de façon catégorique. Une telle prise de liberté quant à l'appréciation de l'opportunité des lois n'était pas sans susciter l'ire de l'Exécutif, qui reprochait au Sénat de ne pas « se borner à la question de constitutionnalité » mais d'apprécier au surplus « le mérite même des dispositions de loi »¹²⁴⁸. Tout cela ne doit toutefois pas conduire à exagérer le rôle de l'institution : quoique substantiel, son contrôle n'en a pas moins été concrètement inefficace, puisque « jamais le Sénat ne censura aucun projet de loi de portée nationale », si bien que « les points de vue exprimés au cours des débats relatifs à la conformité des lois à la Constitution n'eurent aucune conséquence »¹²⁴⁹.

282. Véritable épouvantail constitutionnel, le Sénat conservateur – qui, dans sa première comme dans sa deuxième version, ne conservait rien, ou pas grand-chose – fut donc la première expérience de ce que l'on a appelé la *justice politique* en matière de contrôle de constitutionnalité. Son souvenir autorisera alors les auteurs des traités et manuels de droit constitutionnel à opposer avec assez peu de nuance le contrôle politique du contrôle juridique – juridique parce qu'effectué par un organe juridictionnel. Sous la III^e République, par

pour cause d'inconstitutionnalité », A. ASHWORTH, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire », art. cité, p. 67 et note 108.

¹²⁴³ « Même lorsqu'ils étaient animés par la volonté de s'opposer à un projet de loi pour des considérations exclusivement politiques, les sénateurs devaient mouler leur argumentation dans une forme juridique, fût-elle en trompe-l'œil. Les arguments de pure opportunité ne pouvaient donc occuper, loin s'en faut, l'essentiel du débat », *ibid.*, p. 66-67.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, p. 62.

¹²⁴⁵ Comme l'a relevé Antoinette Ashworth, « les sénateurs affirmèrent que, non seulement ils pouvaient, mais qu'ils devaient indiquer au Gouvernement “les vues qui leur paraissent utiles” », *ibid.*, p. 60.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, p. 60.

¹²⁴⁷ *Ibid.*, p. 98.

¹²⁴⁸ Note du gouvernement au *Moniteur* le 9 juillet 1852, M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Tome II : *De la chute de l'Empire à l'avènement de la Troisième République (1815-1870)*, op. cit., p. 565.

¹²⁴⁹ A. ASHWORTH, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire », art. cité, p. 88.

exemple, l'on sait que la doctrine défendait la possibilité pour l'ensemble des tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois par voie d'exception¹²⁵⁰ : c'est précisément ce que la doctrine appelle la solution juridique, ou solution juridictionnelle, et qu'elle oppose à la solution politique. Le Sénat conservateur est alors immanquablement pris en exemple, et sa seule évocation suffit à frapper d'anathème le contrôle de la conformité des lois à la constitution exercé par une institution spéciale¹²⁵¹. Ce contrôle *a priori* est en effet considéré comme conduisant inéluctablement à un contrôle politique : « toute intervention, affirme Hauriou, quelle qu'elle soit, se produisant au moment de la confection de la loi, pour en empêcher ou simplement en retarder la force exécutoire, risque de provoquer les pires conflits, parce qu'elle heurte le Parlement dans la chaleur de l'action »¹²⁵². Le contrôle *a priori* est source de conflits, et ce conflit entre le parlement et le juge ne peut être que politique, c'est la raison pour laquelle il faut l'éviter. C'est donc dans ce cadre que le doyen Hauriou condamne le Sénat conservateur en tant qu'organe politique : il faut un véritable juge¹²⁵³ ; juge qui doit du reste se voir enfermé « rigoureusement dans le contentieux » pour ne pas risquer, lui aussi, de jouer un rôle politique¹²⁵⁴. Il semble pourtant qu'un tel risque soit pour la doctrine écartée par la seule existence d'un juge : celui-ci est en effet par nature indépendant, et la procédure juridictionnelle – à travers la publicité, le contradictoire, la motivation notamment – permet un contrôle opéré en droit et non en opportunité¹²⁵⁵. Cette opposition du contrôle politique et du contrôle juridictionnel restera durablement enracinée dans la pensée juridique, sous la

¹²⁵⁰ V. *supra*, § 110 *sqq.*

¹²⁵¹ Duguit l'affirme sans ambages : « Au reste, l'expérience qui a été faite en France même d'un *sénat conservateur*, chargé d'apprécier la constitutionnalité des lois, sous le Consulat, le premier et le second Empire, paraît suffisante pour qu'on ne tente point de rétablir un pareil système », L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 304.

¹²⁵² M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2015, p. 267.

¹²⁵³ « Un organe politique statuant sur la constitutionnalité des lois et indépendant serait beaucoup trop puissant, il serait maître du gouvernement. Cette expérience condamne absolument le système du contrôle de constitutionnalité par un organe politique, parce qu'il faut que le contrôle de constitutionnalité soit à la fois indépendant et inoffensif pour le gouvernement », M. HAURIOU, *ibid.*, p. 268.

¹²⁵⁴ *Ibid.*, p. 268. Barthélemy et Duez dressent le même constat : « ce système du contrôle politique de la constitutionnalité, consacré dans nos deux constitutions césariennes, n'a guère donné de résultat et n'a fourni aucune garantie sérieuse contre les usurpations législatives et gouvernementales. La difficulté consiste, pour obtenir un rendement satisfaisant, à assurer l'indépendance effective vis-à-vis du parlement et du gouvernement de l'organe politique qui se prononce sur la constitutionnalité des actes. Notre organisation constitutionnelle actuelle n'a vraisemblablement rien à glaner dans cette voie, que nul, aujourd'hui, ne songe à prendre », J. BARTHÉLEMY, P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 206-207.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, p. 207.

IV^e République¹²⁵⁶, mais également sous la V^e République¹²⁵⁷. Pourtant, par trop simplificatrice s'agissant du Sénat conservateur, cette opposition étanche du politique et du juridique le sera davantage encore par la suite. Par-delà cet aperçu historique, la nature politique du contrôle de constitutionnalité s'illustre avec éclat aux États-Unis.

B. Exemple paradigmatique de justice politique en droit comparé : la Cour suprême des États-Unis

283. D'un « spectre »¹²⁵⁸ à une « “tarte à la crème” du constitutionnalisme français classique »¹²⁵⁹, pour enfin devenir une « question à dissoudre »¹²⁶⁰, le gouvernement des juges a fait son chemin. Expression employée en France pour la première fois par Édouard Lambert pour qualifier la Cour suprême des États-Unis durant les premières décennies du XX^e siècle¹²⁶¹, elle est pourtant considérée par la doctrine américaine comme propre à la culture juridique française et révélatrice de cette même culture¹²⁶². Léo Hamon a ainsi pu relever que le gouvernement des juges était une obsession très française¹²⁶³. Désignant des juges qui outrepasseraient leur office en décidant à la place du politique, le « gouvernement des juges » n'est pourtant qu'une autre façon – quelque peu maladroite, du reste – de désigner une justice politique. Or, en la matière, la Cour suprême des États-Unis fait figure d'exemple paradigmatique. Quelle juridiction manifesterait en effet de façon plus éclatante que la Cour

¹²⁵⁶ « Théoriquement, l'Assemblée chargée du contrôle de constitutionnalité doit se comporter en juge et dire si la loi est ou non conforme à la Constitution, ce qui est une question de droit. Mais (l'exemple du Sénat de 1852 le prouve), l'organe chargé du contrôle en vient très vite à juger l'utilité des lois, leur valeur pratique. De *juge* chargé d'apprécier la *constitutionnalité* de la loi, il se faisait *législateur*, chargé d'en apprécier l'*opportunité* », G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 125.

¹²⁵⁷ C'est ce qui explique, nous le verrons, que le critère de la nature de l'organe soit en général le seul mobilisé pour trancher la question de la nature du contrôle de constitutionnalité des lois opéré par le Conseil constitutionnel, v. *infra*, § 299-302.

¹²⁵⁸ J. RIVERO, « Des juges qui ne veulent pas gouverner. Note sous CC, 74-54 DC du 15 janvier 1975 », *AJDA*, 1975, p. 137.

¹²⁵⁹ L. FAVOREU, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 154.

¹²⁶⁰ D. de BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 973.

¹²⁶¹ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. Paris, Dalloz, 2005.

¹²⁶² M. H. DAVIS, « A Government of Judges: An Historical Re-View », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 35, 1987, p. 559. Cela ne signifie pas, toutefois, que l'expression soit étrangère au vocabulaire américain. Idris Fassassi a au contraire relevé que que l'expression « *government by judges* » a été employé pour la première fois en 1891 et sera ensuite, avec celle de « *government by judiciary* », employée à plusieurs reprises au début du XX^e siècle, I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2017, p. 25-26, note 126. V. également, L. PECH, « Le remède au gouvernement des juges : le *judicial self-restraint* ? » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 64-65.

¹²⁶³ L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, *op. cit.* p. 103-104.

suprême son pouvoir politique ? La chose est entendue : « nulle civilisation n'a porté le pouvoir judiciaire aussi haut où les Américains l'ont placé »¹²⁶⁴. Aussi le fait que l'expression de gouvernement des juges ne soit plus guère employée par la doctrine américaine contemporaine ne doit-il nullement être interprété comme un effacement de la justice politique. Il s'agit plutôt, ainsi que l'a soutenu Idris Fassassi de façon singulièrement convaincante, d'un glissement terminologique : le « gouvernement des juges » est simplement désormais désigné par l'expression « d'activisme juridictionnel »¹²⁶⁵. Or, par-delà leurs connotations propres, gouvernement des juges et activisme juridictionnel ont en commun de signaler la nature politique du contrôle, aussi bien, conséquemment, que son influence politique au sein du système institutionnel. Sa nature politique se déduit en l'occurrence *ipso facto* de la fonction de contrôle de constitutionnalité des lois : une telle fonction est *nécessairement* politique, peu importe que l'organe soit juridictionnel ou non. L'on voit combien ici le raisonnement diffère de celui qui conduisait à voir dans le Sénat conservateur un modèle de justice politique : alors que la nature politique de ce dernier était justifiée par l'existence d'un *organe politique*, l'exemple américain permet d'envisager un contrôle politique exercé par un *organe juridictionnel*. Le contrôle de constitutionnalité des lois est politique par sa nature même, et cette fonction politique des juges – et singulièrement de la Cour suprême – n'est nullement niée.

284. En effet, alors que d'aucuns ont pu parler explicitement de « la fin du gouvernement des juges »¹²⁶⁶, il apparaît au contraire que la juridictionnalisation croissante du droit constitutionnel américain¹²⁶⁷ a accompagné un renforcement de la justice politique. Ce rôle politique de la Cour suprême dans sa fonction de contrôle de constitutionnalité des lois se singularise par la structure fédérale des États-Unis, laquelle donne lieu au contrôle de deux types de lois : les lois étatiques – contrôle vertical – et les lois fédérales – contrôle horizontal.

¹²⁶⁴ E. ZOLLER, « États-Unis (Culture juridique) » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 656.

¹²⁶⁵ I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 25-26, note 126.

¹²⁶⁶ R. PINTO, « La fin du gouvernement des juges », *RDJ*, 1950, p. 833.

¹²⁶⁷ Pour illustrer cette emprise croissante du juge, Larry Kramer donne l'exemple de l'arrêt *Bush v. Gore* rendu par la Cour suprême le 12 décembre 2000, par laquelle la Cour Suprême a mis un terme aux décomptes des voix en Floride, permettant subséquemment la victoire – qui n'était pas si évidente au regard du nombre de voix – de Bush. L'auteur relève qu'une telle décision eût été impensable un siècle plus tôt et révèle une très large acceptation par les politiques ainsi que l'opinion publique des décisions de la Cour suprême, L. KRAMER, « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle », *RDJ*, trad. V. Fouache, 2005, p. 1040-1041. Sur cet arrêt V. notamment, V. MICHELOT, « La Cour suprême dans Bush c. Gore : du conflit entre droit et politique », *Revue française d'études américaines*, n° 90, 2001, p. 61 ; M. ROSENFELD, « Bush contre Gore : trois mauvais coups portés à la Constitution, à la Cour et à la Démocratie », *CCC*, n° 13, 2003 [en ligne] ; J. BOUDON, D. MONGOIN, « L'arrêt Bush v. Gore de la Cour suprême des États-Unis (12 décembre 2000) », *RDJ*, 2008, p. 1101 ; I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 262-268.

Chacun de ces contrôles confère à la Cour suprême un avantage particulier : alors que le contrôle vertical opéré sur les lois étatiques permet une emprise du pouvoir judiciaire sur les autres pouvoirs fédéraux¹²⁶⁸, le contrôle horizontal des lois fédérales permet quant à lui une emprise du pouvoir judiciaire fédéral sur les États fédérés, et donc une vision plus stricte du fédéralisme¹²⁶⁹. À l'égard de ce dernier contrôle et des conséquences politiques qui en découlent, il n'est pas anodin que la décision *Marbury v. Madison* rendue en 1803¹²⁷⁰ – marquant la date de naissance du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis¹²⁷¹ – ait été rendue précisément dans l'objectif de renforcer le fédéralisme¹²⁷², au point que Jefferson ait pu parler à la suite de cette décision d'un « retranchement des fédéralistes dans le pouvoir judiciaire »¹²⁷³. À partir de l'affirmation du *Chief Justice* Marshall selon laquelle « un acte de législature, contraire à la constitution, est nul »¹²⁷⁴, le rôle de la Cour suprême est d'autant plus prépondérant que son interprétation de la Constitution s'impose tout à la fois aux organes fédéraux – dont il fait partie,

¹²⁶⁸ Ainsi que le relève Idris Fassassi, le contrôle des lois fédérales pose davantage de problèmes de légitimité, dans la mesure où elle heurte un autre pouvoir fédéral. Au contraire, le contrôle des lois fédérées apparaît pour ainsi dire évident, car nécessaire à la préservation de la structure fédérale de l'État, « il semble plus traduire la suprématie de l'État fédéral que la suprématie du pouvoir judiciaire en elle-même », I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 31.

¹²⁶⁹ L'exemple emblématique – et fort controversé – de cette vision du fédéralisme s'illustre dans la célèbre – et très politique – décision *Bush v. Gore* de 2000, puisqu'il a pu être jugé que la Cour suprême « s'est retournée contre l'un des principes fondamentaux du fédéralisme américain, à savoir celui selon lequel les cours des États ont la compétence générale d'interprétation des lois des États et que les tribunaux fédéraux – en ce compris la Cour suprême des États-Unis – doivent respecter les interprétations de droit d'un État décidées par les cours de cet État », M. ROSENFELD, « Bush contre Gore : trois mauvais coups portés à la Constitution, à la Cour et à la Démocratie », art. cité [en ligne].

¹²⁷⁰ U.S. Supreme Court, 5 U.S. 137 (1803), *William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*, February Term, 1803.

¹²⁷¹ Bien que cette décision ne fût pas à l'époque remarquée pour cela. Comme le relève en effet Jacques Lambert : « Le procédé employé par Marshall dans cette affaire sans importance était un peu trop subtil, pour que l'opinion contemporaine se souciât d'y rechercher, pour s'en réjouir ou s'en indigner, tout ce qu'il y avait mis. C'est très postérieurement que des juges et des juristes à la recherche de précédents, ont attribué à cette décision, dans l'évolution du droit constitutionnel américain et même de la formation de la nation, une importance qu'elle n'avait pas lorsqu'elle fut rendue », J. LAMBERT, « Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux États-Unis. *Marbury v. Madison* », *RDP*, 1931, p. 63-64. Les conséquences de *Marbury v. Madison* ne se manifesteront qu'à partir de la fin du XIX^e siècle, période durant laquelle la Cour suprême « invalide [...] un nombre croissant de lois dans des matières de plus en plus sensibles, et s'expose en conséquence à des critiques de plus virulentes ». L'arrêt *Marbury* va alors permettre à la Cour suprême de justifier le « pouvoir de *judicial review* » par le biais de son ancrage dans les premiers jours de la République, ainsi que par la référence à la figure révéérée de John Marshall », I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 81.

¹²⁷² Cette décision est en effet marquée par un bras de fer entre le Président Jefferson, républicain sorti victorieux des élections de 1800, et le Chief Justice Marshall, fervent fédéraliste. V. pour une analyse approfondie de cet arrêt, E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2010, p. 1-28 ; I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 53-130. V. également, E. ZOLLER, « Les deux Constitutions de John Marshall : une relecture de l'arrêt *Marbury v. Madison* », *RFDC*, n° 123, 2020, p. 521.

¹²⁷³ J. LAMBERT, « Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux États-Unis. *Marbury v. Madison* », art. cité, p. 26.

¹²⁷⁴ *Ibid.*, p. 49.

ce qui n'est évidemment pas sans poser de difficultés quant à sa posture d'arbitre – et aux États fédérés. Toutefois, outre les spécificités procédant du fédéralisme, le pouvoir politique du juge se singularise également par le fait que, « dans la tradition de *common law*, le juge est profondément lié à la société dans laquelle il exerce son office, à la différence de la tradition civiliste où la justice est avant tout un appareil de l'État »¹²⁷⁵. Aussi la justice apparaît-elle aux États-Unis comme un « droit d'abord conçu comme un droit des citoyens pour se défendre de la toute-puissance de l'État », au contraire des « pays de droit romano-germanique comme la France » où la justice est un « droit d'abord associé à l'État »¹²⁷⁶.

285. Il découle ainsi inévitablement de l'expansion du contrôle de constitutionnalité des lois un débat toujours plus croissant aux États-Unis sur la légitimité du juge, laquelle est toujours envisagée dans sa confrontation avec la démocratie, qui « est devenue une véritable “obsession doctrinale” »¹²⁷⁷. Néanmoins, l'importance de ces débats doit être relativisée d'un double point de vue. D'abord, les critiques relatives au rôle politique de la Cour suprême demeurent relativement mesurées, puisqu'elles ne remettent pas radicalement en cause le contrôle de constitutionnalité des lois dans son principe même – sauf rares quoique notables exceptions¹²⁷⁸. Ensuite, les controverses doctrinales suscitées par l'influence croissante de la Cour suprême ne portent pas sur la reconnaissance ou non d'un pouvoir politique, mais sur la légitimité d'un tel pouvoir. Autrement dit, ce qui distingue radicalement la doctrine française de la doctrine américaine est que cette dernière ne soulève pas la question même de savoir si la justice constitutionnelle est ou non politique¹²⁷⁹ : la réponse à cette question étant largement

¹²⁷⁵ M.-C. PONTTHOREAU, « L'énigme de la motivation encore et toujours. L'éclairage comparatif » in F. HOURQUEBBIE, M.-C. PONTTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 11.

¹²⁷⁶ J. COMMAILLE, « La justice entre *détraditionnalisation*, *néolibéralisation* et *démocratisation* : vers une théorie de la sociologie politique de la justice » in J. COMMAILLE, M. KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2007, p. 298.

¹²⁷⁷ I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 5.

¹²⁷⁸ Ainsi de Mark Tushnet, figure emblématique du « constitutionnalisme populaire », courant très critique à l'égard du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999. V. aussi très récemment, pour une réaffirmation de sa position, M. TUSHNET, *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law*, Yale University Press, 2020. Idris Fassassi relève néanmoins que Mark Tushnet et Jeremy Waldron, figures doctrinales prônant la suppression pure et simple du *judicial review*, « sont toutefois largement minoritaires en doctrine dans leur proposition de supprimer le *judicial review* ou leur argumentation à son encontre. Le débat porte aujourd'hui essentiellement sur le champ de ce pouvoir, c'est-à-dire les sphères dans lesquelles s'exercent le contrôle de constitutionnalité et la portée de ce pouvoir, c'est-à-dire l'autorité dont jouissent les interprétations de la Constitution retenues par la Cour », I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 308.

¹²⁷⁹ Dans le même sens, il a pu être relevé que « la théorie du droit américaine contemporaine prend [...] largement pour acquise l'idée selon laquelle les juges sont des acteurs du jeu politique », si bien qu'entre la doctrine française et la doctrine américaine il existe une profonde « différence de perception des rapports entre droit et politique »,

acquise, la discussion se concentre sur la légitimité de ce rôle politique de la Cour¹²⁸⁰. Cette influence politique de la Cour suprême dans sa fonction de contrôle de constitutionnalité des lois fut en effet reconnue très tôt par la pensée française (1) et américaine (2).

1. La reconnaissance du pouvoir politique de la Cour suprême par la pensée française du XIX^e siècle

286. En France, dès le XIX^e siècle, Alexis de Tocqueville dans son étude décisive sur les États-Unis – ayant permis d'éclairer la pensée juridique française sur un droit fort méconnu jusqu'alors – affirmait déjà sans ambages que le pouvoir judiciaire, par le droit dont il dispose de contrôler la conformité des lois à la constitution, est doté d'un « immense pouvoir politique »¹²⁸¹. Relevant que l'un des trois caractères du pouvoir judiciaire aux États-Unis tient à ce que le juge ne se prononce que sur des cas particuliers, l'auteur considère que si tel n'est pas le cas, c'est-à-dire si le juge se prononce sur des principes généraux et non sur des cas particuliers, alors « il devient quelque chose de plus important, de plus utile peut-être qu'un magistrat, mais il cesse de représenter le pouvoir judiciaire »¹²⁸². Si le juge qui se prononce sur un litige particulier et sur des cas particuliers est politique lorsqu'il contrôle à cette occasion la conformité des lois à la constitution, qu'en est-il du juge exerçant un contrôle abstrait, par voie d'action ? Il l'est bien davantage, répond le comte de Tocqueville, car « si le juge avait pu attaquer les lois d'une *façon théorique et générale* ; s'il avait pu prendre l'initiative et censurer le législateur, il fût entré avec éclat sur la scène politique »¹²⁸³. Au contraire, dans le cadre d'un contrôle concret, « la loi ne se trouve blessée que par hasard »¹²⁸⁴. De fait, il est généralement admis de la procédure de contrôle de constitutionnalité diffus qu'elle est « la plus "objective", c'est-à-dire la moins politique »¹²⁸⁵, puisque la loi n'est pas formellement annulée.

S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Oxymore ou tautologie ? La notion de Judicial Politics expliquée par la théorie du droit américaine contemporaine », *CCC*, n° 24, 2008.

¹²⁸⁰ Ainsi que le relève Michel Troper, « dans le contexte de la *Common Law*, il n'est pas surprenant que les juges créent du droit, et par conséquent aient une part au gouvernement. Sans doute doit-on réfléchir aux fondements d'un tel pouvoir, à sa conciliation avec la démocratie, mais le fait lui-même ne saurait être contesté », M. TROPER, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges » in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 231.

¹²⁸¹ A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, I, [1848], Paris, Gallimard, coll. « Folio histoire », 1986, p. 166.

¹²⁸² *Ibid.*, p. 165-166.

¹²⁸³ *Ibid.*, p. 169.

¹²⁸⁴ *Ibid.* Ainsi, « ce qu'il reproche au contrôle abstrait, c'est qu'il place le juge comme un acteur politique parmi d'autres. Perdant son impartialité, sa distance par rapport aux événements, il serait alors conduit à prendre parti : le pouvoir politique accordé aux juges deviendrait excessif », A. LAQUIÈZE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^{ème} siècle », art. cité, p. 161.

¹²⁸⁵ C'est, relève Arnel Le Divellec, ce qu'affirmait Heinrich Triepel dans un texte de 1929 : « Le juge ordinaire risquerait moins de sortir de son rôle en exerçant un contrôle incident qui n'aboutit qu'à la suspension de la loi et

Implicitement, Tocqueville semble ainsi suggérer l'existence de deux situations. Dans un premier cas de figure, le juge – et tel est le cas pour lui du juge américain – exerce à la fois une fonction juridique *et* politique. Cette situation ne semble pas poser de difficultés pour l'auteur. Dans un second cas de figure, le juge transformerait sa fonction juridique en une fonction exclusivement politique. Or, c'est cette situation qui semble problématique, puisque le juge s'extrait alors complètement de son office pour faire de la politique. Pour la doctrine française contemporaine, pourtant, les deux cas de figure semblent identiquement inadmissibles et ne pourraient caractériser le Conseil constitutionnel. On relèvera à cet égard le paradoxe consistant à admettre bien volontiers le rôle politique joué par la Cour suprême, quand les implications politiques du contrôle français abstrait sont pourtant par principe plus décisives, et ce d'autant plus que le pouvoir politique se dresse dans le cadre d'un contrôle abstrait *face à l'État*, quand il se dresse s'agissant du contrôle concret *face à l'individu*¹²⁸⁶. À la suite de Tocqueville, Édouard Laboulaye – grand admirateur de l'auteur de *l'Ancien Régime et la Révolution* et, avec lui, du système constitutionnel américain – ne dira pas autre chose du pouvoir judiciaire aux États-Unis : « Les premiers, affirme-t-il à propos des américains, ils ont fait du pouvoir judiciaire un véritable pouvoir politique »¹²⁸⁷. Relevant que la France mesure tout aussi bien que les États-Unis l'importance de la justice, l'auteur singularise toutefois le pouvoir judiciaire américain : « là où la différence commence, où les États-Unis ont fait une véritable découverte, c'est quand ils ont senti que la justice était aussi un pouvoir politique »¹²⁸⁸. À cet égard, les américains nous donneraient une « grande leçon », car si les citoyens se rendent devant les juges « la constitution à la main ; les tribunaux décideront qu'ils ne connaissent que la loi »¹²⁸⁹. Aussi, au regard de l'impossibilité en France de contester une loi en raison de sa contrariété à la constitution devant des juges, l'auteur libéral formule le constat suivant : « qu'est-ce que la

non pas à son annulation. Dès lors, cette procédure est, juge-t-il, la plus “objective”, c'est-à-dire la moins politique ; elle est aussi plus modérée car la justice constitutionnelle est alors non pas une institution à part entière mais une fonction accessoire de la justice ordinaire, une juridiction occasionnelle (*Gelegenheitsgerichtsbarkeit*) », A. LE DIVELLEC, « Droit, politique et justice constitutionnelle : deux textes de Heinrich Triepel », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 17 [en ligne].

¹²⁸⁶ A. LAQUIÈZE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^{ème} siècle », art. cité, p. 162.

¹²⁸⁷ E. LABOULAYE, *Histoire des États-Unis*, Tome III, *op. cit.*, p. 470. S'adressant à son auditoire au Collège de France, il affirmera dans le même sens : « Que la justice soit dotée d'un pouvoir politique est une véritable découverte qui nous vient des États-Unis », A. LAQUIÈZE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^{ème} siècle », art. cité, p. 161.

¹²⁸⁸ L'auteur ajoute : « Ce ne sont pas eux qui ont fait cette découverte en théorie, nous avons tous été élevés avec cette maxime, qu'il y a trois pouvoirs dans l'État : le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire [...] ; mais si toutes nos constitutions proclament cette vérité, il n'en est aucune qui se soit donné la peine de la faire entrer dans la pratique. Jamais, chez nous, la justice n'a été un pouvoir politique ; elle a été une branche de l'administration, une dépendance du pouvoir exécutif, une fonction du gouvernement, mais une fonction subalterne », E. LABOULAYE, *Histoire des États-Unis*, Tome III, *op. cit.*, p. 472.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, p. 475.

constitution ? C'est un mot ». Comme son maître, Laboulaye relève toutefois que ce pouvoir politique reste acceptable tant que les effets du contrôle de constitutionnalité demeurent mesurés. Autrement dit, ce pouvoir n'est pas excessif puisque le juge ne peut qu'écarter la loi dans le cadre de l'espèce, et non l'annuler « de façon générale ». Ce qui lui permet là aussi de condamner le contrôle abstrait, c'est-à-dire celui qui a un effet *erga omnes* et conduit à l'annulation pure et simple de l'acte : « il n'y a pas de pays, affirme-t-il de façon catégorique, qui résisterait à un pareil antagonisme des pouvoirs suprêmes »¹²⁹⁰. Le pouvoir politique de la Cour suprême est donc explicitement reconnu par la pensée juridique française du XIX^e siècle qui se penchera sur le cas américain. Dès la première édition des *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* en 1896, Esmein affirmera : « bien que le système américain se défende rationnellement sur le seul terrain juridique, il n'est pas contestable qu'il fait jouer un rôle politique au pouvoir judiciaire »¹²⁹¹. Alors que la doctrine contemporaine ne semble pas concevoir que ces deux caractères – politique et juridictionnel – puissent se cumuler, on observe ainsi que la doctrine constitutionnelle classique ne voyait pas de difficultés à les envisager ensemble. Au sein de la doctrine américaine, c'est précisément à partir de la fin du XIX^e siècle que de nombreuses théories se sont multipliées afin de justifier, ou au contraire de condamner, un tel pouvoir.

2. La reconnaissance du pouvoir politique de la Cour suprême par la pensée américaine

287. Ainsi que nous l'avons démontré, les controverses doctrinales se cristallisent, en France, autour de la juridictionnalisation. À l'image de celui qui croyait au Ciel et de celui qui n'y croyait pas, il y a ceux qui croient au juge et ceux qui n'y croient pas. Ceux, autrement dit, qui adhèrent à la juridictionnalisation du droit constitutionnel et ceux qui la rejettent. Or, aux États-Unis, une telle distinction s'observe depuis la fin du XIX^e siècle, c'est-à-dire précisément depuis le développement de la justice constitutionnelle. La « pensée » américaine¹²⁹² est en effet

¹²⁹⁰ E. LABOULAYE, *Histoire des États-Unis*, Tome III, *op. cit.*, p. 476.

¹²⁹¹ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, Premier fascicule, Paris, L. Larose, 1896, p. 424. Esmein ajoute : Sans doute celui-ci n'a pas là une action discrétionnaire ; il ne peut intervenir que provoqué par les particuliers, et la Constitution en main. Mais lorsqu'il invoque celle-ci contre la loi votée, il fait échec indirectement, mais efficacement, au pouvoir législatif, et en réalité sur le terrain législatif ». Cette affirmation se retrouve formulée à l'identique dans la 6^e et dernière édition de 1914, A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1914, 6^e éd., rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », 2001, p. 597.

¹²⁹² Nous emploierons le terme de « pensée » plutôt que doctrine, pour éviter la confusion résultant de ce que le terme doctrine désigne plus spécifiquement aux États-Unis l'opinion des juges. La « pensée » américaine désignera ici tout à la fois les analyses des professeurs et des juges.

d'ordinaire scindée en deux grands courants reposant sur la manière dont ils se représentent le travail d'interprétation, singulièrement d'interprétation juridictionnelle de la constitution. Il y a ainsi d'un côté, les originalistes et, de l'autre, les partisans de la constitution vivante¹²⁹³ – la *living constitution*¹²⁹⁴ –, les premiers étant attachés à l'idée de fidélité au sens voulu par les pères fondateurs¹²⁹⁵, assimilés à cet égard à une pensée conservatrice, la seconde au contraire à celle de progrès et d'adaptation du texte à l'évolution de la société¹²⁹⁶, à tel point que ce courant se manifeste comme un argument politique au service du progressisme aux États-Unis¹²⁹⁷. Une telle présentation des choses semble toutefois par trop simplificatrice, puisqu'elle ne tient pas compte, d'abord, de l'évolution de la pensée originaliste – glissant de l'*original intent*, se référant à l'intention des pères fondateurs, à une conception contemporaine de l'originalisme, qui affirme s'en distinguer¹²⁹⁸ –, ensuite, du courant réaliste qui ne semble pas directement assimilable à celui de la *living constitution*, ce dernier se rattachant plutôt « aux thèses substantialistes », à l'instar de celle développée par Dworkin¹²⁹⁹. La pluralité de tendances au sein d'un même courant doctrinal n'aidant dès lors pas à une présentation véritablement systématisée des rapports de la pensée américaine à l'interprétation juridictionnelle de la constitution, il nous paraît possible d'en faciliter la compréhension en laissant de côté la singularité des courants pour s'intéresser uniquement à leur conception du rôle du juge. Or, la

¹²⁹³ « Le débat sur l'interprétation constitutionnelle qui a lieu avec intensité aux États-Unis entre les *originalistes* et les partisans de la constitution vivante » est « une bataille interprétative et idéologique qui dure depuis plus d'un siècle », A. VLACHOGIANNIS, *La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Bibliothèque de la pensée juridique », 2014, p. 28.

¹²⁹⁴ Idris Fassassi relève que l'expression naît en 1927 sous la plume du Professeur Howard McBain, I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 408, note 78.

¹²⁹⁵ La pensée originaliste « prend la Constitution dans son acception classique et la conçoit comme un frein imposé à la volonté de la génération présente. La Loi fondamentale n'est pas vouée à s'ajuster au passage du temps, mais la fin qui est la sienne est de poser des limites concrètes et durables à l'action gouvernementale. Pour cette raison il faut chercher le sens des dispositions constitutionnelles au moment de leur adoption et ignorer autant que possible leur évolution postérieure », A. VLACHOGIANNIS, *La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, op. cit., p. 30.

¹²⁹⁶ Pour les défenseurs de la *living constitution*, « le moment de l'adoption n'est que le point de départ de l'interprétation. La Constitution est aussi bien marquée par son passé qu'ouverte à l'avenir. Au lieu d'être pensée comme une barrière, elle constitue le cadre de l'action gouvernementale et dans cette perspective, elle vise à absorber et à canaliser ensuite le changement social et institutionnel », *ibid.*, p. 30.

¹²⁹⁷ *Ibid.*, p. 14-15 et p. 96-132.

¹²⁹⁸ Le juge Scalia, figure du courant originaliste, soutient en effet que la théorie originaliste ne doit pas se confondre avec la doctrine de l'*original intent* : « *You will sometimes hear it described as the theory of original intent. You will never hear me refer to original intent, because I am first of all a textualist, and secondly an original-ist. If you are a textualist, you don't care about the intent, and I don't care if the Framers of the U.S. Constitution had some secret meaning in mind when they adopted its words. I take the words as they were promulgated to the people of the United States, and what is the fairly understood meaning of those words* », A. SCALIA, « Judicial Adherence to The Text of Our Basic Law: A Theory of Constitutional Interpretation », *Speech delivered at the Catholic University of America*, October 18, 1996.

¹²⁹⁹ I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 396-397.

question de l'interprétation juridictionnelle de la constitution polarise la pensée américaine : on trouve d'un côté ceux qui nient le rôle politique de la Cour suprême et, de l'autre, ceux qui le reconnaissent. Rares sont toutefois désormais ceux qui parviennent à soutenir l'absence de toute influence politique de la Cour suprême. À l'exception, certes importante mais fort isolée de la doctrine originaliste¹³⁰⁰ – théorie formaliste tendant à nier le rôle créateur du juge qui, afin de ne pas s'ériger en « philosophe-roi »¹³⁰¹, est réputé limiter son interprétation au sens originaire de la constitution – le pouvoir politique de la Cour suprême apparaît en effet comme une évidence pour la doctrine américaine.

288. La pensée américaine reconnaît donc dans sa très large majorité que « le juge est une figure politique centrale du champ juridique »¹³⁰², ce qui ne peut évidemment aller sans poser de sérieuses difficultés théoriques lorsque l'affirmation d'un tel pouvoir politique se voit confrontée à la question démocratique ou à l'exigence de séparation des pouvoirs¹³⁰³. Or, c'est à partir de la toute fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, sous « l'ère Lochner » – du nom de son *Chief Justice* – que l'on observera le processus de très forte politisation de la Cour suprême¹³⁰⁴. Aussi, à cette époque, les juges considérés comme conservateurs vont-ils logiquement invalider des lois progressistes¹³⁰⁵. Ainsi que le relève Idris Fassassi, la politisation du contrôle s'est avérée inéluctable lorsque, à partir de la fin du XIX^e siècle, le *due process of*

¹³⁰⁰ Le juge Antonin Scalia reconnaissait lui-même cet isolement doctrinal en 2005, soulignant la curiosité dont, à cet égard, il était l'objet : « *I am one of a small number of judges, small number of anybody – judges, professors, lawyers, – who are known as originalist [...]. This is such a minority position in modern academia and in modern legal circles that on occasion I'm asked when I've given a talk like this a question at the back of the room – "Justice Scalia, when did you first become an originalist?" – as though it is some kind of weird affliction that seizes some people – "When did you first start eating human flesh?"* », A. SCALIA, « Constitutional Interpretation the Old Fashioned Way », *Speech delivered at the Woodrow Wilson International Center for Scholars*, Washington D.C., March 14 2005. L'époque contemporaine semble toutefois évoluer dans le sens de l'originalisme, puisque Idris Fassassi relève qu'elle est aujourd'hui « la théorie de l'interprétation dominante aux États-Unis », sous des approches toutefois fort différentes, I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 405. Pour une analyse approfondie de la théorie originaliste, v. *ibid.*, p. 401-464.

¹³⁰¹ Selon la comparaison du juge Scalia qui, dans la décision *Stanford v. Kentucky* de 1989 affirme : « dépasser le texte constitutionnel en cherchant à introduire de la sagesse dans les dispositions pénales, reviendrait à remplacer les juges qui disent le droit par un comité de philosophes rois », Cité in D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, Paris, PUF, coll. « Éthique et philosophie morale », 2007, p. 173-174.

¹³⁰² « Il est banal de considérer que les affaires de justice y sont perçues comme des affaires politiques, que le rapport du judiciaire au politique est particulièrement fort », J. COMMAILLE, L. DUMOULIN, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" », *L'Année sociologique*, 2009, Vol. 59, n° 1, p. 76.

¹³⁰³ À cet égard, certains auteurs du début du XX^e siècle ont pu considérer que le contrôle de constitutionnalité des lois entraînait une confusion des pouvoirs. C'est le cas, précise Françoise Michaut, du politiste Arthur Bentley (*The Process of Government*, 1908, Peter H. Odegard (éd.), Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press 1967), F. 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*, 2-1987, p. 366.

¹³⁰⁴ I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 143-192.

¹³⁰⁵ Ainsi du célèbre arrêt *Lochner* de 1905, par lequel « la Cour invalide une loi de l'État de New York limitant la durée maximale de travail des boulangers à soixante heures par semaine », *ibid.*, p. 154.

law ne fut plus utilisé par la Cour suprême comme seule barrière procédurale à l'action de l'État fédéral ou des États fédérés, mais qu'il a également permis de poser des limites « matérielles à l'action de l'État »¹³⁰⁶. Autrement dit, le juge ne se contentera plus de contrôler la seule procédure mais également le fond, ce qui change évidemment considérablement la nature de son contrôle, dans la mesure où il se devra de trancher des questions sensibles en matière de droit fiscal, de droit social ou de droit de la famille, notamment. L'affirmation d'une telle nature politique sera également confortée par le « pouvoir discrétionnaire de juger »¹³⁰⁷ de la Cour suprême, autrement dit la faculté dont elle dispose, à la différence du Conseil constitutionnel français, « de choisir, de manière discrétionnaire, les affaires dans lesquelles elle entend se prononcer. Cette maîtrise aujourd'hui presque totale de son agenda est une des illustrations les plus fortes du pouvoir de la Cour »¹³⁰⁸. Enfin, son rôle politique sera renforcé par la rigidité de la Constitution, rendant très difficile l'adoption d'amendements, et qui aboutit à ce que « la Cour suprême a bien le “dernier mot”, du moins à court terme »¹³⁰⁹. Certes, il y eut bien la doctrine des questions politiques¹³¹⁰, formulée par le *Chief Justice* Marshall dans le fameux arrêt *Marbury v. Madison*, selon laquelle certaines questions seraient par nature trop politiques pour être tranchées par un juge¹³¹¹, mais elle tombera progressivement en désuétude à partir de 1962¹³¹².

289. La politisation de la Cour suprême fera alors naître un nombre considérable de théories doctrinales destinées à condamner¹³¹³ ou au contraire à justifier le contrôle de

¹³⁰⁶ Idris Fassassi relève ainsi l'emploi tautologique de l'expression *procedural due process* – parce que la clause de *due process* signifie déjà le respect d'une procédure régulière – et la naissance de l'expression, oxymorique cette fois, de *substantive due process*, I. FASSASSI, *ibid.*, p. 150-151.

¹³⁰⁷ Selon l'expression d'Elisabeth Zoller, qui relève qu'un tel pouvoir « est sans doute la particularité qui étonne le plus les juristes français », E. ZOLLER, « États-Unis : Le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 163.

¹³⁰⁸ I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, *op. cit.*, p. 339.

¹³⁰⁹ *Ibid.*, p. 238.

¹³¹⁰ C. SAUNIER, *La doctrine des « questions politiques ». Étude comparée : Angleterre, France, États-Unis*, Thèse dactyl., Paris II, 2019.

¹³¹¹ La doctrine des questions politiques signifie en effet que « questions qui, bien que relevant de la Constitution, sont considérées comme étant insusceptibles de résolution judiciaire et sont donc laissées à la résolution des branches politiques », I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, *op. cit.*, p. 335.

¹³¹² Depuis l'arrêt de la Cour Suprême *Baker v. Carr* du 26 mars 1962. V. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, p. 322. V. également, I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, *op. cit.*, p. 337-338 ; C. SAUNIER, *La doctrine des « questions politiques ». Étude comparée : Angleterre, France, États-Unis*, *op. cit.*

¹³¹³ C'est notamment le cas de la doctrine dite « révisionniste » qui reproche à la Cour suprême de s'être trop émancipée du *judicial review* tel qu'il était prévu par l'arrêt *Marbury*, conduisant à « une politisation excessive » de sa fonction, c'est-à-dire « au fait que les juges se sont affranchis des limites qui pèsent sur le pouvoir judiciaire et que le *judicial review* est devenu une institution sans contraintes, que les juges n'interprètent plus la Constitution mais qu'ils la créent, qu'ils n'exercent plus leur office avec retenue et objectivité mais avec excès et subjectivité », I. FASSASSI, *ibid.*, p. 103-104. L'adjectif « révisionniste » pour désigner ce courant doctrinal n'a pas aux États-

constitutionnalité des lois. Celles-ci seront principalement centrées sur la question de l'interprétation de la constitution ; question omniprésente dans le débat américain. À cet égard, face à la doctrine de l'*original intent* ou « l'approche *interpretivist* », consistant à nier le processus interprétatif dans l'application de la constitution, le rôle politique de la Cour suprême des États-Unis a au contraire pu se voir théoriquement consolidé, d'abord par l'école de la *sociological jurisprudence*¹³¹⁴, ensuite, à partir des premières décennies du XX^e siècle, par les théories réalistes¹³¹⁵, faisant toutes deux du juge un véritable acteur politique par le pouvoir créateur dont il dispose à l'égard de l'interprétation constitutionnelle¹³¹⁶. Le grand succès du réalisme, qui naît au début du XX^e siècle, ne sera ainsi pas sans conséquences. Ce courant a largement contribué à propager la position selon laquelle le juge dispose, grâce à l'indétermination des textes constitutionnels et la part d'interprétation qui en découle, d'un pouvoir discrétionnaire¹³¹⁷. Aussi le réalisme est-il, dans une très large mesure, l'autre manière d'affirmer l'existence d'un pouvoir politique du juge ; il consiste, dans sa version américaine « à dévoiler le poids des considérations personnelles et des biais idéologiques dans le processus d'interprétation, derrière la neutralité affichée et entretenue par le mythe d'une application mécanique de la règle de droit. Le raisonnement juridique n'est à leurs yeux qu'un masque venant justifier *a posteriori* des choix idéologiques, rendus possibles par la marge de manœuvre qu'ouvre l'indétermination des dispositions constitutionnelles que les juges doivent interpréter »¹³¹⁸. Quant à la doctrine de la *living Constitution* précédemment mentionnée, elle « est essentiellement synonyme d'activisme judiciaire pour la plupart des constitutionnalistes

Unis la connotation péjorative qui est la sienne en France. Comme l'indique Idris Fassassi, il « est courant dans la doctrine américaine », et désigne « des thèses qui revisitent des positions considérées comme établies ». S'agissant spécifiquement de l'arrêt *Marbury*, elle désigne ceux qui en assurent la défense, *ibid.*, p.98-99, note 213.

¹³¹⁴ Figurent notamment parmi les représentants de cette école, Oliver Wendell Holmes Jr., Roscoe Pound et, à sa suite, Benjamin N. Cardozo, Louis D. Brandeis, et F. Frankfurter. Il s'agit pour eux de « prêcher en faveur d'un droit vivant, d'une constitution vivante, que le juge utilise pour répondre aux réalités d'une société en mouvement, ainsi que pour une prise en compte des enseignements des sciences sociales en plein développement », F. MICHAUT, « États-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 661. V. pour une analyse approfondie de cette école, F. MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2000.

¹³¹⁵ « Pour les membres de l'école de la *sociological jurisprudence* et pour les représentants du mouvement réaliste américain, le juge interprète de la Constitution exerce un rôle créateur, effectue un choix politique », F. 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 », art. cité, p. 365.

¹³¹⁶ Sur les similitudes de ces deux courants doctrinaux au regard du pouvoir créateur du juge, v. W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 2005, p. 85-89.

¹³¹⁷ Ainsi que le relève Richard Posner, « la Cour suprême dispose d'un pouvoir discrétionnaire comparable à celui du législateur lorsqu'elle se prononce en matière constitutionnelle, et que ses décisions sont le fruit d'un jugement politique », cité in et traduit par I. FASSASSI, *ibid.*, p. 167-168.

¹³¹⁸ *Ibid.*, p. 169-170.

américains, aussi bien conservateurs que progressistes »¹³¹⁹. Par la suite, le tournant des réformes entreprises par Roosevelt, désignées par l'expression de *New Deal*¹³²⁰ et la crise qui s'en est suivie, conduisant à partir de 1937 au respect par la Cour suprême d'un « principe de la présomption de constitutionnalité des lois du Congrès en matière économique et sociale »¹³²¹, n'ont pas eu pour effet d'amenuiser le pouvoir politique du juge, qui s'est concentrée, avec le nouveau *Chief Justice* Warren, vers un interventionnisme plus sociétal. Aussi les théories relatives au pouvoir politique de la Cour suprême ont-elles pu continuer de s'épanouir¹³²².

290. La Cour suprême des États-Unis comme modèle de justice politique est riche d'enseignements pour la doctrine française. La conclusion la plus évidente qui découle d'une telle comparaison est que la pensée américaine n'hésite pas à reconnaître un rôle politique au juge, là où la doctrine oppose de sérieuses résistances. Cette affirmation évidente est toutefois elle-même le résultat d'une conséquence bien plus fondamentale quant aux rapports du politique et du juridique. En France, la doctrine juridique manifeste de l'inquiétude pour le politique. Aussi l'idée d'une justice politique – et, *a fortiori*, d'un droit politique, nous aurons l'occasion d'y revenir – est-elle source d'un profond malaise. Chaque discipline hiérarchise en effet son objet : le juriste rejette le politique, le politiste rejette le droit. Du point de vue de chacun, il n'est pas admis que les deux puissent vraiment coexister, l'un absorbant inéluctablement l'autre. Ce rejet n'est du reste, pas propre à la doctrine française : la querelle entre Kelsen et Schmitt fut bien celle du politique et du juridique¹³²³. Aux États-Unis, au contraire, la combinaison du droit et de la politique ne paraît pas poser de difficulté. En ce sens, l'emprise si importante du juge tient à ce qu'on lui confie le soin de trancher les questions les plus politiques, si bien qu'il y a transformation « des arguments politiques en arguments juridiques »¹³²⁴. Ce qui ne veut pas dire, pour autant, que le juge ne tranche pas en droit. Or, cette conséquence n'est pas propre aux États-Unis. En exerçant un contrôle sur les lois, le juge est nécessairement amené à trancher des questions politiques et, ainsi, à faire des choix,

¹³¹⁹ A. VLACHOGIANNIS, *La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, op. cit., p. 533.

¹³²⁰ Sur la crise du New Deal et ses conséquences, v. I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 172-192.

¹³²¹ *Ibid.*, p. 184.

¹³²² La présentation détaillée de ces théories dépassant largement le cadre de notre démonstration, nous nous sommes limités à un exposé compendieux de celles-ci.

¹³²³ Carl Schmitt alertait en effet à propos du contrôle de constitutionnalité sur « le danger de voir surgir, au lieu d'une "juridicisation" (*Juridifizierung*) de la politique, une politisation (*Politisierung*) de la justice qui saperait le prestige de la justice », C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1993, trad. L. Deroche-Gurcel, p. 257.

¹³²⁴ Toutefois, cela ne conduit nullement à faire disparaître la nature politique de ces questions, mais plutôt « à une politisation de la Cour », I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 333.

fussent-ils juridiques. Ni défaut d'indépendance, ni justice politisée, le concept de justice politique appliqué à la justice constitutionnelle mérite dès lors d'être sérieusement repensé.

SECTION 2

L'ÉDIFICATION D'UN CONCEPT DE JUSTICE POLITIQUE ADAPTÉ À LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

291. L'édification d'un concept de justice politique qui soit propre à décrire la justice constitutionnelle semble une entreprise délicate. Sa difficulté tient évidemment à la très large indétermination de l'adjectif « politique ». Rejeté en tant qu'il serait impropre à décrire la matière juridique ou, au contraire, promu au rang d'identité du droit constitutionnel, celui-ci est employé par la doctrine sans que l'on ne s'accorde véritablement sur ce qu'il signifie. À cet égard, il est possible de considérer qu'un pouvoir politique est formé de trois composantes : il s'exerce par un *organe*, qui institue le pouvoir, à qui est attribué une *fonction*, qui correspond au contenu matériel du pouvoir, au titre d'une *compétence*, qui est le titre de son pouvoir. Or, sur la question de savoir si le juge constitutionnel est un pouvoir politique, la doctrine constitutionnaliste se concentre davantage sur l'organe que sur la fonction. Pourtant, la particularité du concept de justice politique que nous tenterons de proposer tient à ce qu'il repose sur une autre de ces composantes, à savoir le contenu de la fonction. Aujourd'hui comme alors, le contrôle juridictionnel des lois, ainsi que nous serons amenés à le défendre, est une fonction politique : certes, le juge statue en droit, mais sa fonction consiste inéluctablement à opposer à la volonté du législateur sa propre volonté.

292. À rebours de la présentation généralement admise qui conditionne la nature politique de la justice constitutionnelle au seul critère de l'organe, il s'agira donc de démontrer que le critère fonctionnel est en réalité seul pertinent. La justice politique ainsi entendue ne désigne donc ni le procès politique, ni la justice du politique, décrits précédemment, mais une justice dont l'attribut essentiel tient à ce que sa fonction est de nature politique. (§1). La fonction politique étant la caractéristique essentielle du concept de justice politique, il conviendra alors de la définir. La justice constitutionnelle pourra alors être qualifiée de justice politique en ce qu'elle prend des décisions au sens proprement politique du terme : plus que tout autre juge, le juge constitutionnel formule des choix qui révèlent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (§2).

§ 1. – Les attributs du concept de justice politique

293. De façon contestable, la nature de l'organe apparaît comme un procédé exclusif d'appréhension du caractère politique ou non de la justice constitutionnelle. Or ce critère n'est pas pertinent : il est *accidentel*, c'est-à-dire qu'il peut constituer l'une des caractéristiques du concept de justice politique mais qu'il n'est pas nécessaire à sa définition (A). La détermination d'un pouvoir politique ne dépend en effet pas de la *nature de l'organe* mais du *contenu de la fonction*, qui est quant à lui un attribut *essentiel* du concept de justice politique (B).

A. Un attribut accidentel du concept : la nature de l'organe

294. À la question de savoir si la justice constitutionnelle est ou non politique, la doctrine, depuis l'émergence du phénomène de juridictionnalisation sous la V^e République, s'est toujours montrée divisée. Toutefois, si les réponses formulées diffèrent, la question, quant à elle, s'avère identiquement posée. Pour déterminer si la justice constitutionnelle est politique, la doctrine pose en effet la question de savoir si le Conseil constitutionnel, en tant qu'organe, est de nature politique (1). Pourtant, l'organe ne fait pas la fonction. Autrement dit, ce n'est pas la forme prise par l'institution qui fait la nature du contrôle (2).

1. La concentration du problème de la justice politique sur la nature de l'organe

295. La détermination de la nature politique ou non de la justice constitutionnelle renvoie dans la doctrine à la même question, réitérée inlassablement : « le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? ». Aux débuts de la V^e République, cette question ne posait aucune difficulté et était donc indifférente : même si la Constitution est silencieuse sur ce point¹³²⁵, pour ses auteurs, il ne faisait pas de doute qu'il ne s'agissait pas de créer une véritable juridiction¹³²⁶. Le Conseil constitutionnel n'était à l'évidence, et selon ses propres dires, pas une juridiction mais un simple « organe régulateur de l'activité des pouvoirs

¹³²⁵ La lecture du Titre VII de la Constitution de 1958 consacré au Conseil constitutionnel, même exégétique, ne donne en effet aucune indication sur la nature de cette institution.

¹³²⁶ De manière significative, Michel Debré déclarait à l'été 1958 devant le Conseil d'État, que la création du Conseil constitutionnel, organe spécial, s'expliquait par la volonté de ne pas permettre aux juges de statuer sur la validité des lois : « Il n'est ni dans l'esprit du régime parlementaire, ni dans la tradition française, de donner à la justice, c'est-à-dire à chaque justiciable, le droit d'examiner la valeur de la loi », M. DEBRÉ, Discours devant le Conseil d'État du 27 août 1958.

publics »¹³²⁷. C'est donc à partir de la décision du 16 juillet 1971 que les débats doctrinaux sur la nature de l'institution vont naître, opposant les défenseurs de la nature juridictionnelle et ceux de la nature politique.

296. La persistance de cette question depuis lors révèle la nature hautement polémogène du Conseil constitutionnel. Particulièrement importante au cours des années 1970, la controverse s'est toutefois relativement essoufflée – au point d'être qualifiée « d'obsolète »¹³²⁸ – à la suite de la démonstration de la nature juridictionnelle de l'institution opérée par Marcel Waline dans sa préface aux *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* – dont la publication dès 1975 marque bien la volonté de renforcer la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel et de juridictionnaliser la discipline. Retenant deux éléments essentiels permettant de reconnaître une juridiction, que sont l'élément matériel – le juge statue en droit – et l'élément formel – l'autorité absolue de chose jugée –, Waline affirme que le Conseil constitutionnel est bien une juridiction dans la mesure où il statue en droit et que ses décisions, en vertu de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, bénéficient de l'autorité de la chose jugée puisqu'« elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »¹³²⁹. Depuis, en dépit de critiques sporadiques, la thèse juridictionnelle est assez largement majoritaire¹³³⁰. Le débat sur la nature du Conseil constitutionnel fut cependant renouvelé par la création, en 2008, de la question prioritaire de constitutionnalité. La mise en œuvre de cette nouvelle procédure, ouvrant la saisine du Conseil

¹³²⁷ Cons. const., 6 novembre 1962, n° 62-20 DC, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* (cons. 2), *JORF* du 7 novembre 1962 p. 10778. V. aussi, L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel, organe régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDV*, 1967 rééd. in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 57.

¹³²⁸ B. MATHIEU, « Les décisions créatrices du Conseil constitutionnel », *CCC*, Hors-série 2009, Colloque du cinquantenaire [en ligne].

¹³²⁹ M. WALINE, « Préface à la première édition » in L. FAVOREU *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 19^e éd., 2018, XIII. Notons que c'est pourtant précisément en raison de l'hésitation à considérer le Conseil constitutionnel comme une juridiction que les auteurs de la Constitution n'ont pas explicitement opté pour l'expression d'« autorité de la chose jugée », *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Du Conseil d'État au référendum. 20 août - 28 septembre 1958*, Vol. 3, Paris, La Documentation Française, 1991, p. 164.

¹³³⁰ En 1972, Jacques Larché présentait le Conseil constitutionnel comme un « organe du pouvoir d'État ». Dénonçant une institution qui se comporte « comme le juge d'instance d'une de nos sous-préfectures », il plaidait pour une démocratisation de ses décisions, à l'instar de la lisibilité et de la visibilité des mesures prises par les autres organes d'État, représentés par le Président de la République, le Gouvernement et le Parlement, J. LARCHÉ, « Le Conseil constitutionnel organe du pouvoir d'État », *AJDA*, 1972, p. 132. Or, si, conformément à sa recommandation, les décisions du Conseil constitutionnel jouissent désormais d'une grande notoriété – singulièrement s'agissant des projets de lois particulièrement controversés et médiatisés – et d'une meilleure lisibilité – permise notamment par les communiqués de presse et les commentaires des décisions disponibles sur son site internet –, ce mouvement a été perçu comme un renforcement de sa nature juridictionnelle. Ainsi, en 1979, François Luchaire, publiait un article dans lequel il considérait que le Conseil constitutionnel, lorsqu'il exerce le contrôle de constitutionnalité des lois, est une véritable juridiction. Reprenant l'analyse de Marcel Waline, il se fondait sur ses « attributions juridictionnelles » pour parvenir à cette solution, F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDV*, 1979, p. 27.

constitutionnel aux justiciables par le filtre des juges ordinaires a en effet rouvert le débat sur la nature de l'organe chargé du nouveau contrôle *a posteriori*. Pour une partie de la doctrine, la question prioritaire de constitutionnalité consacrerait enfin de façon évidente la nature juridictionnelle de l'institution, la procédure contentieuse s'alignant enfin, dans le cadre de cette procédure, sur celle des juridictions ordinaires¹³³¹. Le Conseil constitutionnel étant indéniablement devenu une juridiction avec la question prioritaire de constitutionnalité, des voix ont pu s'élever pour réclamer un changement de dénomination – l'appellation « Conseil », toujours assez fâcheuse lorsqu'elle s'applique à une juridiction, serait désormais tout à fait inapproprié à ses nouvelles missions contentieuses – ou pour dénoncer son organisation interne fort modeste en comparaison des autres cours constitutionnelles européennes¹³³² et inadaptée à ses nouvelles prérogatives¹³³³.

297. Le problème de la justice politique appliqué à la justice constitutionnelle est donc concentré sur la nature de l'organe. En ce sens, la justice sera dite politique si l'institution est elle-même jugée politique, souvent en raison de sa composition – question de la composition qui, au reste, est ancienne et apparaît depuis longtemps comme aporétique¹³³⁴. Dans cette perspective, la fonction de l'organe se révélera ainsi relativement indifférente. Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? Une réponse positive appelle alors immédiatement une seconde question : s'agit-il d'une juridiction *politique* ? Pour y répondre, la doctrine ne s'interrogera nullement sur la nature du contrôle de constitutionnalité des lois : seul le mode de nomination de ses membres apparaît déterminant. Aussi la critique se concentre-t-elle la plupart du temps sur la nomination très singulière des membres du Conseil par des institutions

¹³³¹ Le règlement intérieur du 4 février 2010 prévoit que l'instruction est désormais contradictoire et l'audience publique, Décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, *JORF* du 18 février 2010, p. 2986. Depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a ouvert ses portes aux justiciables et les avocats plaident oralement.

¹³³² À cet égard, Dominique Rousseau démontre que le service juridique du Conseil constitutionnel est le plus modeste d'Europe. Sa « structure légère » le rend ainsi singulier par rapport aux « structures lourdes » des autres États, D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs-Politique », 3^e éd., 1998, p. 63 *sqq.*

¹³³³ Dominique Rousseau juge en ce sens son organisation « totalement inacceptable », D. ROUSSEAU, « Faut-il supprimer le Conseil constitutionnel ? » in *Le Conseil constitutionnel en questions*, Paris, L'Harmattan, coll. « Inter-national », 2004, p.7.

¹³³⁴ « Comment serait composée cette haute juridiction et comment ses membres seraient-ils nommés ? S'ils sont nommés par le gouvernement ou par le parlement, il est à craindre qu'ils n'aient aucune indépendance. S'ils sont élus par le peuple, au suffrage direct ou à deux degrés, cette haute juridiction deviendra un corps politique et ne présentera pas les garanties d'impartialité qu'on lui demande », L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Tome III, Paris, E. de Boccard, 1930, p. 715.

politiques¹³³⁵, qui se révèle unique en Europe¹³³⁶ ; circonstance aggravée par la présence des anciens présidents de la République, unanimement décriée par la doctrine¹³³⁷ et dont la suppression tant réclamée est réputée pouvoir débarrasser l'institution de son impureté politique. Marcel Waline lui-même, dans sa défense de la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel, concédait que son mode de nomination « tend, sans doute, à lui imprimer le caractère d'une juridiction politique »¹³³⁸. En dépit de cela, le Conseil constitutionnel a toutefois pour la doctrine le caractère d'une juridiction car l'indépendance de ses membres ne ferait aucun doute¹³³⁹ ; indépendance d'ailleurs garantie constitutionnellement¹³⁴⁰. En définitive, parce qu'il ne remet pas en cause l'indépendance des juges, leur mode de nomination n'apparaît pas pour la doctrine comme fondamentalement problématique : sans doute s'agit-il davantage d'une nécessité de paraître indépendant, dans la lignée de la « théorie des apparences »

¹³³⁵ L'article 56 de la Constitution prévoit neuf membres nommés par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat, ainsi que des membres de droit à vie que sont les anciens Présidents de la République. S'agissant des nominations par le président de la République, elles sont soumises, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, à l'avis des commissions permanentes de chaque Assemblée tel que prévu à l'article 13 de la Constitution. À cela s'ajoute l'absence de qualification requise pour être nommé, puisqu'il suffit de jouir de ses droits civils et politiques et de ne pas être frappé d'une incapacité physique permanente, Articles 10 et 11 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹³³⁶ D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, *op. cit.*, p. 49 *sqq.* Au surplus, Olivier Jouanjan souligne que la France est le seul État dans lequel les membres ne sont pas désignés par le Parlement, et où aucune condition de compétence juridique n'est posée, O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n° 43, 2006, p.73.

¹³³⁷ V. notamment, D. CHAGNOLLAUD, B. GENEVOIS, P. JAN, F. LUCHAIRE, J. ROBERT, D. ROUSSEAU, « Six constitutionnalistes répondent à six questions concernant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2002, p. 509. Le rapport « Une V^e République plus démocratique » rendu par le Comité Balladur le 29 octobre 2007 proposait l'abrogation de l'article 56 alinéa 2 de la Constitution afin d'assurer une cohérence entre les nouvelles fonctions contentieuses du Conseil et la composition de ses membres.

¹³³⁸ M. WALINE, « Préface à la première édition », *op. cit.*, p. XIII.

¹³³⁹ Cela renvoie au fameux « devoir d'ingratitude » défendu par Robert Badinter dès 1982, dans le journal *Le Monde*. Jacques Robert, ancien membre du Conseil constitutionnel affirmait également que « le juge constitutionnel français se trouve, quelles que soient ses préférences politiques, dans une situation de totale indépendance à l'égard de quiconque », J. ROBERT, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 861. Notons que le professeur Jacques Robert a pourtant affirmé, en 2011, que le Conseil constitutionnel aurait sciemment masqué les irrégularités des comptes de campagne d'Édouard Balladur et Jacques Chirac en 1995. V. en ce sens J. ROBERT, *Le Parisien*, 1^{er} décembre 2011.

¹³⁴⁰ À cet égard, les membres du Conseil constitutionnel sont, aux termes de l'article 57 de la Constitution, soumis à certaines incompatibilités, singulièrement politiques : « Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de ministre ou de membre du Parlement ». Cependant, ce n'est que depuis la loi organique n° 96-63 du 19 janvier 1995 que la fonction de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec l'exercice d'un mandat électoral. Les membres du Conseil constitutionnel sont également soumis à un devoir de réserve : en vertu de l'article 3 alinéa 2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, les membres « jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil ». La nomination pour neuf années non renouvelables est également perçue comme un gage d'indépendance, renforcée par ce que Guy Carcassonne a appelé « les effets de la gérontocratie », G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris, Seuil, 11^e éd., 2013, p. 272. Cela explique sans doute pourquoi les membres du Conseil sont souvent qualifiés de « sages ».

anglosaxonne¹³⁴¹. Mais ce problème, au fond, ne semble plus faire débat¹³⁴². Cette garantie étant considérée comme satisfaite, la question de savoir si le Conseil constitutionnel est une juridiction politique ne semble pas fondamentalement intéressante¹³⁴³.

298. La nature politique ou non de la justice constitutionnelle n'est dès lors abordée qu'au regard de la nature de l'institution chargée de contrôler la constitutionnalité des lois, pour finalement être posée différemment : que la juridiction constitutionnelle soit ou non politique importe assez peu si le juge est indépendant¹³⁴⁴. Posée en ces termes, l'enjeu de la détermination de la nature de l'organe permet également de résoudre assez simplement le problème de légitimité démocratique que pose l'existence d'une juridiction politique : la justice constitutionnelle ayant en effet vocation à contrôler les actes émanant d'un Parlement démocratiquement élu, un tel contrôle n'apparaît acceptable que s'il est exercé par une institution indépendante et impartiale – autrement dit, en déduit-on immédiatement – et sans doute rapidement – juridictionnelle.

¹³⁴¹ La théorie des apparences, reprise par la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant du principe d'impartialité (CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*), fut conceptualisée par Lord Chief Justice Hewart dans une affaire *R. v. Sussex Justice, Ex parte McCarthy* rendue par la Chambre des Lords en 1924 : « *a long line of cases shows that it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done* ».

¹³⁴² La controverse a glissé pendant quelques années vers le mécanisme des portes étroites. L'expression de « portes étroites », formulée d'abord au singulier, a été proposée par le doyen Vedel, G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge au juge constitutionnel. La porte étroite », *La vie judiciaire*, 11-17 mars 1991. Elle désigne « une procédure informelle qui permet à toute personne – en connaissant l'existence – de communiquer au Conseil son avis sur la constitutionnalité d'une loi qu'il s'apprête à examiner », T. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'homme*, 15, 2019 [en ligne]. V. notamment la prise de position de Denys de Béchillon, défenseur de ces portes étroites, dans un rapport réalisé dans le cadre du Club des juristes : D. DE BÉCHILLON, « Réflexions sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel », *Le Club des juristes*, janvier 2017 [en ligne]. Cette prise de position a notamment été critiquée par Thomas Perroud, T. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », art. cité ; « Le Conseil constitutionnel et les portes étroites », *Blog Jus Politicum*, 16 mars 2017 [en ligne]. La controverse portait singulièrement sur l'absence de publicité de ces portes étroites. Elle s'est ainsi apaisée lorsque le Conseil constitutionnel décida, en 2019, de rendre publiques les contributions extérieures reçues dans le cadre du contrôle a priori, même si des critiques persistent. V. notamment, T. PERROUD, « Le Conseil constitutionnel et la publicité des portes étroites », *Blog Jus Politicum*, 31 mai 2019, [en ligne].

¹³⁴³ Kelsen considérait déjà que la question de savoir si un tribunal constitutionnel relève véritablement de la justice est indifférente : l'essentiel résidait, selon lui, dans son indépendance, H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Paris, Michel Houdiard, coll. « Les sens du droit », 2006, p. 72.

¹³⁴⁴ Guy Carcassonne relevait ainsi que le Conseil constitutionnel « doit traiter à la fois du juridique et du politique », c'est-à-dire qu'il relève pleinement du « droit politique », ce qui s'agissant des membres pose pour l'auteur la question de leur indépendance, G. CARCASSONNE, « Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008 », *CCC*, Hors-série 2009, Colloque du cinquantenaire [en ligne].

2. L'indifférence de la nature de l'organe dans la caractérisation de la justice politique

299. Définir un concept opérant de justice politique nous oblige au préalable à contester le point de vue selon lequel, en dernière analyse, la thèse juridictionnelle emporte nécessairement négation du caractère politique de la justice constitutionnelle. Une telle assertion nous paraît contestable dans la mesure où elle repose sur un présupposé lui-même contestable : celui selon lequel la caractérisation de la nature de l'organe serait essentiel à la détermination de la justice politique. Deux arguments nous semblent en effet démontrer que la nature de l'organe n'est pas pertinente dans la définition du concept de justice politique appliqué à la justice constitutionnelle.

300. D'une part, une définition de la justice politique concentrée sur l'organe chargé de rendre la justice constitutionnelle a pour conséquence d'obscurcir davantage le concept au lieu de l'éclairer. Une justice politique d'un point de vue de l'organe se définirait comme une juridiction politique, sans que l'on sache véritablement ce que le *definiendum* « juridiction politique » peut bien lui-même signifier. Que l'adjectif « politique » soit utilisé péjorativement laisse en revanche peu de doute. Mais puisque l'on ne nous dit pas ce qu'est une juridiction politique en dehors d'un mode de nomination des membres par des autorités politiques, la critique ne peut demeurer que relativement superficielle. C'est ainsi qu'à la différence des autres juges, qualifiés – de façon du reste quelque peu surprenante – de juges *ordinaires*, l'on va désigner la justice constitutionnelle comme une justice « extraordinaire, mais aussi exceptionnelle »¹³⁴⁵, ou encore comme une « justice marginale »¹³⁴⁶. Ne sachant comment véritablement résoudre l'aporie de sa nature organiquement hybride, le Conseil constitutionnel sera ainsi qualifié de « mixte, juridique mais cependant très politique »¹³⁴⁷. Mais cette spécificité, cette nature tant juridique que politique (et non pas politisée), n'est pas elle-même éclaircie. Quoi qu'il en soit, une telle nature politique ne se fait pas jour postérieurement à l'institution d'une juridiction spéciale, mais c'est bien plutôt l'institution d'une juridiction spéciale qui présuppose cette nature politique. Si, ainsi que nous le verrons, le contrôle de conformité des lois à la constitution n'était pas intrinsèquement politique, il n'y aurait aucune

¹³⁴⁵ O. JOUANJAN, « Aperçu d'une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933) » in C. GREWE et al. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 14.

¹³⁴⁶ P. CRUZ VILLALON, « Juge constitutionnel et fonction de l'État » C. GREWE et al. (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 176.

¹³⁴⁷ A.-M. LE POURHIEU, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Corpus Droit public », 9^e éd., 2018, p. 164. L'auteur ajoute toutefois que le Conseil constitutionnel se distingue des tribunaux ordinaires « par une différence de degré plus que de nature ».

raison qui justifie que les juges ordinaires ne puissent exercer une telle fonction. L'idée même de créer un juge spécial pour exercer une telle fonction atteste de la nature singulière – et plus spécifiquement, politique – de la fonction elle-même.

301. D'autre part, la conviction selon laquelle la justice politique se définit par la nature de l'organe repose toujours plus ou moins explicitement sur un présupposé négatif. Dire d'une juridiction qu'elle est politique jette nécessairement l'anathème sur elle, dans la mesure où cela consiste à signifier une absence d'impartialité, voire d'indépendance, conditions nécessaires à l'office juridictionnel. Si la justice constitutionnelle est politique du point de vue de l'organe, alors elle rend des décisions partiales et politisées. Autrement dit, le politique ne peut exercer la justice sans la discréditer. Il en ressort, d'un point de vue organique, une opposition de principe entre politique et justice : le critère de la nature de l'organe pour définir la justice politique postule nécessairement une étanchéité entre justice et politique. La justice politique est ainsi caractérisée pour mieux être conceptuellement critiquée et rejetée.

302. Posons, dès lors, la question différemment : la justice ne peut-elle être dite politique, non pas du fait de la nature de l'organe, mais en raison de la fonction qu'elle exerce ? Puisque le critère de la nature de l'organe ne permet pas d'appréhender les spécificités de la justice constitutionnelle, il convient de se tourner vers celui relatif à la fonction, qui nous semble pouvoir, quant à lui, se révéler pertinent.

B. L'attribut essentiel du concept : le contenu de la fonction

303. Qualifiant la controverse sur la nature du Conseil constitutionnel de « stérile »¹³⁴⁸, Dominique Rousseau considère que la question de la légitimité du juge ne se pose que s'il fait un travail d'interprétation du texte en devenir – et également désormais, avec la question prioritaire de constitutionnalité, du texte en vigueur. Autrement dit, le juge n'est pas légitime pour ce qu'il *est*, mais pour ce qu'il *fait*. Si une juridiction est composée de membres nommés par des institutions politiques mais ne dispose d'aucune marge de manœuvre dans l'interprétation du texte qu'elle est chargée de protéger, peut-on véritablement la qualifier de politique ? Peut-on rigoureusement qualifier une juridiction de politique en la détachant de la fonction qu'elle exerce ? Une réponse positive à ces questions conduirait nécessairement à vider de sens l'adjectif « politique », qui ne signifierait alors rien d'autre que : plus ou moins lié au pouvoir politique, singulièrement par le pouvoir de nomination dont les organes politiques

¹³⁴⁸ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 10^e éd, 2013, p. 79.

disposent. Une telle réponse apparaîtrait même, en réalité, inexacte. N’y a-t-il pas en effet pléthore de cas, dans la fonction publique, de nominations par des autorités politiques à des fonctions d’exécution ? Le directeur général d’administration centrale, à titre d’exemple, est nommé par décret du président de la République. Or, ses fonctions sont purement administratives, puisqu’il est chargé de coordonner « la politique de ressources humaines au titre de l’ensemble de la fonction publique »¹³⁴⁹. Cet exemple peut du reste être généralisé à la plupart des nominations par chef de l’État et le Premier ministre aux emplois civils et militaires¹³⁵⁰ : il s’agit bien de nominations politiques à des fonctions de seule exécution¹³⁵¹. Il en résulte que le critère de la nature de l’organe brouille considérablement le concept de justice politique. Un autre exemple historique permettra de le constater : l’élection des juges, qui a été pensée et mise en œuvre sous la Révolution afin d’assurer l’indépendance des juges par rapport à l’Exécutif – singulièrement par rapport au pouvoir royal, en 1791 – apparaît aussi paradoxalement comme un risque de politisation de la justice¹³⁵². Or, peut-on dire des magistrats révolutionnaires qu’ils exerçaient un pouvoir politique en raison de leur élection ? Une telle affirmation ne semble pas avoir de sens.

304. Le contenu de la fonction, définie comme le « contenu d’un “pouvoir” constitutionnel attribué à une institution »¹³⁵³, est dès lors seul pertinent pour caractériser un pouvoir politique. Certes, un pouvoir se rapporte à un organe. Mais la nature politique de ce pouvoir ne dépendra en définitive que de la fonction qu’il exerce. Une telle approche a le mérite, nous semble-t-il, de réconcilier la politique et le droit. Alors que la justice politique dépendante de la nature de l’organe postule une antinomie du politique et du juridique, sinon du juridictionnel, la justice politique définie par le contenu de la fonction permet au contraire de démontrer l’absence de toute antinomie entre la politique et le droit.

305. Pour quelle raison la fonction juridictionnelle ne pourrait-elle pas être politique ? Envisageons la fonction législative : nul ne peut nier qu’elle est politique, d’un point de vue tant organique que fonctionnel. Or, que l’on envisage pourtant difficilement de transposer cela à la fonction juridictionnelle tient précisément à la concentration du problème de la justice

¹³⁴⁹ Article 1 de l’arrêté du 18 décembre 2019 portant organisation de la direction générale de l’administration et de la fonction publique, *JORF* n° 0301 du 28 décembre 2019.

¹³⁵⁰ Pouvoir de nomination prévu à l’article 13 de la Constitution pour le Président de la République et à l’article 21 pour le Premier ministre.

¹³⁵¹ Tel n’est en revanche pas le cas, par exemple, des membres du Conseil d’État.

¹³⁵² Édouard Laboulaye affirmait ainsi au XIX^e siècle : « Dès que vous soumettez la nomination des juges à l’élection, vous n’avez plus de justice », *Histoire des États-Unis*, t. III, p. 491, cité in P. PICHOT, « Penser le contrôle a priori (1789-1870) », *CCC*, n° 28, 2010 [en ligne].

¹³⁵³ « Fonction » in M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEZ, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 2017, 11^e éd., p. 169.

politique sur la nature de l'organe. La politique n'est pas envisagée d'un point de vue substantiel mais formel : la justice est politique si l'organe n'est pas indépendant. Pourtant, le caractère politique de la justice n'est pas incompatible avec son indépendance. L'indépendance de la justice a en effet pu être définie par le Conseil constitutionnel lui-même, d'une part comme le fait de ne pouvoir exercer de pressions ou poursuites à l'encontre des magistrats en raison des décisions qu'ils sont amenés à prendre et, d'autre part, comme l'impossibilité pour le législateur, le Gouvernement, ou toute autorité administrative, d'empiéter sur la fonction juridictionnelle¹³⁵⁴. De ce point de vue, *le fait pour un juge d'exercer une fonction politique ne remet nullement en cause son indépendance en tant qu'organe*. Si organe politique et indépendance étaient incompatibles, le principe de la séparation des pouvoirs, envisagé comme une spécialisation des fonctions et une *indépendance des organes*, n'aurait du reste aucun sens. Le président de la République, par exemple, est un organe indépendant des organes législatifs et juridictionnels, mais il n'en demeure pas moins que sa fonction est politique. De la même façon, la justice constitutionnelle peut sans difficultés exercer une fonction politique tout en demeurant indépendante. La fonction juridictionnelle exercée par le juge constitutionnel, en tant que fonction politique, est singulière : le juge constitutionnel adoptera une *décision politique* en se fondant sur des *motifs juridiques*. Mais cette singularité de la fonction n'entache pas l'indépendance de l'organe.

306. L'affirmation selon laquelle toute activité juridictionnelle est politique pourrait toutefois paraître, de prime abord, excessive. La question se pose en revanche d'une nature politique de toute fonction juridictionnelle, qui se manifesterait à des degrés différents selon les juridictions et les disciplines : le juge constitutionnel serait ainsi le degré suprême de justice politique¹³⁵⁵, ce qui n'exclut pas que d'autres juridictions puissent également exercer une fonction politique¹³⁵⁶. C'est ce qu'affirme en ce sens une partie de la doctrine administrativiste, qui n'hésite pas à reconnaître la fonction politique du juge administratif : outre l'importante thèse de Danièle Lochak sur *Le rôle politique du juge administratif français*¹³⁵⁷, la parution récente des *Grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative* en est également une

¹³⁵⁴ Cons. const., 1^{er} mars 2007, n° 2007-551 DC, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats* (cons. 7 et 10), *JORF* du 6 mars 2007, p. 4230.

¹³⁵⁵ C'est ce qu'affirme par exemple Françoise Michaut : « En matière constitutionnelle, non pas à la différence des autres domaines mais davantage que dans les autres domaines, le juge est appelé à exercer un pouvoir discrétionnaire », F. MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, op. cit., p. 168.

¹³⁵⁶ La démonstration de la nature politique de toute fonction juridictionnelle excède toutefois assez largement les limites de notre étude, qui se concentre sur la justice constitutionnelle.

¹³⁵⁷ D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972, rééd. coll. « Anthologie du Droit », 2015.

illustration notable¹³⁵⁸. Alors que la justice constitutionnelle apparaît à plus forte raison comme une justice politique, la doctrine constitutionnaliste se garde toutefois de l’apprécier comme telle. L’affirmation d’une fonction politique de la justice constitutionnelle est pourtant, au contraire de celle d’une nature politique de l’organe, dénuée de toute dimension polémique. Elle tend simplement à rendre compte du pouvoir du juge constitutionnel, qui est politique en raison du pouvoir de décision politique dont il dispose dans son contrôle de conformité des lois à la constitution.

§ 2. – La fonction politique de la justice constitutionnelle

307. Si le contenu de la fonction est l’attribut essentiel du concept de justice politique, il convient, afin d’en proposer une définition satisfaisante, de déterminer les caractéristiques de l’attribut lui-même. Autrement dit, il convient de déterminer ce que signifie une fonction politique, et dans quelle mesure elle se distingue d’une fonction non politique.

308. Classiquement, les fonctions sont distinctes et « spécialisées » : la tripartition des fonctions se rattache au principe de séparation des pouvoirs pensé par Montesquieu¹³⁵⁹ – et même, bien avant que le droit constitutionnel n’existe comme discipline, par Aristote¹³⁶⁰ – et explicité plus récemment par Michel Troper¹³⁶¹ : c’est la séparation fonctionnelle, tendant à diviser les pouvoirs en trois fonctions législative, exécutive et judiciaire – par la suite qualifiée de façon plus englobante de juridictionnelle. Cette classification, profondément ancrée dans la discipline¹³⁶², conduit à considérer que la justice constitutionnelle exerce une fonction

¹³⁵⁸ T. PERROUD *et al.* (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019. Pour justifier ce projet, Thomas Perroud rappelle le lien historique du droit administratif au droit politique, singulièrement en Autriche, où la distinction public-privé reposait sur la distinction entre droit judiciaire et droit politique, T. PERROUD, « Pourquoi ce projet ? », *ibid.*, p. 17. Notons toutefois qu’en 1959, Prosper Weil considérait que l’affirmation de l’existence d’une jurisprudence politique du Conseil d’État était « exagérée », la jurisprudence administrative n’étant pas « attributive » mais « “déclarative” de politique », P. WEIL, « Le Conseil d’État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques d’Aix-en-Provence*, 1959, p. 290.

¹³⁵⁹ MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois* [1758], in *Œuvres complètes*, Tome II, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1951, Livre XI, Chapitre VI, p. 396 *sqq.*

¹³⁶⁰ Aristote fut en effet l’un des premiers à avoir conceptualisé cette distinction des trois pouvoirs. V. en ce sens surtout le Livre IV de la *Politique* : ARISTOTE, *Politique*, Tome III, Paris, Les Belles Lettres, « Collection des Universités de France », 1971, trad. J. Aubonnet. V. aussi, J.-C. JOBART, « La notion de Constitution chez Aristote », *RFDC*, n° 65, 2006, p. 97.

¹³⁶¹ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980, rééd. coll. « Anthologie du Droit », 2015.

¹³⁶² Ainsi que le relevait Georges Burdeau : « Depuis cinquante ans, il n’est aucune théorie constitutionnelle plus assurée que celle qui répartit l’ensemble de l’activité étatique en trois fonctions : la législative, l’exécutive et la juridictionnelle. C’est mieux qu’une théorie, c’est une manière de postulat accepté aussi bien par l’opinion et les milieux politiques que par les juristes. On discute, il est vrai, sur la nature et le contenu respectif de ces fonctions, on hésite sur le criterium qui permet de les distinguer, mais un point demeure hors de tout débat : l’absorption par

juridictionnelle ; fonction juridictionnelle qui peut se définir comme la compétence dont dispose le juge, en tant que tiers à un conflit, de dire le droit applicable avec autorité de chose jugée. Toutefois, en dépit de cette définition très générale, la fonction juridictionnelle apparaît hétérogène. Son contenu varie en effet selon la juridiction à laquelle elle est confiée, l'office d'un tribunal judiciaire n'étant évidemment pas le même que celui du juge constitutionnel. Pourtant, la tendance est à l'indifférenciation de la fonction juridictionnelle, présentée, quelle que soit la juridiction chargée de l'exercer, comme une fonction exclusivement juridique. Une telle conception a pu s'expliquer historiquement par la volonté de réduire l'importance du juge au sein des institutions. L'histoire de la fonction juridictionnelle montre en effet le rôle prépondérant qu'elle a originairement endossé dans l'avènement de l'État¹³⁶³. La fonction de légiférer va toutefois progressivement se substituer à celle de juger dans l'affirmation de la puissance étatique, faire la loi devenant l'acte de souveraineté par excellence¹³⁶⁴. Progressivement, la fonction de juger sera à tel point amoindrie qu'elle sera associée à la fonction exécutive ; les deux étant réputées tenir lieu de fonctions subalternes par rapport à la fonction législative¹³⁶⁵. Au XX^e, et plus encore au XXI^e siècle, une telle présentation des choses ne peut toutefois prospérer : non seulement le juge n'est plus un organe « d'application » de la loi, mais l'avènement de la justice constitutionnelle discrédite profondément l'idée selon laquelle la fonction juridictionnelle serait une fonction exclusivement juridique. Si la justice constitutionnelle est une justice politique, c'est au contraire parce que sa fonction est politique, au même titre que la fonction législative et une partie de la fonction exécutive – cette dernière ayant, comme la fonction juridictionnelle, tout à la fois une dimension juridique et politique puisqu'elle dispose d'une double fonction de décision et d'exécution¹³⁶⁶. D'un point de vue

ces trois fonctions de la totalité de l'activité juridique de l'État », G. BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *RDP*, 1945, p. 204.

¹³⁶³ À partir du XIII^e siècle, la justice royale, alors fortement concurrencée par les justices seigneuriales et ecclésiastiques, va ainsi œuvrer à l'édification de la puissance étatique. Stéphane Rials relève ainsi que « la fonction de juger fut une fonction première dans la genèse de l'État moderne. C'est par son truchement que chaque seigneur prétendit d'abord et parvint à affirmer son pouvoir sur ses "hommes". Si bien que la puissance au sens juridique finit par se résumer dans la justice et qu'inversement tout acte de puissance fut imputé à la *justitia*, qu'il fut acte de juridiction ou beaucoup plus généralement acte de commandement », S. RIALS, « Ouverture : L'office du juge », *Droits*, n° 9, 1989, p. 5. Au reste, le mot de « juridiction » désignait sous l'ancienne France la légitimité et la puissance, B. TIERNEY, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1993, p. 47.

¹³⁶⁴ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 53-68.

¹³⁶⁵ V. sur ce point, *supra*, § 98-103.

¹³⁶⁶ Cette dualité de la fonction exécutive est un argument utilisé par Georges Burdeau à l'appui de l'une de ses critiques de la classification des fonctions étatiques. L'auteur considère en effet que l'emploi du terme « exécutif », supposant ainsi une simple exécution, n'est pas propre à décrire l'action gouvernementale. Il propose de distinguer deux activités étatiques : la fonction gouvernementale d'un côté – qui consiste dans la prise de décisions –, la fonction administrative de l'autre – tendant à exécuter lesdites décisions, G. BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », art. cité, p. 211-213. La fonction juridictionnelle, en tant qu'elle est perçue par Burdeau comme « l'exercice d'une puissance subordonnée et limitée », appartiendrait à la fonction

constitutionnel, il n'y a pas de fonction qui ne soit politique¹³⁶⁷. Une telle affirmation ne vise pas à discréditer la part de droit dans l'activité juridictionnelle, puisque notre analyse consistera à démontrer que la fonction de la justice constitutionnelle est juridique *et* politique, sans que cela ne puisse constituer une quelconque antinomie¹³⁶⁸. La justice politique peut ainsi se définir en droit constitutionnel par le fait que la décision juridictionnelle est une décision politique, c'est-à-dire une décision qui manifeste un pouvoir de choix relativement libre – libre dans un cadre constitutionnel déterminé (A). Il en résulte que le juge constitutionnel dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité des lois : si les motifs du juge sont sans conteste juridiques, la décision n'en demeure pas moins politique (B).

A. Le critère d'identification de la justice politique : la décision politique

309. La politique se définit comme le pouvoir de choisir librement, quand bien même la décision qui en résulte est prise dans le cadre d'une compétence délimitée (1). Aussi la fonction de contrôle de constitutionnalité des lois est-elle politique dans la mesure où elle se traduit inéluctablement par la compétence de prendre de telles décisions politiques (2).

1. La spécificité de l'acte politique : la décision

310. Lorsqu'elle évoque le caractère politique d'une décision, la doctrine a tendance à s'attacher à ses effets. Sont en ce sens fréquemment évoquées les conséquences politiques d'une décision, soit que, dans le cadre du contrôle *a priori*, la loi soumise à l'examen du juge se voie contestée par l'opposition et s'inscrive dans un contexte particulièrement controversé, soit que, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, l'abrogation d'une loi ait de sérieuses conséquences politiques. Les décisions du Conseil constitutionnel peuvent ainsi être qualifiées de politiques dans la mesure où elles ont pour effet d'influer sur des réformes politiques voulues par le gouvernement en empêchant la promulgation d'une loi, ou de remettre en cause d'anciennes réformes législatives, en abrogeant une loi – fussent-elles promises en amont de l'élection

administrative, *ibid.*, p. 220. Quant à la fonction gouvernementale, elle comprend la fonction législative, *ibid.*, p. 222.

¹³⁶⁷ Michel Troper formule une hypothèse plus radicale : puisque tout acte d'application implique une interprétation créatrice, il en résulte que c'est précisément parce que l'activité juridictionnelle relève d'une fonction d'application du droit qu'elle est une fonction politique, M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire » in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2^e éd., 2015, p. 101.

¹³⁶⁸ Michel Troper relève à cet égard : « Il y a dans l'idéologie commune une opposition entre la politique, vue comme partisane, passionnée, sale, et la juridiction, activité sereine, neutre, impartiale, juste », M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », art. cité, p. 98.

présidentielle dans un « programme »¹³⁶⁹. Cette acception de l'adjectif politique, qui fait florès en droit administratif¹³⁷⁰, doit toutefois être écartée, non parce qu'elle serait contestable en tant que telle, mais parce qu'elle ne nous paraît guère pertinente pour caractériser spécifiquement la justice politique¹³⁷¹. Il en est de même de la justice qui serait dite politique pour la seule raison que la justice est un pouvoir d'État, donc un pouvoir par nature politique. Or, s'il est tentant de définir la politique comme ce qui se rapporte à l'État, une telle définition s'avère insatisfaisante¹³⁷². Elle est non seulement trop large, puisque toute autorité publique dotée d'une compétence serait en ce sens dite politique, mais également paradoxalement trop restrictive, car la politique existe sans l'État – l'exemple de la politique européenne permet aisément de le démontrer.

311. Ce qui marque plus spécifiquement l'acte politique, c'est la décision, entendue comme une liberté de choix, autrement dit comme la manifestation d'un pouvoir discrétionnaire ; ce dernier étant lui-même entendu comme la compétence d'adopter des décisions dont le contenu révèle une grande marge de liberté. Comme le montre la circularité de ces acceptions, décision politique et pouvoir discrétionnaire sont ici consubstantiels. Le pouvoir discrétionnaire concerne en effet l'étendue d'une compétence, quand la décision politique désigne le résultat de cette compétence. Il convient toutefois de distinguer deux types d'actes politiques. Le premier est l'acte de souveraineté : si le souverain a pu être décrit, dans

¹³⁶⁹ On pense par exemple à la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus qui, cumulée aux autres contributions, aurait abouti à une taxation globale au taux de 75%. Alors qu'il s'agissait d'une proposition figurant dans le programme de François Hollande, cette réforme fiscale fut censurée par le Conseil constitutionnel. Sans retenir le moyen du caractère confiscatoire de l'impôt, celui-ci a considéré que le fait d'imposer le revenu d'une personne physique sans prendre en compte l'existence du foyer fiscal aboutirait à méconnaître l'exigence de prise en compte des facultés contributives, Cons. const., 29 décembre 2012, n° 2012-662 DC, *Loi de finances pour 2013*, *JORF* du 29 décembre 2012, p. 20966. Sur les difficultés du lien de la légitimité électorale à l'accomplissement d'un « programme », v. B. DAUGERON, « De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoralisation de la volonté collective », *Jus Politicum*, Vol. VI, 2014, p. 45.

¹³⁷⁰ Prosper Weil considère ainsi que le rôle politique du juge administratif ne s'explique pas par une volonté particulière affirmée par le Conseil d'État de jouer un rôle politique mais plus simplement par la fonction même du juge administratif, inéluctablement politique : « la matière même de son activité conduit le juge administratif à des options d'ordre politique : juge des rapports entre le Pouvoir et les citoyens, entre les gouvernants et les gouvernés, il est amené par la force des choses à rendre des sentences dont la répercussion se fera sentir sur le plan politique » P. WEIL, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », art. cité, p. 282-283. Nous soulignons. Dans le même sens, Jacques Chevallier relève l'importance de l'enjeu politique d'une décision pour la qualifier de politique, J. CHEVALLIER, « Argument » in T. PERROUD *et al.* (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 31.

¹³⁷¹ Elle s'avère également trop englobante, tout juge pouvant être qualifié de hautement politique en vertu de cette acception.

¹³⁷² Même Carl Schmitt, pourtant défenseur de « l'État total », c'est-à-dire un État au sein duquel il n'y a pas ou peu de dissociation entre l'État et la société, déplorait la circularité de la définition du politique par l'État et de l'État par le politique, C. SCHMITT, *La notion de politique. Théorie du partisan* [1932], Paris, Flammarion, coll. « Champs classiques », 1992, trad. M.-L. Steinhäuser, p. 57-63.

un sens décisionniste¹³⁷³, comme « celui qui décide de la situation exceptionnelle »¹³⁷⁴, ce cas de figure diffère de celui qui nous intéresse. La décision, lorsqu'elle procède du souverain, est l'acte de liberté absolue, exempt de toutes limites. Le second type d'actes est l'acte adopté par les pouvoirs constitués. Ici, la décision n'est libre que dans un cadre prédéterminé par le souverain : le cadre constitutionnel qui fixe les compétences des autorités instituées par la constitution, et donc des limites à leur pouvoir. L'acte politique ne s'exprime par conséquent pas avec le même degré de liberté selon qu'il s'exerce par le souverain ou par les institutions politiques non souveraines. Toutefois, cette distinction ne nous paraît pas devoir annihiler l'identification d'un pouvoir de décision détenu par les pouvoirs constitués – même si une telle éviction de la décision correspond indéniablement au projet normativiste¹³⁷⁵. Parmi les différents organes constitués, certains ont en effet une compétence liée, d'autres un pouvoir discrétionnaire. Le premier est un pouvoir d'exécution, le second un pouvoir proprement politique. Or, ce pouvoir proprement politique, lorsqu'il n'est pas exercé par le souverain, n'est jamais entièrement libre. Autrement dit, un pouvoir politique ne désigne évidemment pas un pouvoir exercé en dehors de tout cadre juridique¹³⁷⁶.

¹³⁷³ Notre acception de la politique peut, de prime abord, apparaître radicalement schmittienne, mais elle s'en distingue toutefois quelque peu. Certes, une telle conception évoque le décisionnisme schmittien, dont elle se rapproche indéniablement. En revanche, le décisionnisme schmittien doit se comprendre plus fondamentalement, à travers le critère du politique élaboré par Schmitt, autour de la distinction de l'ami et de l'ennemi. Or, si le principe de décision nous semble tout à fait pertinent pour expliquer tout à la fois la souveraineté et la spécificité du politique, la distinction de l'ami et de l'ennemi, outre qu'elle nous apparaît comme un discours belliciste traduisant une vision par trop sombre de la nature humaine, ne nous paraît guère convaincante pour définir le politique. V. sur cette distinction de l'ami et de l'ennemi, C. SCHMITT, *ibid.* Sur le décisionnisme, v. en particulier, C. SCHMITT, *Théologie politique* [1922, 1969], Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines » 1988, trad. J.-L. Schlegel.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, p. 15. Pour une critique de cette conception, v. F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 308-315.

¹³⁷⁵ Ainsi qu'a pu le relever Bruno Bernardi, « la caractérisation de la constitution comme "norme juridique suprême" [...] s'inscrit dans une logique de réduction de la décision à la règle qui, pour reprendre les termes de Sieyès, tend à résorber le pouvoir constituant dans le pouvoir constitué. Considérer une constitution comme un système de normes établies, c'est avant tout considérer la décision comme ce qui a déjà eu lieu. En amont de la constitution, l'acte constituant est considéré pour ainsi dire comme toujours déjà révolu », B. BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, coll. « Chemins philosophiques », 2003, p. 35.

¹³⁷⁶ La confusion entre politique et absence d'obligation formelle est pourtant fréquente. Elle fut par exemple opérée par Benjamin Constant : ainsi que le relève Patrice Rolland, dans sa défense du « pouvoir préservateur » absolument politique, Constant considère que cette nature politique tient précisément à ce qu'il « exerce un pouvoir de décision discrétionnaire ». Or, celui-ci se caractérise par le fait qu'il s'agisse d'une « authentique puissance d'initiative. Il ne peut pas être astreint à respecter des formes, car cela rendrait sa prérogative illusoire. C'est ce qui explique que, pour Constant, le juge ne puisse constituer ce pouvoir préservateur : "...il est impossible de passer d'une autorité discrétionnaire à l'exercice d'une autorité astreinte à des formes". Il ne peut y avoir ni débat contradictoire ni droit de la défense. La décision de destitution ou de dissolution n'est pas motivée ». Autrement dit, « la régulation des pouvoirs publics est une fonction d'une nature profondément différente de la régulation des rapports sociaux : elle est purement politique et doit échapper aux formes juridiques propres à ce dernier type de rapports », P. ROLLAND, « Comment préserver les institutions politiques ? La théorie du pouvoir neutre chez B. Constant », *RFHIP*, n° 27, 2008, p. 56.

312. C'est cette confusion qui explique l'opposition ferme entre fonction juridictionnelle et fonction politique. La fonction juridictionnelle paraît ne pas pouvoir être politique dans la mesure où elle est aussi juridique, c'est-à-dire que le juge doit statuer en droit et rendre sa décision selon des formes déterminées. Nous ne voyons pourtant nullement ce qui empêcherait de concevoir une décision politique conditionnée au respect de certaines formes juridiques. La loi n'en est-elle pas un exemple éclatant ? Or, n'est-elle pas pourtant adoptée selon des règles procédurales déterminées par la Constitution ? Certes, les obligations formelles ne sont pas les mêmes, le juge étant notamment contraint de motiver sa décision sous la forme syllogistique, mais il n'en demeure pas moins que la fonction législative, soumise à un grand nombre de contraintes procédurales, est une fonction tout à la fois politique et juridique. Elle n'est d'ailleurs pas la seule, puisqu'il en est de même d'une partie de la fonction exécutive, celle qui relève de la fonction gouvernementale, et d'une partie de la fonction juridictionnelle. La tendance à ne voir le politique que dans la fonction législative est dès lors fâcheuse et explique bien des confusions. Ainsi de la qualification de « législateur négatif » conceptualisée par Kelsen à propos du juge constitutionnel¹³⁷⁷. Le juriste autrichien entendait en ce sens signifier que la justice constitutionnelle se distingue du législateur par le fait que sa capacité à créer du droit n'est pas libre, mais « absolument déterminée par la Constitution »¹³⁷⁸. Il oppose donc ici un pouvoir politique, libre, le pouvoir législatif, et un pouvoir encadré juridiquement, celui du juge constitutionnel. Pourtant, la fonction législative est également, procéduralement mais aussi matériellement depuis l'existence d'un domaine de la loi, déterminée par la Constitution, si bien que *l'existence de limites juridiques à l'exercice d'un pouvoir ne peut discriminer de façon pertinente la fonction législative de la fonction juridictionnelle*. La théorie du co-législateur défendue par Michel Troper constitue un autre exemple de cette confusion. L'auteur justifie en effet l'assimilation du juge constitutionnel à un co-législateur par le fait qu'en contrôlant la norme, il choisisse de lui donner une signification¹³⁷⁹. Par-là, il ferait œuvre de législation. Ici, il semble y avoir de nouveau une opposition de la fonction juridictionnelle et de la fonction politique, qui explique que le juge ne puisse exercer une fonction politique que s'il est associé à la fonction législative. Or, en contrôlant la norme législative, le juge n'exerce

¹³⁷⁷ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p.226.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, p. 226.

¹³⁷⁹ V. notamment, M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 31 ; « Le juge constitutionnel et la volonté générale » in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 215 ; « Le réalisme et le juge constitutionnel », *CCC*, n° 22, 2007 [en ligne].

pas une fonction législative, mais bien une fonction juridictionnelle qui, parce qu'exercée par une juridiction constitutionnelle¹³⁸⁰, est politique.

2. La décision au fondement de la fonction intrinsèquement politique du contrôle de constitutionnalité des lois

313. La question de savoir si le juge exerce ou non un pouvoir de décision politique ne peut dès lors être résolue par l'analyse des contraintes juridiques qui pèsent ou non sur lui. Selon des présupposés communément admis, le juge ne dispose pas d'un pouvoir de décision s'il statue de manière impartiale – ce qui s'avère fort difficile à démontrer – mais surtout s'il est absolument lié par la règle qu'il doit appliquer. Plus spécifiquement, le juge constitutionnel n'exerce pas de pouvoir politique s'il doit appliquer la constitution sans pouvoir de choix ni d'interprétation. « Une décision politique, précise ainsi Paul Bastid, s'oppose à une décision juridique en ce qu'elle n'apparaît pas comme une déduction nécessaire tirée de principes rigides [...]. Il peut du reste exister dans un acte ou dans une série d'actes un mélange de l'aspect juridique et de l'aspect politique »¹³⁸¹.

314. Or, si l'on peut qualifier la justice constitutionnelle de justice politique, c'est précisément parce que le juge constitutionnel dispose d'un tel pouvoir de choix ; d'un véritable pouvoir de décision¹³⁸². Par-delà une potentielle partialité dont la preuve sera malaisée à établir, il détermine indéniablement le contenu de la règle qu'il applique ; la règle constitutionnelle¹³⁸³. Lorsqu'il contrôle la conformité d'une loi à la constitution, le juge constitutionnel a certes l'obligation de se prononcer, alors qu'en droit administratif le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration postule aussi une faculté, c'est-à-dire une liberté dans le fait de prendre ou de ne pas prendre un acte. Toutefois, dans le cadre de cette obligation, le juge a non

¹³⁸⁰ Sur la particularité de la fonction de la justice constitutionnelle, Olivier Jouanjan fait le constat de « l'impossibilité récurrente » de la situer « dans une doctrine des fonctions de l'État ». Pour l'auteur, « elle n'est pas seulement juridictionnelle ; elle n'est pas législative ; elle n'est, bien sûr, pas exécutive. Elle est la fonction innommée de l'État constitutionnel précisément parce qu'elle touche au cœur même de ses montages en même temps qu'elle fait bouger les catégories qui le légitime », O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 19 [en ligne].

¹³⁸¹ « On parle communément, par exemple, de la politique jurisprudentielle du Conseil d'État. On vise ainsi le sens de l'opportunité avec lequel cette juridiction opère volontiers dans ses arrêts, au lieu de céder d'emblée à un aveugle déterminisme juridique », P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, *op. cit.*, p. 11.

¹³⁸² Nous associons le pouvoir de décision à la liberté de choix, même s'il est possible de les distinguer : la « décision comme commandement », schmittienne, qui relèverait de la volonté, qui a pu être différenciée de la « décision comme choix », habermassienne, reposant sur la délibération, B. BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, *op. cit.*, p. 11.

¹³⁸³ En ce sens, Michel Troper soutient que le juge constitutionnel dispose d'un pouvoir de décision politique puisqu'il « peut et doit au minimum choisir la disposition constitutionnelle à laquelle il comparera la loi, et déterminer la signification de cette disposition », M. TROPER, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 184.

seulement le *choix* de la règle à appliquer, mais au surplus il en détermine librement le contenu¹³⁸⁴. Dans le cadre de ce choix, le juge *peut* se prononcer en *opportunité*, c'est-à-dire être libre d'apprécier « l'ensemble des circonstances non prévues par le droit »¹³⁸⁵ et juger en fonction desdites circonstances. L'opportunité est ainsi une des manières d'exercer le pouvoir discrétionnaire. La décision du juge est le produit d'un acte de volonté, or cette volonté est juridiquement libre. Pour le juge constitutionnel plus que pour tout autre juge, « la conformité ou la non-conformité de la loi à la Constitution n'est pas une donnée naturelle, immédiatement transparente à la conscience de tous. Elle est la conséquence et non la cause de la décision du juge »¹³⁸⁶. Le juge constitutionnel ne peut dès lors éviter de décider lorsqu'il doit se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi, ce qui explique que le contrôle de constitutionnalité des lois soit un contrôle intrinsèquement politique¹³⁸⁷. Il n'est pas politique parce qu'exercé par tel ou tel organe, il l'est en raison de sa fonction même : *la fonction de juger, en matière constitutionnelle, est inéluctablement politique*¹³⁸⁸. Même Kelsen et Schmitt s'accordaient sur ce point. Alors que ce dernier dénonçait la possibilité d'une garde juridictionnelle de la constitution en considérant radicalement qu'« une décision sur la “constitutionnalité” n'est jamais une décision apolitique »¹³⁸⁹, le juriste autrichien admettait sans difficultés la fonction politique de la justice. Pour Kelsen, en effet, la fonction juridictionnelle est une fonction de nature politique – dimension politique qu'il ne conçoit, certes, qu'au prisme de la fonction législative, dont elle ne se différencie que de façon « quantitative, et non qualitative »¹³⁹⁰. Cette affirmation s'applique d'autant plus à la justice constitutionnelle, dans la mesure où « la composante politique de la justice est d'autant plus forte que son pouvoir d'appréciation est grand »¹³⁹¹.

¹³⁸⁴ Jean-Marie Denquin relève du reste que les Cours constitutionnelles, comme les assemblées parlementaires, prennent leur décision à la majorité, J.-M. DENQUIN, « Justice constitutionnelle et justice politique », art. cité, p. 76.

¹³⁸⁵ M. RÉGLADE, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1925, p. 415.

¹³⁸⁶ J.-M. DENQUIN, « Justice constitutionnelle et justice politique », art. cité, p. 83.

¹³⁸⁷ Michel Troper considère du reste qu'il en est de même du pouvoir judiciaire : en raison de son pouvoir d'interprétation, « le juge dispose d'une grande liberté d'appréciation, donc d'un véritable pouvoir de décision ». Ces décisions sont politiques, puisqu'elles « présentent un degré élevé de généralité » dans les motifs de sa décision, M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », art. cité, p. 100.

¹³⁸⁸ Pour Michel Troper, il en est de même du pouvoir judiciaire : en raison de son pouvoir d'interprétation, « le juge dispose d'une grande liberté d'appréciation, donc d'un véritable pouvoir de décision ». Ces décisions sont politiques, puisqu'elles « présentent un degré élevé de généralité » dans les motifs de sa décision, M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », art. cité, p. 100.

¹³⁸⁹ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 275.

¹³⁹⁰ H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, *op. cit.*, p. 76.

¹³⁹¹ *Ibid.*, p. 75. Kelsen considère ainsi que la seule manière de réduire le pouvoir politique des tribunaux est de limiter leur marge d'appréciation dans l'interprétation des lois – ou, en l'occurrence, de la Constitution – ce qui suppose que « les normes constitutionnelles ne doivent pas être rédigées dans des termes trop généraux », singulièrement s'agissant des « droits fondamentaux », *ibid.*, p. 86.

315. La décision juridictionnelle a toutefois ses spécificités, qui distingue la fonction politique du juge constitutionnel de celle du législateur ou de l'exécutif. Le juge est en effet contraint de motiver juridiquement sa décision¹³⁹². À la différence d'un acteur proprement politique, le juge, lorsqu'il décide, se doit d'employer un langage juridique¹³⁹³. De plus, si la décision rendue est politique, l'initiative quant à elle ne l'est pas. En effet, le juge n'est pas libre au moment de la saisine, puisqu'il ne peut s'auto-saisir. Autrement dit, le juge constitutionnel ne peut pas *décider de décider*, ce qui n'annihile toutefois guère son pouvoir politique¹³⁹⁴. Cela explique d'ailleurs que le concept de justice politique nous paraisse plus approprié que celui de « gouvernement des juges ». Pour Stéphane Caporal, « il y a gouvernement des juges dès lors que ces juges détiennent un pouvoir de décision illimité ou font usage de leur pouvoir d'interprétation pour transformer l'État, ou la société »¹³⁹⁵. Selon cette définition, la fonction politique de la justice constitutionnelle correspond bien au gouvernement des juges. Toutefois, le concept de gouvernement, outre qu'il brouille la distinction des fonctions, *suggère un pouvoir d'initiative dont ne dispose pas le juge*. Mais ces particularités – l'obligation de motivation et l'absence d'initiative – ne font pas de la fonction juridictionnelle de la justice constitutionnelle une fonction moins politique, elle est seulement une fonction politique singulière : ainsi que le Conseil constitutionnel le rappelle inlassablement, son « pouvoir général d'appréciation et de décision » n'est pas « *identique* à celui du Parlement »¹³⁹⁶, ce qui ne signifie pas qu'il est *inexistant*¹³⁹⁷. Or, les conséquences de ce pouvoir de décision politique s'avèrent considérables dans la mesure où cela oblige à reconnaître que le juge, lorsqu'il contrôle la conformité des lois à la constitution, dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

¹³⁹² Sur la motivation, v. les développements *infra*, § 337-347.

¹³⁹³ Françoise Michaut relève ainsi cet argument de Walton Hale Hamilton, d'une décision judiciaire qui se distingue de la décision politique en ce qu'elle « comporte des usages et des procédures propres » et « oblige le juge à employer un langage spécifique : celui du droit », F. 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 », art. cité, p. 370.

¹³⁹⁴ Ainsi que le relève Denis Baranger : « Au contraire du législateur ou de toute autorité pouvant "édicter" des règles de droit, le juge n'est pas habilité à manifester sa volonté. L'idée que le juge est "soumis au droit" est une directive fondamentale qui indique les limites de son pouvoir créateur, mais qui ne le supprime en aucun cas », D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2017, p. 16.

¹³⁹⁵ S. CAPORAL, « Le gouvernement des juges : protection des droits ou captation du politique ? » in *Justice et État*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection d'Histoire des Idées Politiques », 2014, p. 423.

¹³⁹⁶ Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* (cons. 1), *JORF* du 16 janvier 1975, p. 671.

¹³⁹⁷ *Contra*, pour Bertrand Mathieu, « le Conseil est créateur de droit, dans le cadre et les limites évoquées, il n'est pas l'auteur de choix politiques. Alors même que la frontière n'est pas toujours facile à tracer la formule employée par le Conseil selon laquelle il ne possède pas un pouvoir de décision identique à celui du Parlement, l'utilisation du principe de proportionnalité combinée à la technique de l'erreur manifeste d'appréciation, témoignent de la volonté du Conseil de rester sur le terrain juridique », B. MATHIEU, « Les décisions créatrices du Conseil constitutionnel », art. cité, [en ligne].

B. La singularité du pouvoir discrétionnaire en droit constitutionnel

316. Le pouvoir discrétionnaire désigne communément l'entière liberté dans la prise de décision. Occupant une place prépondérante en droit administratif, il peut de prime abord paraître étonnant qu'une étude de droit constitutionnel, singulièrement portée sur le juge, puisse user de la théorie du pouvoir discrétionnaire à l'appui de sa démonstration¹³⁹⁸. Pourtant, quelle théorie autre que celle du pouvoir discrétionnaire pourrait mieux décrire le pouvoir politique ? Celui-ci ne se définit-il pas comme le pouvoir de décision, la liberté de choix, quand celle-là entend précisément singulariser une plus ou moins grande liberté dans la prise de décision ? Si cette théorie a sa pertinence en droit administratif, elle doit toutefois être nuancée, dans la mesure où son utilisation peut fâcheusement tendre à confondre l'acte de décision et l'acte d'exécution. Cette distinction rappelle en effet celle proposée par Laferrière entre administrer – « acte d'administration » – et gouverner – acte de gouvernement¹³⁹⁹. Autrement dit, entre *exécuter* et *choisir*. Même avec une marge de liberté, de choix, la décision administrative manifeste un pouvoir discrétionnaire de faible intensité en ce qu'il reste toujours un acte d'exécution. En ce sens, Charles Eisenmann appelait à une graduation du pouvoir, entre le pouvoir doté d'une compétence discrétionnaire, celui doté d'une compétence liée et, entre les deux, une « catégorie mixte », à savoir « les actes partiellement discrétionnaires et

¹³⁹⁸ Sur le pouvoir discrétionnaire en droit administratif, v. notamment, M. HAURIOU, Note sous Conseil d'État, 31 janvier 1902, *Grazietti, S.*, 1903, III, p. 113 ; L. MICHOU, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, n° 3, p. 429 ; R. BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, p. 363 ; E. GIRAUD, « Étude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *Revue générale d'administration*, 1924, p. 193 ; M. RÉGLADE, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1925, p. 413 ; M. WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 197 ; L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, Paris, Dalloz, 1932 ; J. LODOVICI, *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*, Lille, Duriez-Bataille, 1937 ; A. HAURIOU, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification » in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Librairie Édouard Duchemin, 1977, p. 231 ; A. BOCKEL, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, 1978, p. 355 ; P. DELVOLVÉ, « Le contrôle de l'opportunité existe-t-il ? » in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1988, p. 269 ; G. LEBRETON, *Le pouvoir discrétionnaire exercé par l'administration française sur ses agents (évolution depuis le XVIII^{ème} siècle)*, Thèse dactyl, Paris II, 1988 ; C. VAUTROT-SCHWARZ, « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? » in *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, p. 639.

¹³⁹⁹ « En dehors de toute disposition de loi, les principes généraux du droit public et la nature même des choses imposeraient la distinction de l'acte de gouvernement et de l'acte d'administration. Ces deux espèces d'actes correspondent, en effet, à des attributions différentes du pouvoir exécutif : administrer et gouverner. Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est pourvoir aux besoins de la société politique tout entière, veiller à l'observation de sa constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, aux rapports de l'État avec les puissances étrangères, à la sécurité intérieure et extérieure », E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome II, Paris, Berger-Levrault et C^{ie}, 1888, p. 31.

partiellement liés »¹⁴⁰⁰. À cet égard, il s'agira de démontrer que la décision administrative se caractérise comme un pouvoir discrétionnaire de faible intensité (1). Tout pouvoir n'est toutefois pas également discrétionnaire ; aux deux extrémités se trouvent, au plus faible, « la discrétionnalité nulle, c'est-à-dire la compétence liée » et au plus fort « la discrétionnalité totale », c'est-à-dire le pouvoir souverain¹⁴⁰¹. Le pouvoir discrétionnaire peut dès lors pertinemment être pensé en droit constitutionnel comme propre à décrire la décision politique. L'extension d'une notion habituellement limitée au droit administratif n'est du reste pas une démarche véritablement hardie. Eisenmann, déjà, critiquait une telle limitation : « Cette thèse, qui restreint le pouvoir discrétionnaire à la seule Administration, est une thèse absolument erronée et insoutenable. Le vrai est que le phénomène du pouvoir discrétionnaire est un phénomène absolument général ; il se rencontre dans toutes les sortes d'actes juridiques, dans toutes les branches du droit, pour tous les agents et dans tous les domaines »¹⁴⁰². La question du pouvoir discrétionnaire ne saurait ainsi se limiter aux organes d'exécution puisque, précisément, plus l'on remonte la hiérarchie des organes et plus le pouvoir discrétionnaire se révèle, « pour finir par être illimité en ce qui concerne l'organe constituant, l'organe souverain ». Partant, non seulement le pouvoir discrétionnaire ne se limite pas aux organes d'exécution, mais il se déploie « dans une mesure beaucoup plus large pour les organes d'édiction des règles générales »¹⁴⁰³. Dans ce cadre, les décisions constitutionnelles, intégrant celles du juge constitutionnel, apparaissent comme une manifestation intense du pouvoir discrétionnaire (2).

1. Un pouvoir discrétionnaire de faible intensité : la décision administrative

317. En droit administratif, la définition la plus répandue du pouvoir discrétionnaire est celle qui fut proposée par Léon Michoud, selon laquelle « il y a pouvoir discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit »¹⁴⁰⁴. Le pouvoir discrétionnaire est donc associé à la liberté. Procédant à une telle association, Eisenmann considère en ce sens qu'un tel pouvoir présuppose un choix : « chaque fois que l'on constate et peut affirmer qu'un organe avait le choix entre plusieurs décisions, on pourra dire qu'il avait un pouvoir discrétionnaire. Chaque fois que la décision est

¹⁴⁰⁰ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Tome II, Paris, LGDJ, 1983, rééd. coll. « Anthologie du Droit », 2014, p. 294.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 313.

¹⁴⁰² *Ibid.*, p. 314.

¹⁴⁰³ *Ibid.*, p. 314.

¹⁴⁰⁴ L. MICHOD, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », art. cité, p. 434.

valable alors qu'il aurait pu cependant prendre une autre décision, elle correspond à un pouvoir discrétionnaire »¹⁴⁰⁵, ce qui implique une « autonomie du sujet », une « autodétermination du sujet »¹⁴⁰⁶. Le pouvoir discrétionnaire n'est toutefois pas un pouvoir illimité, encore moins un pouvoir arbitraire¹⁴⁰⁷. *À la différence du pouvoir arbitraire, le pouvoir discrétionnaire résulte en effet d'une compétence, si bien qu'il est par nature limité.* En effet, « le pouvoir discrétionnaire se veut prévu, fondé sur une norme d'habilitation », si bien que « la discrétion administrative s'avère soumise et créée par le droit, au contraire de l'arbitraire »¹⁴⁰⁸.

318. La décision administrative manifeste un pouvoir discrétionnaire de faible intensité dans la mesure où elle ne bénéficie pas d'une totale immunité juridictionnelle. Considéré originairement comme étant délimité par le seul législateur¹⁴⁰⁹, Marcel Waline a, dès 1930¹⁴¹⁰, entrepris de démontrer le rôle du juge dans la délimitation de ce pouvoir. Mais c'est surtout Eisenmann qui, par la suite, démontrera véritablement « que les règles jurisprudentielles peuvent limiter le pouvoir discrétionnaire »¹⁴¹¹. Depuis, la doctrine administrativiste a tendance à associer l'existence d'un pouvoir discrétionnaire à l'impossibilité pour le juge de contrôler substantiellement les actes objets de ce contrôle – c'est-à-dire exercer un contrôle entier¹⁴¹². Le pouvoir discrétionnaire est ainsi étudié par rapport au recours pour excès de pouvoir¹⁴¹³, même si une telle perspective peut s'avérer contestable tant le pouvoir discrétionnaire recouvre en droit administratif des actes forts différents. Ainsi, dès lors que des considérations d'opportunité interviennent dans la décision administrative, le contrôle du juge administratif est censé être

¹⁴⁰⁵ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Tome II, *op. cit.*, p. 292.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 292.

¹⁴⁰⁷ V. sur la distinction du pouvoir discrétionnaire et du pouvoir arbitraire, T. DESMOULINS, *L'arbitraire, histoire et théorie. Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'Antiquité à nos jours*, Thèse dactyl., Paris II, 2018, p. 34-42.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 37. Il est donc possible d'admettre, à la limite, que « la discrétion n'incarne qu'une forme d'arbitraire, soumise et limitée par le droit », même si une telle présentation entretient la confusion entre deux concepts bien distincts.

¹⁴⁰⁹ Gilles Lebreton explique en effet que la doctrine retenait une vision proprement légicentriste, considérant que le pouvoir discrétionnaire est délimité par le seul législateur (notamment chez R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 1926, p. 138), G. LEBRETON, *Le pouvoir discrétionnaire exercé par l'administration française sur ses agents (évolution depuis le XVIII^{ème} siècle)*, *op. cit.*, p. 2-3.

¹⁴¹⁰ M. WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, p. 197, cité in G. LEBRETON, *Le pouvoir discrétionnaire exercé par l'administration française sur ses agents (évolution depuis le XVIII^{ème} siècle)*, *op. cit.*, p. 2-3.

¹⁴¹¹ G. LEBRETON, *ibid.*, p. 2-3.

¹⁴¹² J. LODOVICI, *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*, *op. cit.* V. notamment dans sa conclusion : « L'abandon de la notion d'acte discrétionnaire est solidaire d'une extension du rôle du juge qui tend à assujettir de plus en plus l'administration à la légalité et qui marque ainsi un recul de l'idée de souveraineté », *ibid.*, p. 172. Benoît Plessix relève ainsi que « les études doctrinales ont pour point commun d'avoir adopté un tropisme contentieux, de ne pas être parties d'une théorie de l'action administrative mais de ce qui est ou non contrôlé par le juge », B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuels », 2^e éd., 2018, p. 621.

¹⁴¹³ Sur ce point, v. S. BUFFA, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, Paris, IRJS Édition, coll. « Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2014, p. 17-38.

plus restreint¹⁴¹⁴. Le pouvoir discrétionnaire postule en effet en droit administratif un mélange entre des considérations de légalité et d'opportunité au moment de la prise de décision¹⁴¹⁵. Le contrôle du juge administratif sera ainsi limité s'agissant de décisions individuelles telles que l'attribution de décorations ou des notes d'examen. Toutefois, plusieurs mouvements viennent nuancer cette présentation : le pouvoir de police administrative tout comme l'expropriation pour cause d'utilité publique, manifestent également un pouvoir discrétionnaire de l'administration. Or, en ces matières, le contrôle sera bien plus poussé, le juge administratif n'hésitant pas à exercer un contrôle de proportionnalité de la mesure de police¹⁴¹⁶ ou de l'utilité publique d'une expropriation aux termes d'un contrôle dit « du bilan coût-avantages »¹⁴¹⁷, par lequel le juge vérifie que l'opération n'aurait pas pu être effectuée dans des conditions équivalentes sans procéder à l'expropriation – autrement dit, il vérifie l'opportunité de la mesure¹⁴¹⁸.

319. En réalité, seul l'acte de gouvernement bénéficie d'une totale immunité juridictionnelle. Or, l'acte de gouvernement, acte discrétionnaire par excellence, appartient à la catégorie du pouvoir discrétionnaire fort. Cela s'explique par le fait qu'il ne relève pas de la fonction d'exécution à proprement parler – la « fonction administrative »¹⁴¹⁹ – mais de la fonction gouvernementale. Il en résulte que le pouvoir discrétionnaire est important lorsqu'il se rattache à un pouvoir proprement politique. Le pouvoir non politique de l'administration traduit quant à lui soit une compétence liée, soit un pouvoir discrétionnaire faible. En droit administratif, la distinction entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée s'apprécie en réalité uniquement en fonction du degré de contrôle, et en conséquence, en fonction du juge

¹⁴¹⁴ Sur le contrôle de l'opportunité par le juge administratif, v. J. CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67 ; M. DUBISSON, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1958 ; Y. GAUDEMET, « Le juge administratif, futur administrateur ? » in G. GARDAVAUD, H. OBERDOFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, coll. « École doctorale », 1995, p. 181 ; J. MESMIN D'ESTIENNE, « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? », *RFDA*, 2016, p. 553.

¹⁴¹⁵ D. LABETOUILLE, conclusions sur CE, 30 nov. 1974, *Époux Thony*, req. n° 91558 et n° 91559, *La Revue administrative*, 1975, p. 375 : « il n'y pas de légalité en soi, ou d'opportunité en soi ».

¹⁴¹⁶ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec.*, p. 541.

¹⁴¹⁷ CE Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *Rec.*, p. 409.

¹⁴¹⁸ Cette technique est ainsi décrite comme un « moyen de transgression des limites entre les mains du juge », A. VAN LANG, « De l'usage du bilan dans l'après-jugement » in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1056. Sur ce point, v. aussi, G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité » in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, p. 297 ; J.-P. COSTA, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 434 ; P. Wachsmann, « Un bilan du bilan en matière d'expropriation : la jurisprudence Ville Nouvelle Est, trente ans après », *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 733.

¹⁴¹⁹ G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1963 ; J. RIVERO, « L'action administrative. La fonction administrative » in *Encyclopédie française. Tome X, L'État*, Paris, Société nouvelle de l'encyclopédie française, 1964, p. 329.

administratif. Aussi le contrôle du juge administratif est-il admis lorsque la décision administrative discrétionnaire n'est pas considérée comme un acte politique : à partir du moment où, comme pour l'acte de gouvernement, la décision peut être qualifiée de politique, le contrôle du juge s'efface.

320. La décision administrative manifeste donc un pouvoir discrétionnaire faible dans son intensité. Sans doute cette faiblesse explique-t-elle que la doctrine ait pu refuser de parler d'actes proprement discrétionnaires – qui confèreraient une grande liberté à l'administration – préférant observer qu'il y a une part de pouvoir discrétionnaire dans certains actes¹⁴²⁰. Ainsi du doyen Hauriou qui conteste l'existence d'actes discrétionnaires, considérant plutôt qu'il y a « un certain pouvoir discrétionnaire de l'Administration, qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes, et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier dans tous les actes, et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives »¹⁴²¹. Tout cela ne doit toutefois pas conduire à minimiser l'importance du pouvoir discrétionnaire en matière administrative : même plus faible qu'en matière constitutionnelle, le pouvoir discrétionnaire de la décision administrative manifeste une liberté dans la prise de décision qui le distingue de la compétence liée, qui « existe lorsque la rigidité et la minutie des prescriptions légales ne laissent aucune autonomie aux organes chargés de l'exécution et de l'application des lois, qui doivent, dès lors, se borner à des constatations et des vérifications »¹⁴²².

321. L'évolution du droit administratif laisse toutefois à voir un glissement progressif du pouvoir discrétionnaire de l'administration à celui du juge¹⁴²³. Au début du XX^e siècle, déjà,

¹⁴²⁰ La « théorie de l'acte discrétionnaire », ainsi que le relève Marcel Waline, « met hors du Droit toute une catégorie d'actes, sans aucun tempérament », tandis que le pouvoir discrétionnaire « se manifeste dans des actes qui ne sont pas, eux, entièrement discrétionnaire », si bien que la théorie du pouvoir discrétionnaire « est nécessairement limité[e] », M. WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », art. cité, p. 199.

¹⁴²¹ M. HAURIOU, Note sous Conseil d'État, 31 janvier 1902, *Grazietti, S.*, 1903, 3.113. Idée reprise ensuite par Michoud. V. en ce sens, J. LODOVICI, *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*, op. cit., p. 108-111. De même, pour Marcel Waline, « il n'y a plus d'actes complètement discrétionnaires, mais dans tous les actes administratifs se retrouve l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, plus ou moins étendu selon les cas », M. WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », art. cité, p. 198.

¹⁴²² L. DI QUAL, *La compétence liée*, Paris, LGDJ, 1964, p. 5. L'auteur distingue ainsi pouvoir discrétionnaire et compétence liée : « La compétence est discrétionnaire lorsqu'elle s'exerce librement : le législateur établit librement les normes juridiques nouvelles. *La compétence est dite liée* lorsque son titulaire se trouve, soit dans la nécessité d'agir, soit, s'il est en principe libre d'agir, dans la nécessité d'agir dans certaines conditions : le juge, régulièrement saisi, est obligé de juger, d'exercer sa compétence ; sa compétence est liée sur ce point », *ibid.*, p. 1. L'auteur relève à cet égard la nécessité de distinguer compétence et pouvoir. « La compétence entraîne, pour l'agent, le *pouvoir* de faire certains actes dans le cadre de ces attributions. Aussi le « pouvoir » signifie-t-il avant tout la *manière*, pour l'autorité administrative, d'exercer sa compétence. [...] La compétence pourrait donc se traduire par l'idée de pouvoir à l'*état potentiel*, le pouvoir se traduisant par la mise en œuvre de la compétence », *ibid.*, p. 2.

¹⁴²³ Bernard Pacteau formule ce constat sous la forme interrogative : « Le pouvoir discrétionnaire [...] aura constitué à la fois l'obsession et la hantise du XIX^e s. Sa mise en cause aura été l'œuvre de la jurisprudence du

Léon Michoud affirmait que « le pouvoir discrétionnaire se trouve, plus ou moins développé, dans toutes les fonctions de l'État »¹⁴²⁴. Mais le pouvoir juridictionnel ne reposait alors pas sur des assises suffisamment solides pour que la doctrine reconnaisse un véritable pouvoir discrétionnaire du juge. Ainsi Michoud considérait, s'agissant spécifiquement du pouvoir discrétionnaire du juge, qu'un tel pouvoir ne se « manifestait ni dans l'établissement de la règle à appliquer, ni dans l'appréciation du fait, mais uniquement dans les « conséquences à en tirer », c'est-à-dire la décision résultant de cette confrontation de la règle au fait¹⁴²⁵. Une telle conception de la fonction de juger présuppose nécessairement de nier la part de création du droit par le juge, considérant de façon contestable que « l'existence du fait ou de la règle ne [dépend] aucunement du juge »¹⁴²⁶. Elle sera très vite contredite par la jurisprudence administrative puisque, dès 1914, puis 1916, le juge administratif acceptera de s'immiscer dans les faits¹⁴²⁷, allant aujourd'hui jusqu'à se « substituer » à l'administration. Surtout, elle se révèle difficilement soutenable en droit administratif, sa seule nature de droit originellement prétorien suffisant à démontrer le rôle normatif de son juge. À cet égard, non seulement le juge administratif dispose d'un pouvoir discrétionnaire, mais ce dernier est au surplus plus important que celui de l'administration puisqu'il dispose « de la répartition du pouvoir discrétionnaire entre lui-même et l'Administration active »¹⁴²⁸. Or, ce que Léo Hamon a appelé pour le juge administratif un « pouvoir discrétionnaire jurisprudentiel »¹⁴²⁹ et une « administration des juges », qui serait la variante juridictionnelle de l'État de droit appliqué au droit administratif¹⁴³⁰, s'observe de façon plus évidente encore s'agissant du juge constitutionnel. En matière constitutionnelle, en effet, toutes les institutions politiques, y compris le juge constitutionnel dans sa fonction contentieuse, disposent d'un fort pouvoir discrétionnaire.

XX^e s. Mais le juge ne l'aurait démantelé chez l'administrateur que pour mieux s'en armer lui-même ? », B. PACTEAU, « Discrétionnarité » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 374.

¹⁴²⁴ L. MICHOD, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », art. cité, p. 434.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, p. 451.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, p. 451. En revanche Michoud relève très justement l'impossible auto-saisine et l'impossible déni de justice du juge : « son pouvoir discrétionnaire s'arrête devant l'obligation générale de dire le droit et devant l'obligation de ne pas intervenir là où son intervention n'est pas demandée », *ibid.*, p. 452-453.

¹⁴²⁷ CE, 4 avril 1914, *Gomel*, Rec. p. 488, GAJA, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 22^e éd., 2019, n° 26 ; CE, 14 janvier 1916, *Camino*, Rec. p. 15, GAJA, op. cit., n° 27.

¹⁴²⁸ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Tome II, op. cit., p. 312.

¹⁴²⁹ L. GOLDENBERG, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, op. cit., p. 59.

¹⁴³⁰ *Ibid.*, p. 58.

2. Un pouvoir discrétionnaire de forte intensité : la décision constitutionnelle

322. L'argument consistant à reconnaître au juge un pouvoir discrétionnaire n'est donc pas nouveau. Eisenmann reconnaissait ainsi trois types de pouvoir discrétionnaire du juge : 1° Le cas dans lequel la loi ne dit rien. Dans ce cas, conformément à l'article 4 du Code civil qui prohibe le déni de justice, « le juge a un pouvoir discrétionnaire pratiquement illimité, – quant à la détermination du fond de la norme »¹⁴³¹. 2° Lorsque le juge a légalement le choix entre plusieurs décisions, ce qui se rencontre singulièrement en matière pénale¹⁴³². 3° En présence de notions indéterminées¹⁴³³. Il en résulte que tout juge compétent pour créer la norme qu'il applique, c'est-à-dire créer du droit jurisprudentiel¹⁴³⁴, dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire¹⁴³⁵.

323. Le pouvoir discrétionnaire du juge constitutionnel se manifeste tant par ses fonctions consultatives, puisque, dans ce cadre, il se prononce en opportunité¹⁴³⁶, qu'au regard de sa fonction contentieuse. S'agissant de cette dernière – qui nous intéresse exclusivement – le pouvoir discrétionnaire s'illustre par le fait que le juge, dans son contrôle de la conformité

¹⁴³¹ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Tome II, *op. cit.*, p. 315.

¹⁴³² *Ibid.*, p. 315.

¹⁴³³ *Ibid.*, p. 316. Toutefois Eisenmann posait une limite à ce pouvoir discrétionnaire du juge s'agissant du choix de décider ou de s'abstenir, dans la mesure où les juges ne peuvent s'auto-saisir « mais, dès lors qu'ils sont [...] saisis, ils doivent agir ».

¹⁴³⁴ Ainsi que le relève Charles Eisenmann pour le droit administratif, « souvent les règles législatives sur les rapports dont le juge a à connaître lui laissent une liberté de décision, de choix entre plusieurs décisions plus ou moins grande, soit volontairement (exemple : possibilité de choisir entre plusieurs sanctions, ou entre des degrés différents d'une même sanction), soit involontairement (parce qu'elle ne définit pas précisément telle notion dont elle fait usage, ou la signification exacte de ses phrases) ; la loi elle-même l'invite à statuer selon son propre sentiment, personnel et libre, au cas où il n'existe pas de règle positive sur l'objet juridique du différend (exemple : article 4 du Code civil) ; chacun sait qu'il existe des règles de droit jurisprudentiel, c'est-à-dire créées par un juge, qui statue ensuite et assure qu'il sera statué par d'autres juridictions, inférieures, sur leur base : la liberté du juge – du juge créateur de la règle, naturellement – atteint ici son maximum [...] ; on sait combien largement ce phénomène joue en France pour le Conseil d'État ou le Tribunal des conflits, créateurs de tant de règles, et fondamentales, de droit administratif », C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Tome I, Paris, LGDJ, 1982, rééd. coll. « Anthologie du Droit », 2014, p. 106-107.

¹⁴³⁵ Christian Autexier propose de « recenser les différentes situations et conceptions dans lesquelles un juge fait acte politique ». Il énonce trois propositions : Soit « tout juge, parce que inséré dans un système juridique, exerce une fonction politique en étant le serviteur d'un système juridique lié à un système social ». Soit « un juge peut jouer un rôle politique si, son indépendance n'étant pas rigoureusement garantie, *de jure* ou *de facto*, il se trouve sous la dépendance du ou des organes chargés de poser les normes applicables dans la société ». Soit « un juge dont l'indépendance est garantie (...) peut exercer une fonction de nature politique dans la mesure où son activité juridictionnelle ne peut se réduire totalement à une activité de type syllogistique : Soit N la norme générale impersonnelle, Soit S la situation particulière, concrète, Alors l'application de la norme N à la situation S permet de tirer le jugement particulier J », C. AUTEXIER, « Le nouveau Conseil constitutionnel. Essai de définition de la fonction d'un contrôleur de constitutionnalité dans les démocraties occidentales » in *Mélanges Jacques Teneur*, Lille, Université de droit et de la santé, Collection des travaux de la Faculté des sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Lille, 1977, p. 21. S'agissant de la justice constitutionnelle, l'auteur opte pour la troisième proposition. Il relève en effet que « l'aspect politique de l'action du juge constitutionnel » se manifeste « lorsque la norme de référence est tellement peu précise qu'elle ne peut pas être utilisée comme majeure du syllogisme avant que le juge constitutionnel n'ait choisi de lui donner un sens plus précis », *ibid.*, p. 23.

¹⁴³⁶ P. DELVOLVÉ, « Le contrôle de l'opportunité existe-t-il ? », art. cité, p. 273.

des lois à la constitution, se trouve nécessairement amené à devoir faire respecter des notions indéterminées dont il est libre, précisément, de déterminer le contenu. L'extension du contrôle du juge constitutionnel au Préambule de la Constitution par la décision du 16 juillet 1971 exacerbe évidemment ce pouvoir discrétionnaire¹⁴³⁷. La décision, par exemple, pour le Conseil constitutionnel d'ériger ou non une loi de la République en principe fondamental reconnu par les lois de la République n'est rien d'autre qu'une « pure affirmation » du juge, car rien ne permet véritablement de comprendre ce choix, et les critères de ce choix : il s'agit d'un « choix discrétionnaire »¹⁴³⁸. De façon générale, la création par le juge de principes nouveaux à partir d'énoncés souvent vagues et imprécis montre qu'il ne « découvre » par un principe déjà existant – contrairement à une vision dworkinienne niant l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du juge¹⁴³⁹ – mais qu'il se trouve dans une situation d'entière liberté quant au principe qui fondera son contrôle. Autrement dit, *le juge dispose du pouvoir de déterminer la norme qu'il applique,*

¹⁴³⁷ Dans le même sens, Danièle Lochak affirme : « il n'est pas possible de bâtir un raisonnement argumenté et juridiquement convaincant sur des fondements aussi mouvants que la Déclaration des droits de l'homme de 1789, conçue déjà à l'époque comme un simple rappel du droit naturel, le Préambule de la Constitution de 1946 qui est le fruit d'un compromis politique, ou ces fameuses “lois de la République” dont on ne sait au juste ce qu'elles recouvrent ni ce qui, en elles, est fondamental, donc immuable, et ce qui ne l'est pas », D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, nouvelle éd. 1991, p. 42. Ainsi l'auteur n'hésite pas à qualifier le pouvoir du juge de discrétionnaire ; pouvoir discrétionnaire qu'elle estime évident : « Tout a été dit sur la liberté que laisse au Conseil constitutionnel des dispositions ambiguës, vagues, parfois contradictoires, dont il détermine discrétionnairement la valeur juridique et les conditions d'application ». Il en découle une double conséquence selon l'auteur : la première, bien connue, est une « conséquence politique », à savoir le « gouvernement des juges ». La seconde sur laquelle l'auteur entend insister est une « conséquence juridique », à savoir « l'incertitude qui s'attache à l'existence, à la consistance à la valeur et à la portée des normes constitutionnelles », *ibid.*, p. 43. L'auteur dresse alors une classification des différents principes dégagés par le juge : il y a d'abord ceux qui sont créés par le juge et ne reposent sur aucun fondement textuel. D'autres ensuite qu'il est possible de rattacher à un texte mais qui demeurent « insaisissables et fuyants, dans l'impossibilité où l'on est de connaître avec certitude leur contenu ou leurs effets », soit que leur portée « se modifie en fonction des hypothèses auxquelles on les applique », soit que leur « portée est incertaine parce que leur contenu intrinsèque demeure indéterminé » (comme les « principes particulièrement nécessaires à notre temps », *ibid.*, p. 44.

¹⁴³⁸ *Ibid.*, p. 46.

¹⁴³⁹ Précisons que Dworkin distingue politiques (« *policies* ») et principes : « les politiques déterminent des buts, décrivent une vision du bien commun de la société et sont normalement l'affaire du législatif ; les principes décrivent des droits existants et demandent une application constante, souvent légitimement à l'encontre de la recherche de quelque but commun. Dans l'accomplissement de cette fonction, il est préférable de supposer qu'il n'y a qu'une seule bonne réponse à n'importe quelle question d'interprétation de droit et qu'en conséquence, nous ne pouvons pas dire, dans un débat donné, qu'il n'existe tout simplement pas de bonne manière de le conclure », S. LEADER, « Le juge, la politique et la neutralité. À propos des travaux de Ronald Dworkin », *Droit et Société*, n° 2, 1986, trad. F. MICHAUT, p. 26. Cette conception de la « bonne réponse » explique pourquoi Dworkin considère que le juge découvre les principes et ne les crée pas et, subséquentement, que le pouvoir discrétionnaire du juge n'existe tout simplement pas : « lorsqu'un juge censure une *règle* au nom d'un *principe*, il ne *crée* pas de droit, il ne fait que le *découvrir*, mais le droit qu'il “découvre” est supérieur à toutes les règles et, de ce fait, il s'impose à toutes les autorités légales », P. RAYNAUD, « Les règles et les principes » in A. POLICAR (dir.), *Ronald Dworkin, l'empire des valeurs*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Politiques », 2017, p. 180. Philippe Raynaud ajoute à ce sujet que « cette vision du droit convient aisément aux professeurs de droit, dont beaucoup se plairont à accompagner le juge dans la découverte de “principes” qui permettent d'ordonner le chaos apparent des décisions judiciaires ponctuelles », *ibid.*, p. 182.

et c'est en cela que s'illustre son pouvoir discrétionnaire¹⁴⁴⁰. Aussi n'y a-t-il pas de distinction possible entre création et application d'un acte¹⁴⁴¹.

324. S'il peut paraître tentant de déduire de l'existence d'une telle liberté de choix un pouvoir arbitraire du juge qu'il conviendrait alors de dénoncer¹⁴⁴², une telle tentation procéderait d'une fâcheuse confusion : *l'arbitraire juridictionnel renvoie à l'absence de tout encadrement de son pouvoir, quand la discrétion juridictionnelle entend quant à elle signifier que ce pouvoir s'exerce dans un cadre juridique limité*. Au contraire du pouvoir souverain, sans limites, le pouvoir discrétionnaire se caractérise par la latitude donnée à un organe dans le cadre d'une compétence tout de même délimitée¹⁴⁴³.

325. Discrétionnaire, la décision constitutionnelle rendue par le juge l'est au surplus de façon plus intense que la décision administrative, qui est pourtant le siège de sa conceptualisation. Ceci se manifeste à trois égards. D'abord, le pouvoir du juge est d'autant plus fort que, comme tout pouvoir politique, il est n'est pas contrôlé dans les finalités qu'il poursuit, au contraire de l'administration qui doit toujours prouver la poursuite d'un intérêt général. En d'autres termes, l'administration comme le juge constitutionnel doivent toujours agir dans le cadre de leur compétence, mais ce cadre emporte un contrôle juridictionnel pour la première, alors qu'elle est le contrôle juridictionnel même pour le second. Ensuite, au contraire des décisions administratives, les décisions constitutionnelles ne font l'objet d'aucun contrôle, puisqu'elles « ne sont susceptibles d'aucun recours » et « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »¹⁴⁴⁴. De ce point de vue, la discrétionnalité de la décision du juge se montre plus importante que celle d'autres autorités politiques, singulièrement du législateur. En raison de la remise en cause de « la théorie de la souveraineté parlementaire », le pouvoir discrétionnaire originairement fort du législateur a en effet glissé entre les mains du juge constitutionnel, si bien que « le législateur ne dispose plus

¹⁴⁴⁰ Compétence qui, selon Jean-Marie Denquin, « lui permet de ne jamais manquer d'arguments *pro* ou *contra* », J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 10 [en ligne].

¹⁴⁴¹ M. TROPER, « Le constitutionnalisme entre droit et politique » in CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 87 : « En raison de la structure hiérarchisée de l'ordre juridique, les actes dont les normes sont les significations, sont accomplis conformément à une norme supérieure. Ils sont donc à la fois application et création de normes ».

¹⁴⁴² Pour Danièle Lochak par exemple, « l'interprétation "constructive" » est une formule destinée à dissimuler « pudiquement l'arbitraire du juge derrière la volonté présumée du constituant », D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », art. cité, p. 43.

¹⁴⁴³ A. BOCKEL, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur » in *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, « Collection Politique comparée », 1982, p. 51.

¹⁴⁴⁴ Article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958. Absence de contrôle qui peut toutefois être neutralisé par l'intervention du pouvoir constituant.

actuellement d'un pouvoir discrétionnaire absolu »¹⁴⁴⁵. De la même façon qu'en droit administratif, « quand le juge combat le pouvoir discrétionnaire, en réalité bien souvent plutôt, il s'en empare comme il s'empare du pouvoir administratif proprement dit, par ses suspensions, ses injonctions et ses substitutions »¹⁴⁴⁶, le juge constitutionnel, en prétendant laisser au législateur cette marge d'appréciation – en vertu du considérant de principe selon lequel il ne possède pas de marge d'appréciation ni de décision identique à celui du Parlement – s'en empare lui aussi. À rebours de l'idée selon laquelle la dimension politique du droit constitutionnel aurait été anéantie par la juridictionnalisation¹⁴⁴⁷, la réinterprétation du concept de justice politique appliqué à la justice constitutionnelle invite au contraire à repenser les rapports du droit et de la politique pour mieux les réunir.

¹⁴⁴⁵ A. BOCKEL, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », art. cité, p. 45.

¹⁴⁴⁶ B. PACTEAU, « Discrétionnarité » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 377.

¹⁴⁴⁷ Ce que soutient notamment Elisabeth Zoller : « La volonté des pouvoirs constitués qui l'emportait si souvent, notamment en France, sur celle du pouvoir constituant et qui faisait du droit constitutionnel un "droit politique" soumis non à la volonté de son auteur, le peuple, mais à celle de ses serviteurs, les organes constitués, ont perdu de leur force », E. ZOLLER, « La mutation des sources du droit constitutionnel », *RDA*, n° 6, 2012, p. 35.

CONCLUSION DU CHAPITRE

326. La recension des différentes acceptions de la justice politique révèle une notion hautement polysémique et imprécise. Tantôt utilisée de façon péjorative pour mettre en évidence la nature arbitraire de la justice, tantôt employée de façon plus neutre pour désigner une juridiction chargée de juger les politiques, la justice politique dans un premier sens exclut la justice constitutionnelle. Elle tendait, pendant longtemps, à désigner la violation des règles normales, l'affranchissement du droit commun, non pas au profit d'un droit d'exception légalement établi, mais au profit du pur arbitraire¹⁴⁴⁸. Le débat relatif à la justice politique ainsi entendue pose donc la question de savoir si ce type particulier doit être soumis aux règles communes du droit pénal ou si elle doit pouvoir s'en affranchir¹⁴⁴⁹. Désormais, avec la justice du politique, la procédure et les règles de fond sont différentes, mais elles n'en demeurent pas moins encadrées¹⁴⁵⁰. On observe donc un mouvement de normalisation de la justice politique, qui ne désigne plus l'arbitraire mais le seul jugement d'une personnalité politique dans des formes qui, certes, dérogent au droit commun, mais respectent toutefois les exigences du procès équitable. Dans quelques cas spécifiques, la justice politique peut désigner la justice constitutionnelle. Nous en avons recensé deux exemples paradigmatiques : les Sénats conservateurs français d'une part, la Cour suprême des États-Unis d'autre part. Or, ces deux exemples ont en commun une caractérisation problématique de la justice politique. Dans le premier cas, celle-ci désigne un organe assujéti au politique, si bien qu'elle est réduite à la question de l'indépendance de la justice. Une telle vision de la justice politique est évidemment réductrice. Dans le second cas, la justice politique est également contestable, dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour suprême des États-Unis se rattache bien plutôt à une justice *politisée*, c'est-à-dire partisane. Cette justice politisée est évidemment aggravée par le mode de nomination des juges par le Président, accompagné d'un avis et du

¹⁴⁴⁸ P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, op. cit., p. 16.

¹⁴⁴⁹ Il s'agit d'un côté de la thèse légaliste, défendue par Duguit, et la thèse « latitudinaire » – selon l'expression de Paul Bastid – qui fut notamment défendue par Benjamin Constant, P. BASTID, *ibid.*, p. 18-19. Sur la défense par Constant de l'arbitraire dans la mise en cause de la responsabilité pénale des ministres, V. B. CONSTANT, *Principes de politiques* in *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 1997, Chap. IX, p. 387-408. S'agissant de la critique de Duguit, particulièrement vive à l'occasion de l'arrêt *Malvy* rendu par la Haute Cour en 1918, v. O. BEAUD, « Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique », art. cité, p. 424-428.

¹⁴⁵⁰ « Le seul progrès concevable, et dont on a pu voir les cheminements, c'est que ces crimes soient punis dans le respect croissant des formes légales. S'il subsiste des différences entre la justice politique et la justice ordinaire, elles n'ont cessé de se réduire. Tant au point de vue de la procédure qu'à celui des règles qui dominent l'accusation et l'application des peines, un rapprochement s'est opéré à travers l'histoire, et il n'est pas terminé », P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, op. cit., p. 383.

consentement du Sénat, qui divise la Cour « en deux blocs partisans »¹⁴⁵¹. Aussi la connaissance de la « philosophie judiciaire d'un juge » – libérale ou conservatrice – est-elle aux États-Unis le préalable à toute étude relative au contrôle de constitutionnalité des lois¹⁴⁵².

327. Il résultait de tout cela la nécessité d'élaborer un concept de justice politique propre à rendre compte de la justice constitutionnelle. Or, à rebours des précédentes acceptions de la justice politique envisagées, singulièrement le procès politique, le concept de justice politique adapté à la justice constitutionnelle n'entend pas signifier une transgression des règles normales du procès : la justice politique s'exerce en l'occurrence dans le respect du droit. Elle est politique en raison de la nature même du contrôle de constitutionnalité des lois, c'est-à-dire sa fonction, et non en raison de la nature de l'organe, qui n'est qu'un attribut accidentel du concept de justice politique. En droit constitutionnel, la fonction juridictionnelle est dès lors certes juridique en ce qu'elle est juridiquement encadrée – c'est le principe même de la *compétence* – mais elle est également politique, car elle s'exerce librement dans le cadre de cette compétence : elle manifeste donc un pouvoir discrétionnaire. Le juge constitutionnel se trouve donc dans une situation remarquable puisque, encadré par le droit, il *décide de ce même droit* : par rapport à la constitution, il est tout à la fois gardien et gardé. Dans toutes les acceptions de la justice politique que nous avons énumérées pour les écarter, c'est le politique qui envahit la sphère juridictionnelle. Or, notre conception de la justice politique tend plutôt à démontrer que c'est la sphère juridictionnelle qui envahit le politique. Il en résulte que la juridictionnalisation n'a pas pour effet de juridiciser le droit constitutionnel, mais de le politiser davantage.

¹⁴⁵¹ I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 383.

¹⁴⁵² *Ibid.*, p. 10 note 43. Dans sa thèse, Idris Fassassi démontre ainsi comment chaque *Chief justice* a influencé politiquement les décisions rendues sous sa présidence.

CHAPITRE 2

LE DROIT POLITIQUE COMME APPROCHE RENOUVELÉE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

« *Auctoritas non veritas facit legem* »¹⁴⁵³.

328. Objet désormais privilégié de la discipline, la justice constitutionnelle est de nature hybride. Libre de ses choix lorsqu'il est saisi, le juge demeure toutefois enserré dans des limites juridiques qui différencient son pouvoir discrétionnaire d'un pouvoir absolu – souverain – ou arbitraire. La justice constitutionnelle est donc un objet juridique, mais également politique. La difficulté, de nature épistémologique, et non ontologique¹⁴⁵⁴, tient alors à savoir comment l'appréhender. D'emblée, il convient de préciser que cette question de l'approche ne pose pas la question de la nature – moins encore de l'essence – du droit constitutionnel. La distinction est d'importance considérable, puisqu'elle entend signifier que l'approche ne doit pas définir ce qu'est le droit. Cette dernière relève en effet d'un choix ; elle ne s'impose pas à l'auteur dans son activité de recherche, mais s'inscrit dans une démarche axiologiquement déterminée, de manière plus ou moins consciente. En ce sens, « un discours critique n'est possible que pour autant que celui-ci repose sur un cadre conceptuel et méthodologique conscient et formalisé »¹⁴⁵⁵. La difficulté épistémologique ne tient ainsi pas uniquement à la nécessité, à laquelle Kelsen fut particulièrement attaché, de distinguer nettement le droit, objet du discours, et la science du droit, discours sur l'objet ; elle tient à l'impératif consistant à reconnaître que le discours sur l'objet est dépendant des préférences épistémologiques et méthodologiques de son auteur. Or, ces préférences doivent avoir pour ambition d'être les plus pertinentes possibles

¹⁴⁵³ T. HOBBS, *Leviathan*, version latine, in *Opera Philosophica*, éd. W. Molesworth, Londres, John Bohn, 1841, Titre III, Partie II, Chap. XXVI, p. 202.

¹⁴⁵⁴ Dans le même sens, Armel Le Divellec soutient qu'il « n'existe pas d'essence du droit constitutionnel, pas plus que d'essence du droit politique », mais bien plutôt « des manières – plurielles – de penser cet objet, la matière constitutionnelle », A. LE DIVELLEC, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018, p. 98.

¹⁴⁵⁵ X. MAGNON, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel », *AJJC*, n° 31, 2015, p. 14.

pour rendre compte de l'objet, ce qui revient à considérer que « l'objet dicte la méthode et non la méthode conditionne l'objet »¹⁴⁵⁶.

329. L'approche qui nous paraît la mieux à même de rendre compte de l'objet justice politique est celle de droit politique. Parce que qu'elle est d'ordre épistémologique¹⁴⁵⁷, elle n'a nullement la prétention de révéler l'identité profonde de la discipline, mais de proposer une méthode d'appréhension de celle-ci. La promotion comme le rejet du droit politique¹⁴⁵⁸ ne sont ainsi fondamentalement que l'expression de choix disciplinaires¹⁴⁵⁹. En ce sens, Ariane Vidal-Naquet et Xavier Magnon contestent l'idée selon laquelle le normativisme opérerait une césure entre droit et politique, en relevant que « Kelsen ne distingue pas *droit* et *politique* mais *science du droit* et *politique juridique* »¹⁴⁶⁰. Or, regrettent-ils, il existerait une « confusion entre l'objet et le discours » qui aboutirait à considérer que, « parce que le droit constitutionnel présente une dimension politique, le discours sur le droit constitutionnel devrait être politique »¹⁴⁶¹. L'approche de droit politique aurait ainsi pour ambition de remettre en cause « la doctrine constitutionnelle contemporaine, marquée par la neutralité axiologique » afin de « revaloriser la dimension axiologique du droit constitutionnel » ; il s'agirait, au fond, « de développer un discours prescriptif sur le droit », qui du reste ne serait « pas toujours directement assumé »¹⁴⁶². Les deux auteurs opèrent ainsi une confusion entre l'approche de droit politique et le discours partisan ou « idéologique »¹⁴⁶³. En effet, le rejet de la neutralité axiologique ne doit à notre sens pas être assimilé à une volonté d'adopter un discours prescriptif – ou pire,

¹⁴⁵⁶ G. DARCY, « À propos de la thèse de Léo Goldenberg, *Le Conseil d'État juge du fait : le pouvoir discrétionnaire* » in P. CHARLOT (dir.), *L'œuvre de Léo Hamon. Thèmes et figures*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 104.

¹⁴⁵⁷ V. *contra* X. MAGNON, « Appréhender le droit constitutionnel jurisprudentiel sous un angle politique. D'une posture à la discussion de quelques orientations méthodologiques fondamentales » in X. MAGNON *et al.* (dir.), *Question sur la question 3 (QSQ). De nouveaux équilibres institutionnels ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2014, p. 3 : « la dimension politique du droit constitutionnel est ontologique ».

¹⁴⁵⁸ Carl Schmitt soulignait du reste que « se dire non politique, (c'est-à-dire scientifique, respectueux de la justice, objectif, impartial, etc.), face à un adversaire réputé politique, constitue une façon typique et particulièrement intensive de faire de la politique », C. SCHMITT, *La notion de politique. Théorie du partisan* [1932], Paris, Flammarion, coll. « Champs classiques », 1992, trad. M.-L. Steinhauser, p. 194, note 2.

¹⁴⁵⁹ X. MAGNON, A. VIDAL-NAQUET, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018, p. 108 : la question de savoir si le droit constitutionnel est un droit politique est « d'ordre disciplinaire : elle est celle de l'organisation du discours de la discipline "droit constitutionnel" sur l'objet "droit constitutionnel" ».

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 112.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 122.

¹⁴⁶² *Ibid.*, p. 121.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, p. 112 : « prôner un discours sur le droit pur ne saurait signifier que le droit est pur, en termes de valeurs, mais seulement vouloir décrire le droit comme il *est* et non pas comme il *doit être*. Il ne s'agit aucunement d'un parti pris politique mais seulement épistémologique, à moins de considérer que les questions épistémologiques sont des questions de politique. Cette lecture révèle ainsi peut-être, en creux, le présupposé selon lequel il ne saurait y avoir qu'une lecture partisane du droit y compris lorsque les exigences défendues qui doivent peser sur le discours sur le droit sont des exigences scientifiques générales, communes à l'épistémologie générale des sciences ».

partisan – sur le droit ; il a pour ambition principale d’affirmer que la connaissance suppose toujours l’existence de présupposés implicites, qu’il convient de reconnaître et d’expliciter pour mieux rendre compte du rapport qu’entretient l’auteur au savoir. Dans cette perspective, il nous semble d’abord nécessaire de déconstruire le dogme de la vérité constitutionnelle dans lequel une partie de la doctrine est enfermée (**Section 1**).

330. Notre analyse sera alors complétée par une proposition épistémologique : repenser la juridictionnalisation par une approche de droit politique. Ainsi que le relève Jean-Marie Denquin, « on ne parviendra jamais à couper les liens structurels qui unissent la politique à la justice constitutionnelle. Tous les artifices utilisés pour les masquer aboutissent finalement à les mettre en lumière. La justice constitutionnelle, hybride par nature, doit au contraire assumer ce caractère »¹⁴⁶⁴. Or, en tant qu’approche renouvelée de la justice constitutionnelle, le droit politique n’a, ici, aucune visée polémique. Il s’agit au contraire de réconcilier « l’ancien » et le « nouveau » droit constitutionnel, dont les conflits se cristallisent autour de la juridictionnalisation, en proposant une manière de penser le droit et la politique ensemble, y compris s’agissant de la justice constitutionnelle (**Section 2**).

¹⁴⁶⁴ J.-M. DENQUIN, « Justice constitutionnelle et justice politique » in C. GREWE *et al.* (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 84.

SECTION 1

LE DOGME DE LA VÉRITÉ CONSTITUTIONNELLE : OBSTACLE À UNE APPROCHE DE DROIT POLITIQUE

331. Réputée prononcer une vérité – ou une « vérité vraie »¹⁴⁶⁵ – la parole du juge constitutionnel ne semble pas pouvoir revêtir une dimension politique. En tant que dogme – c'est-à-dire énoncé de principes apodictiques¹⁴⁶⁶ – la vérité constitutionnelle se manifeste comme un « déni » d'une partie de la doctrine quant à la nature politique du droit¹⁴⁶⁷. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation a ainsi eu pour effet de « techniciser – mais aussi dépolitiser – le droit et le contentieux constitutionnels »¹⁴⁶⁸. D'inspiration formaliste¹⁴⁶⁹, le dogme de la vérité constitutionnelle se manifeste d'abord par des instruments contentieux ayant vocation à laisser croire à l'existence d'une solution unique que le juge, en dépit de son pouvoir d'interprétation, ne ferait que découvrir¹⁴⁷⁰ ; instruments qui contribueraient à dépolitiser la jurisprudence constitutionnelle (§1). En présentant le juge comme porteur d'une parole vraie et raisonnable et en rejetant ainsi la volonté – tout en admettant, on s'en souvient, le travail

¹⁴⁶⁵ Stéphane Rials distingue la « vérité vraie », c'est-à-dire la vérité dans son sens commun, de la « vérité juridique », cette dernière étant « “vérité” de convention, artificielle, fictive, formelle », S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 166.

¹⁴⁶⁶ Le dogme se définit en effet comme « point de doctrine établi ou regardé comme une vérité incontestable », « Dogme », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., 2019, nouvelle édition numérique.

¹⁴⁶⁷ « Derrière ce que l'on appelle la doctrine des juristes, il y a l'affirmation implicite d'une sorte d'idéal qui peut se résumer ainsi : avec le droit politique, on quitte le terrain chaotique du politique pour accéder à l'espace apaisé du juridique » J. CAILLOSSE, « Le traitement doctrinal de la jurisprudence administrative : l'euphémisation du politique » in T. PERROUD *et al.* (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, p. 20. « Or, ajoute l'auteur, en s'employant à gommer le pouvoir dont leur office les investit, les juges eux-mêmes contribuent à cette stratégie d'euphémisation du politique ».

¹⁴⁶⁸ « Il faut admettre qu'en France, la construction d'un discours (politique comme savant) sur le Conseil constitutionnel n'a opéré que sur le terrain juridique : tout a été fait pour techniciser – mais aussi dépolitiser – le droit et le contentieux constitutionnels. Or on peut poser l'hypothèse que cette manière de n'appréhender la justice constitutionnelle que juridiquement a pour effet de masquer ce qui, en elle, précisément, est problématique : sa dimension irréductiblement politique », S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Oxymore ou tautologie ? La notion de Judicial Politics expliquée par la théorie du droit américaine contemporaine », *CCC*, n° 24, 2008, [en ligne].

¹⁴⁶⁹ Ce formalisme s'observe de façon plus saisissante encore aux États-Unis, sous la forme de « l'approche originaliste » qui a un grand succès dans la pensée américaine. V. sur ce point, I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2017, p. 401-464. Il s'oppose ainsi aux auteurs réalistes qui « démontrèrent ce que quelques observateurs avisés savaient déjà, à savoir que les juges n'étaient que de simples mortels. De fait, poursuivaient les critiques, la Cour suprême américaine, bien loin de refléter simplement et imperturbablement les éternelles vérités constitutionnelles, se conduit sciemment comme un organe politique et fait de la politique », R. MCCLOSKEY, *La Cour suprême des États-Unis*, Vent d'Ouest, Paris, 1965, p. 35-36, cité in I. FASSASSI, *ibid.*, p. 170.

¹⁴⁷⁰ En ce sens, Stéphane Rials souligne que « le style de la motivation et, en France, la fiction unanime qui préside aux décisions de justice (emportant le rejet des opinions concurrentes et dissidentes) devront tendre à produire un [...] effet de vérité », S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », art. cité, p. 167.

d'interprétation du juge sur l'énoncé constitutionnel¹⁴⁷¹, ce dogme doctrinal se confronte toutefois à des contradictions dont les effets sur la discipline peuvent s'avérer fâcheuses (§2).

§ 1. – La mise en scène contentieuse du dogme de la vérité constitutionnelle

332. Le dogme de la vérité constitutionnelle se met en scène, d'une part, dans un décor contentieux destiné à laisser penser que l'office du juge n'est pas – ou ne doit pas être – politique (A) et, d'autre part, par un jeu de prudence du juge dont l'ambition consiste à nier l'exercice d'une fonction politique et auquel le discours positiviste assigne une importance décisive (B).

A. Le décor dépolitisé de l'office du juge constitutionnel

333. Le décor dépolitisé de l'office du juge constitutionnel se construit autour de deux principaux instruments contentieux. Il s'agit d'abord d'une parole tenue secrète, rendant impossible l'émission d'opinions dissidentes qui viendraient prétendument politiser l'office du juge (1). Il s'agit ensuite, dans le contenu même de la décision, d'une motivation lacunaire supposée démontrer que le juge se prononce en vérité et non en volonté (2).

1. Le secret de la parole juridictionnelle dans le cadre du délibéré

334. Le juge constitutionnel, comme tous les autres juges français¹⁴⁷², est tenu au secret du délibéré¹⁴⁷³. Ce principe s'impose en amont comme en aval de la décision. En amont, cela

¹⁴⁷¹ V. *supra*, § 225-229.

¹⁴⁷² Le premier texte à imposer le secret du délibéré est le *Style de la chambre des enquêtes du Parlement* – sorte de règlement intérieur – en 1336-1337, S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », *Revue historique de droit français et étranger*, 2004, p. 231. Formulé ensuite par l'ordonnance de Philippe de Valois de 1344, puis les ordonnances de Charles VII de 1446 et 1453, le principe est établi depuis l'article 208 de la Constitution du 5 Fructidor an III, N. FRICERO, « Délibérations des juges : entre secret et transparence », *Les Cahiers de la Justice*, 2014, n° 3, p. 415-416. Ce principe s'applique au juge administratif, l'article L8 du Code de justice administrative disposant que « le délibéré des juges est secret ». Au surplus, le secret des délibérés est pour le Conseil d'État un « principe général du droit public français », CE, 17 novembre 1922, *Légillon*, 2^e espèce, Rec. p. 849. S'agissant du juge judiciaire, l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature énonce : « Tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonctions, prête serment en ces termes : “Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat” ». L'article 448 du Code de procédure civile dispose par ailleurs : « Les délibérations des juges sont secrètes ».

¹⁴⁷³ Article 3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Avant d'entrer en fonction, les membres nommés du Conseil constitutionnel prêtent serment devant le Président de la République. Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution et de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil ».

signifie que la délibération précédant la décision ne peut être rendue publique ; elle n'est communicable, s'agissant du Conseil constitutionnel, qu'à l'issue d'un délai de vingt-cinq ans¹⁴⁷⁴. En aval, le secret du délibéré interdit aux juges de communiquer publiquement leurs opinions personnelles sur la décision rendue, si bien que ce principe s'accompagne souvent – mais pas nécessairement¹⁴⁷⁵ – du rejet des opinions séparées¹⁴⁷⁶. La parole juridictionnelle doit être tenue secrète dans le cadre du délibéré afin de laisser croire que la décision s'impose naturellement aux juges¹⁴⁷⁷. Autrement dit, les juges n'ont pas eu à trancher entre différents choix – entraînant subséquemment d'éventuels désaccords entre plusieurs options possibles –, ils n'ont fait que découvrir la solution comme une vérité révélée.

335. Cet objectif de dépolitisation de l'office du juge rend ainsi l'opinion séparée proprement inadmissible¹⁴⁷⁸. Considérée comme une « hérésie »¹⁴⁷⁹, elle heurte la majeure partie de la doctrine française, qui la rejette¹⁴⁸⁰. Elle porterait en effet non seulement atteinte à l'autorité de la juridiction, en faisant connaître d'autres solutions ou d'autres arguments envisageables, mais présenterait au surplus le danger de politiser la décision. Alors que la prétention à la vérité s'incarne pleinement dans le secret du délibéré, l'opinion séparée aurait pour effet de démontrer de manière irréfutable qu'une telle vérité n'existe pas ; ne peut pas exister. En ce sens, Bruno Genevois relève que « la diversité des opinions serait un reflet plus exact de la décision de justice que l'unanimité apparente. En effet, la décision de justice n'est

¹⁴⁷⁴ Le délai était depuis 2001 de soixante ans, Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-92 ORGA, *Décision portant règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel*, JORF du 1^{er} juillet 2001, p. 10590. Il a ensuite été porté à vingt-cinq ans par la loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel. Ce délai de vingt-cinq ans est spécifique au juge constitutionnel, le délai étant de soixante-quinze ans pour les juges ordinaires. V. J.-L. DEBRÉ, « Préface de la première édition » in B. MATHIEU *et al.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2^e éd., 2014, p. XIII-XIV.

¹⁴⁷⁵ La Cour européenne des droits de l'homme impose en effet le secret des délibérations (article 3. 1 du Règlement de la Cour, 1^{er} janvier 2020) mais autorise la publication d'opinions séparées (article 74. 2 du Règlement de la Cour, 1^{er} janvier 2020).

¹⁴⁷⁶ N. FRICERO, « Délibérations des juges : entre secret et transparence », art. cité, p. 414.

¹⁴⁷⁷ Il permet en ce sens « d'éviter une individualisation de la solution, rendue au nom de la juridiction dans son entier. Le secret maintenu sur les divergences internes à la juridiction permet de sauvegarder l'unité substantielle de la décision, à laquelle doivent être attachées une autorité de la chose jugée et une force exécutoire incontestables, juridiquement et moralement », *ibid.*, p. 414.

¹⁴⁷⁸ Celles-ci incluent tout à la fois les « opinions dissidentes », c'est-à-dire celles qui « proposent une solution différente », et les « opinions concordantes », définies comme celles qui « proposent un fondement différent pour une solution identique », W. MASTOR, « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 714. Le terme « opinions séparées » est ainsi préféré par Wanda Mastor, l'un de ses plus fervents défenseurs au sein de la doctrine française, en ce qu'il est plus englobant et permet de « désigner l'ensemble des opinions écrites accompagnant la décision majoritaire », W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 2005, p. 17.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 15.

¹⁴⁸⁰ Sur le rejet des opinions séparées en matière constitutionnelle, v. notamment G. VEDEL, « Préface » in D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 10^e éd., 2013, p. 9 ; F. LUCHAIRE, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? “Contre” : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », CCC, n° 8, 2000 [en ligne].

pas l'expression d'une vérité qui s'imposerait dans l'absolu, mais le fruit d'un choix »¹⁴⁸¹. Il n'est à cet égard pas anodin de relever que dans les systèmes de *common law*, où les opinions séparées sont admises, l'absence de vérité de la parole juridictionnelle au profit d'une *disputatio* entre juges est parfaitement assumée¹⁴⁸². Parmi la doctrine française, il est également significatif que les auteurs qui plaident le plus énergiquement pour l'introduction d'opinions séparées devant le juge constitutionnel – singulièrement Wanda Mastor¹⁴⁸³ et Dominique Rousseau¹⁴⁸⁴ – n'aient également pas grande difficulté à admettre l'exercice par le juge d'une fonction politique¹⁴⁸⁵. L'alternative « pour » ou « contre » les opinions séparées se résumerait ainsi par : « faire croire ou faire comprendre »¹⁴⁸⁶. Le secret du délibéré et l'interdiction des opinions séparées sont dès lors censés signifier que la fonction du juge ne peut être politique.

336. Par-delà la nécessité d'imposer une parole unique, créant l'illusion d'une décision rendue à l'unanimité des membres, le secret est également supposé garantir l'indépendance des juges¹⁴⁸⁷. Cet argument est contesté par Wanda Mastor, qui considère au contraire que la

¹⁴⁸¹ B. GENEVOIS, « Retour sur la motivation des décisions des juridictions suprêmes » in *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 681

¹⁴⁸² Aussi les décisions *per curiam*, dont le but est de rendre anonyme la position des juges sur une décision généralement controversée, sont-elles très rares aux États-Unis.

¹⁴⁸³ V. notamment, W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, *op. cit.* ; « Essai sur la motivation des décisions de justice. Pour une lecture simplifiée des décisions des Cours constitutionnelles », *AJIC*, 1999, p. 35 ; « Opiner à voix basse... et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés » in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, p. 725 ; « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », art. cité, p. 714 ; « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires » in F. HOURQUEBIE, M.-C. PONTHEOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 87 ; *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, Paris, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2020.

¹⁴⁸⁴ V. surtout, D. ROUSSEAU, « Pour les opinions dissidentes » in *Droit constitutionnel. Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 323 ; « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? "Pour" : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *CCC*, n° 8, 2000 [en ligne].

¹⁴⁸⁵ Chacun de ces deux auteurs retient toutefois une conception spécifique de cette fonction politique. Dominique Rousseau voit ainsi dans la politique la délibération, au sens habermassien : « Accepter les opinions dissidentes engage une conception "profane" du droit, au sens où le droit n'est pas pensé comme une religion à mystères, comme un dogme révélé et inaccessible à la raison, mais, au contraire, comme un ensemble de règles produit par les hommes et dont la signification normative se construit par la pratique de la discussion », D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? "Pour" : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », art. cité, [en ligne]. S'agissant de Wanda Mastor, sa position nous paraît pouvoir être désignée par ce que Stéphane Rials a appelé le « décisionnisme prudentiel » (v. S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », art. cité, p. 171). Considérant en effet que cette fonction politique ne peut être niée, l'auteur plaide pour des décisions juridictionnelles mieux motivées précisément en raison de la nature hybride de sa fonction. Au surplus, puisque les juges disposent d'un « pouvoir créateur », Wanda Mastor considère que l'élection des juges rendrait mieux compte de l'absence de séparation fonctionnelle entre la fonction de juger et celle de gouverner, W. MASTOR, « Plaidoyer pour le gouvernement des juges » in S. MOUTON, *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2016, p. 63.

¹⁴⁸⁶ D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? "Pour" : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », art. cité, [en ligne].

¹⁴⁸⁷ W. MASTOR, « Opiner à voix basse... et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés », art. cité, p. 736.

publication d'opinions séparées « conduit à une plus grande responsabilité du juge », puisqu'en cas de désaccord « il se doit [...] de justifier les raisons de son dissentiment dans une opinion motivée qui sera portée à la connaissance de l'auditoire le plus large qui soit. C'est parce qu'il est *indépendant* qu'il ne craindra pas de s'écarter de la majorité, y compris dans les affaires particulièrement délicates et controversées, en dévoilant publiquement sa position, qu'elle soit populaire ou non, qu'elle soit partagée ou non par l'autorité l'ayant nommé »¹⁴⁸⁸. En ce sens, « la publication de telles opinions pourrait - enfin - faire taire la critique selon laquelle le Conseil constitutionnel ne serait qu'une autorité "politique" »¹⁴⁸⁹. Ainsi que nous l'avons déjà constaté, la doctrine a tendance à opérer une confusion entre indépendance et impartialité, les deux garanties étant semblablement réputées être la négation de la politique. Or, si l'exercice d'une fonction politique contrarie très nettement le principe d'impartialité, il n'en est pas de même de l'indépendance, qui n'est pas incompatible avec la politique, entendue comme la prise de décision libre et discrétionnaire¹⁴⁹⁰. Le secret du délibéré, qu'il porte ou non préjudice à l'indépendance des juges, n'a aucune incidence de ce point de vue sur sa fonction politique, mais offre un décor destiné à masquer une telle fonction. S'ajoute à ce décor de dépolitisation une motivation très largement insuffisante, renforçant l'illusion d'une parole de vérité exempte de volonté.

2. La motivation lacunaire des décisions du juge constitutionnel

337. Quel que soit le jugement porté sur le Conseil constitutionnel – franchement hostile ou, au contraire, approbateur, avec, bien entendu, des positions plus mesurées – la doctrine constitutionnelle s'accorde dans son ensemble à juger que la motivation des décisions du Conseil constitutionnel, originellement franchement dérisoire¹⁴⁹¹, demeure, aujourd'hui encore, très insuffisante. De l'ensemble des juridictions françaises, et singulièrement des juridictions suprêmes, la juridiction constitutionnelle semble bien être celle qui a le moins amélioré la

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 738.

¹⁴⁸⁹ W. MASTOR, « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », art. cité, p. 714.

¹⁴⁹⁰ V. notamment *supra*, § 310-312 et §316 *sqq.*

¹⁴⁹¹ La décision du 6 novembre 1962 portant sur la loi référendaire relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct fournit à cet égard l'exemple d'une motivation lapidaire contenue dans une décision elle-même très brève. V. Cons. Const., 6 novembre 1962, n° 62-20 DC, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, *JORF* du 7 novembre 1962, p. 10778. Même l'emblématique et décisive décision du 16 juillet 1971 s'avère en réalité fort brève et peu motivée, Cons. const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, *Liberté d'association*, *JORF* du 18 juillet 1971, p. 7114. Il est également possible de tirer le même constat de la décision IVG, alors pourtant que la loi objet de la saisine fut d'une importance politique considérable, Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-57 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, *JORF* du 16 janvier 1975, p. 671.

qualité de ses décisions : la « manière française de rendre la justice constitutionnelle » se caractérise par une « motivation faible »¹⁴⁹². Le juge constitutionnel est pour cette raison « la cible privilégiée des ardents défenseurs de décisions convenablement motivées »¹⁴⁹³, ce que ni la question prioritaire de constitutionnalité¹⁴⁹⁴, ni la réforme du mode de rédaction de ses décisions¹⁴⁹⁵, n'ont changé : le Conseil constitutionnel « ne motive toujours pas ses décisions »¹⁴⁹⁶. L'existence des commentaires aux *Cahiers* le démontre au reste avec éloquence¹⁴⁹⁷, car si leur vocation première – et apparente – est d'expliquer le sens et la portée de la décision rendue, ils tendent également à démontrer la cohérence du raisonnement poursuivi et les règles sur lesquelles il repose.

338. La motivation se définit comme « le fait d'exprimer les motifs qui ont inspiré un acte ». Tout acte repose sur des motifs, c'est-à-dire des raisons qui justifient la décision. Mais ces motifs peuvent toutefois rester cachés. Or, « celui qui motive ne se contente pas d'avoir des

¹⁴⁹² D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 2-16 [en ligne].

¹⁴⁹³ W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, op. cit., p. 27.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 43-46. V. également, W. MASTOR, « La QPC, une occasion de systématiser le discours du juge ? » in X. MAGNON *et al.* (dir.), *Question sur la question 3 (QSQ). De nouveaux équilibres institutionnels ?*, op. cit., p. 141. Dans le cadre des décisions QPC, il a ainsi pu être relevé des « méthodes de contrôle qui présentent de graves défaillances » et des décisions rendues « dans un style lapidaire qui interdit aussi bien de comprendre les fondements de la solution rendue que d'en mesurer la portée » ainsi qu'une « accumulation de solutions d'espèce qui ne dessinent les contours d'aucune logique ni d'aucune vision d'ensemble », F. ROLIN, « Pour un "discours sur la méthode" du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384.

¹⁴⁹⁵ Cette réforme se limite à une modification du style des décisions, faisant notamment fi de la formulation traditionnelle des visas – « Vu... » – et des considérants. Osons relever qu'il est relativement caustique que le communiqué de presse du président du Conseil constitutionnel Laurent Fabius du 10 mai 2016 annonçant cette réforme est lui-même excessivement succinct. La lecture du communiqué laissait ainsi difficilement présager un véritable bouleversement au sein de l'institution.

¹⁴⁹⁶ W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, op. cit., p. 131. Dans le même sens, Guy Canivet affirme que « le Conseil ne justifie pas, ou très rarement, l'interprétation qu'il donne de la Constitution » ; il « ne livre que les motifs purement juridiques de sa décision sous une apparence déductive. Contrairement à la pratique de certaines cours suprêmes ou constitutionnelles, il ne fait pas entrer dans ses motifs les éléments déterminants qui pourraient être économiques, sociologiques, culturels ou moraux. Le raisonnement de constitutionnalité n'intègre pas, en France, de considérations extérieures », G. CANIVET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel » in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, p. 237.

¹⁴⁹⁷ Ces commentaires officiels, rédigés par le secrétariat général, livrent une explication – voire une interprétation – de la décision. Ils sont vivement critiqués par la doctrine, notamment en ce qu'ils révèlent l'insuffisance de la motivation. Wanda Mastor les qualifie ainsi de « zone grise de la littérature juridique » qui « ne devraient pas exister dans un monde juridictionnel au sein duquel les décisions sont convenablement motivées », W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, op. cit., p. 114-115. Jean-Marie Denquin relève également que « l'habitude a tendu à masquer ce qu'a d'étranger le comportement d'un juge qui livre sa décision avec le mode d'emploi, expose ce qu'il convient de comprendre, éventuellement d'admirer », J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 4 [en ligne]. De même, Frédéric Rolin affirme : « ce commentaire, on ne le dira jamais assez, n'est pas, ne peut pas et ne doit pas être l'auxiliaire permettant de pallier l'insuffisante motivation des décisions du Conseil constitutionnel. Si le juge veut dire quelque chose, qu'il le dise, si la décision de justice a besoin d'être précisée, qu'elle soit davantage motivée », F. ROLIN, « Pour un "discours sur la méthode" du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », art. cité, p. 2384. V. pour une autre critique de cette pratique, D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 34-36 [en ligne].

motifs, il les donne »¹⁴⁹⁸. En ce sens, qualifier une motivation de *lacunaire* consiste à dénoncer la qualité des motifs formulés par le juge pour justifier sa décision, en tant que l'explication apparaît insuffisante – qualitativement – à sa bonne compréhension. Cette insuffisance est d'autant plus problématique que les règles constitutionnelles créées par le juge lorsqu'il interprète le texte qu'il applique figurent dans les motifs, et non dans le dispositif de la décision¹⁴⁹⁹. La motivation lacunaire est ainsi à distinguer de la « motivation brève » qui, comme a pu l'expliquer Wanda Mastor, caractérise les « cas faciles » pour lesquels le juge se contente d'expliquer¹⁵⁰⁰. L'explication se différencie alors de la justification des « cas difficiles »¹⁵⁰¹.

339. Or, s'agissant de la motivation lacunaire, tant l'explication que la justification se révèlent insuffisantes. La motivation lacunaire des décisions du Conseil constitutionnel s'illustre dès lors par le fait qu'il procède d'ordinaire par affirmation, non seulement lorsqu'il opère une interprétation de la règle constitutionnelle qu'il applique, mais également lorsqu'il crée cette règle. Une telle défaillance se voit toutefois justifiée par la nécessité de distinguer la

¹⁴⁹⁸ F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation » in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public, op. cit.*, p. 25. Michel Troper définit de manière plus spécifique la motivation comme « tout discours tendant à justifier une décision quelconque en montrant qu'elle est conforme ou compatible avec une norme supérieure », M. TROPER « La motivation des décisions constitutionnelles » in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », 1978, p. 287.

¹⁴⁹⁹ À cet égard, le raisonnement de Xavier Magnon destiné à démontrer que la motivation n'est pas une norme, et donc n'est pas vraiment du droit – puisque selon la perspective normativiste, tout le droit est dans les normes –, nous paraît tout à fait étonnant. L'auteur affirme en effet : « Selon une perspective normativiste, la motivation du juge ne pourrait être une norme, toutes conditions étant égales par ailleurs, que s'il existe, dans un système donné, une autre norme qui la qualifie de norme. Or, en France, comme d'ailleurs dans la plupart des systèmes de droit écrit, aucune norme ne prévoit que la motivation du juge est une norme juridique », X. MAGNON, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *NCCC*, n° 38, 2013, [en ligne]. Dans cette logique, la Constitution n'est donc pas une norme puisque, comme on le sait, aucune autre norme ne la qualifie comme telle, si ce n'est la fameuse « norme supposée » ou « hypothèse logique-transcendantale », qui n'existe pas. V. en ce sens, H. KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 201-206. Notons au surplus que le juge constitutionnel considère que les motifs qui sont le « soutien nécessaire » et constituent le « fondement même » du dispositif font partie intégrante de la décision : « Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 62 in fine de la Constitution : “les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles” ; que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même », Cons. const., 16 janvier 1962, n° 62-18 L, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole, JORF* du 25 février 1962, p. 1915. V. également sur ce point, W. MASTOR, « Essai sur la motivation des décisions de justice. Pour une lecture simplifiée des décisions des Cours constitutionnelles », art. cité, p. 41. L'auteur distingue ainsi ces motifs des *obiter dicta* qui, eux, ne font pas autorité et ne sont pas contraignants.

¹⁵⁰⁰ W. MASTOR, « Essai sur la motivation des décisions de justice. Pour une lecture simplifiée des décisions des Cours constitutionnelles », art. cité, p. 46.

¹⁵⁰¹ « Le cas difficile étant justement celui où la solution n'est pas évidente, le juge sera contraint d'opérer des choix et par là même, dans un souci de transparence, de les justifier en développant une motivation substantielle, par rapport à la brièveté de la motivation du cas facile », *ibid.*, p. 47. Il existe également des « cas impossibles », qui se caractérisent par « l'absence de normes de référence », *ibid.*, p. 50. V. aussi sur cette tripartition des cas, W. MASTOR, « La motivation des décisions des cours constitutionnelles » in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public, op. cit.*, p. 245-249 ; *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger, op. cit.*, p. 59-71.

décision juridictionnelle de la décision politique, la motivation lacunaire étant présentée comme un instrument de dépolitisation du juge (a). Une telle présentation souffre toutefois d'importantes faiblesses, la motivation lacunaire éclairant au contraire davantage la fonction politique du juge constitutionnel (b).

a) La motivation lacunaire comme manifestation de l'impartialité du juge constitutionnel

340. Si, en elle-même, la motivation des décisions juridictionnelles intéresse spécifiquement la procédure contentieuse, l'appréciation que porte sur elle la doctrine témoigne plus fondamentalement d'une manière de concevoir l'office du juge et, subséquemment, d'une certaine conception du droit. Ainsi que l'observe Denis Baranger, alors que la motivation apparaît de prime abord comme une exigence procédurale, « elle ouvre la voie à des questionnements sur la nature du droit, son rapport à la justice (y compris la justice constitutionnelle) ainsi qu'à des discussions sur le statut politique du juge »¹⁵⁰². À cet égard, les lacunes de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel trouvent une explication dans le fait que « les juges font de l'acte de juger la transcription d'un acte de connaissance du droit, consistant à dévoiler le sens d'une règle qui lui préexisterait »¹⁵⁰³. En admettant pourtant le travail d'interprétation qu'opère nécessairement le juge, la doctrine semble l'encourager à maintenir la fiction selon laquelle les décisions du juge s'imposent sans qu'il soit nécessaire de les expliquer substantiellement : « l'invocation de la source permet au juge de se prémunir de toute explication quant au travail interprétatif qu'il a pu effectuer afin de dégager la norme »¹⁵⁰⁴. Cette représentation de l'office du juge s'incarne singulièrement dans le raisonnement syllogistique, qui est « l'instrument privilégié de cette théorie de l'interprétation-connaissance »¹⁵⁰⁵. En effet, « afin de renforcer l'idée selon laquelle le jugement n'est qu'une opération automatique, le juge utilise pour motiver ses décisions le syllogisme dont la froideur logique rassure les craintifs de l'arbitraire »¹⁵⁰⁶. Le syllogisme juridictionnel

¹⁵⁰² D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 3 [en ligne].

¹⁵⁰³ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2013, p. 36. V. aussi *ibid.*, p. 535 : « Qu'il s'agisse de normes issues de l'interprétation de dispositions écrites ou de principes non écrits, le laconisme dont les juges font preuve vise à faire passer leurs décisions pour des actes, de connaissance juridique et non de volonté politique ».

¹⁵⁰⁴ C. SAUNIER, *La doctrine des « questions politiques ». Étude comparée : Angleterre, France, États-Unis*, Thèse dactyl., Paris II, 2019, p. 71.

¹⁵⁰⁵ W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, op. cit., p. 82.

¹⁵⁰⁶ W. MASTOR, « La motivation des décisions des cours constitutionnelles » art. cité, p. 241-242. V. également, du même auteur, « Essai sur la motivation des décisions de justice. Pour une lecture simplifiée des décisions des Cours constitutionnelles », art. cité, p. 37. Dans le même sens, Pierre Brunet relève « l'importance politique » du syllogisme, car ainsi « la conclusion à laquelle ils parviennent n'est pas le fait d'une création volontaire et

vient ainsi au soutien du dogme de la vérité constitutionnelle en ce qu'il apparaît comme une déduction mécanique de la solution à partir de la prémisse majeure du raisonnement qu'est la règle de droit. Bien entendu, la doctrine ne croit guère désormais en la possibilité d'un « syllogisme parfait » tel que le défendait Beccaria¹⁵⁰⁷, appliqué mécaniquement par un juge qui ne disposerait d'aucune marge d'interprétation. Toutefois, présenter les principes constitutionnels « comme des majeures d'un syllogisme judiciaire, c'est les traiter comme des vérités dont le contenu et même les implications sont évidents par eux-mêmes, si évidents qu'en confrontant cette majeure à la mineure (la disposition législative contrôlée) la déduction se découvre de soi-même *sans démonstration ou explication* »¹⁵⁰⁸. L'on pense par exemple à l'argumentation qu'avait formulée à cet égard le doyen Vedel tendant à réfuter la spécificité du contrôle de constitutionnalité. L'auteur affirmait effet que le Conseil constitutionnel ne fait en réalité jamais œuvre de création : à l'instar du Conseil d'État qui, pour l'auteur, « “découvre” » mais ne crée pas les principes généraux du droit, le Conseil constitutionnel « s'interdit de reconnaître comme norme juridique de valeur constitutionnelle toute règle qui ne découlerait pas d'un texte de façon directe ou dérivée »¹⁵⁰⁹. La formule est par elle-même éloquent, puisqu'elle suppose qu'une norme puisse être « reconnue », c'est-à-dire au sens « objectif », ce qui signifie que sa « signification subjective », quant à elle, lui préexiste – alors que la norme n'existe pourtant pas avant sa concrétisation par l'organe chargé de mettre en œuvre la règle. Autrement dit, ajoute le doyen Vedel, le juge constitutionnel n'a jamais créé de règles ; « il n'a fait qu'appliquer des textes, même si les auteurs de ceux-ci n'ont pas toujours compris ce qu'ils avaient écrit »¹⁵¹⁰.

341. Pourtant, il arrive au Conseil constitutionnel de créer le principe qu'il applique. Or, même dans ce cadre, il ne s'embarrasse pas davantage d'expliquer son raisonnement : même lorsque la pertinence du principe créé interroge, le juge se contente souvent de procéder par

subjective mais le fruit d'une connaissance rationnelle et objective », P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n° 39, 2004, p. 197.

¹⁵⁰⁷ C. BECCARIA, *Des délits et des peines* [1764], Paris, Flammarion, 1991.

¹⁵⁰⁸ D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 7 [en ligne].

¹⁵⁰⁹ G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 82. Bien entendu, la création s'avère en réalité encore plus substantielle quant aux règles qui découlent d'un texte de façon « dérivée ».

¹⁵¹⁰ « Il est étonnant d'entendre certains hommes politiques dire que le Conseil constitutionnel a inventé en bonne partie ce bloc de constitutionnalité, alors qu'il n'a fait qu'appliquer des textes, même si les auteurs de ceux-ci n'ont pas toujours compris ce qu'ils avaient écrit », G. VEDEL, « Préface » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.) *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. XI. V. dans le même sens le point de vue du serbe Pavle Nicolic : « Il est exact que, dans l'exercice de sa fonction de protection de la Constitution, la Cour constitutionnelle interprète les dispositions de la Constitution, mais il est tout aussi exact que, dans ce processus d'interprétation, elle est strictement liée par le texte de la Constitution dans lequel elle peut et doit chercher uniquement sa véritable signification et son contenu objectif. Et rien de plus », P. NICOLIĆ, « La légitimité de la justice constitutionnelle et la démocratie. Esquisse pour une étude » in *Droit constitutionnel. Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 309.

affirmation, laissant à penser que sa solution relève de l'évidence et qu'il ne découvre rien¹⁵¹¹. Souvent bref, le syllogisme donne en effet l'illusion que la règle constitutionnelle à appliquer comme la solution se découvrent bien plus qu'ils ne se créent¹⁵¹². De cette façon, le juge paraît se prononcer exclusivement en droit sans que sa parole ne puisse être soupçonnée d'une quelconque impureté politique¹⁵¹³. La motivation lacunaire apparaît donc comme la manifestation de l'impartialité du juge : moins il s'explique, mieux il se prononcerait en droit ; plus il s'exprime, plus il ferait de la politique¹⁵¹⁴. Pour Bruno Genevois, une motivation plus substantielle pourrait au contraire conduire à un certain nombre de « déviations », parmi lesquelles figurent le risque d'effacer les frontières « entre la légalité et l'opportunité, entre le juste et le juridique »¹⁵¹⁵ et potentiellement dévoiler « les véritables raisons ayant conduit à la solution adoptée par le juge »¹⁵¹⁶.

342. Cette manière d'envisager la motivation lacunaire comme démonstration de l'impartialité du juge, qui exercerait une fonction exclusivement juridique, rappelle – à nouveau – les représentations de l'office du juge sous l'ancienne France. En effet, avant la Révolution, les juges n'étaient pas soumis à l'obligation de motiver leurs décisions¹⁵¹⁷ – ce qu'ils

¹⁵¹¹ L'exemple le plus emblématique, peut-être, étant la création du principe à valeur constitutionnelle de dignité de la personne humaine, ne découlant d'aucun texte, Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, *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*, JORF du 29 juillet 1994, p. 11024.

¹⁵¹² En ce sens, Fanny Malhière relève que « la brièveté syllogistique répond à l'obsession positiviste d'échapper au subjectivisme pour saisir le droit de manière strictement objective, tel qu'il est et non tel qu'il devrait être. À travers l'écriture jurisprudentielle de la norme, le juge dit la norme telle qu'elle existe selon lui dans le droit positif. En dégagant succinctement la norme générale qui s'applique aux faits qualifiés et détermine la solution retenue en l'espèce, le juge suggère qu'il n'a qu'à le constater », F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, op. cit., p. 49.

¹⁵¹³ « En réduisant la motivation de leurs décisions à l'énoncé lapidaire des motifs de pur droit, les juges supérieurs semblent vider le raisonnement judiciaire de toute dimension politique. Inspirés par l'axiologie positiviste selon laquelle tout juriste doit seulement décrire le droit tel qu'il est et non le prescrire tel qu'il devrait être, les juges suprêmes français marquent ainsi la frontière entre le droit et la politique, ce qui distingue et légitime la fonction de juger en l'enserrant dans un rôle purement juridique », *ibid.*, p. 80.

¹⁵¹⁴ Parmi les arguments pour une « motivation faible » figure celui selon lequel « le juge ne doit pas faire de politique. En ne cédant pas à la tentation de motiver abondamment ses décisions, il évite de se mêler à la discussion partisane sur le fond des mesures », D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 12 [en ligne]. Dans le même sens, Fanny Malhière relie la brièveté de la décision à la neutralité du juge : « Le juge suprême veille toujours à garder une apparence de neutralité lorsqu'il a à se prononcer sur des questions politiques ou éthiques sensibles, par une rédaction aussi brève que possible », F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, op. cit., p. 82.

¹⁵¹⁵ B. GENEVOIS, « Retour sur la motivation des décisions des juridictions suprêmes », art. cité, p. 677.

¹⁵¹⁶ Or, ajoute-t-il, « La motivation enrichie ne postule nullement que soient exposés les états d'âme successifs des membres de la juridiction », *ibid.*, p. 678

¹⁵¹⁷ Ainsi que le précisait La Roche Flavin au XVII^e siècle : « Anciennement, les Juges pouvaient insérer en leurs jugements, Sentences & Arrests et le motif de la condamnation ou absolution [...]. Mais aujourd'hui cela n'est en usage, & les Arrests et jugements ne contiennent que ce qui est ordonné simplement, sans autre raisonnement, soit au civil, soit au criminel ; la cause dépendant du fait, discours, circonstances, & mérite du procès & des actes produits », B. DE LA ROCHE FLAVIN, *Treize livres des Parlements de France*, Bordeaux, Simon

ne firent plus dès le XIV^e siècle¹⁵¹⁸ – dans la mesure où, interprètes de la justice de Dieu, elles étaient également supposées traduire une vérité, non pas constitutionnelle, mais divine¹⁵¹⁹. L'exigence d'exposer les motifs sera ensuite expressément formulée par la loi des 16 et 24 août 1790¹⁵²⁰. Mais le dogme de la vérité continuera de s'imposer à l'époque révolutionnaire ; vérité qui ne sera toutefois plus divine, mais législative – les « prêtres de la justice » se transformant alors en « prêtres de la loi »¹⁵²¹, avant de devenir les « Sages » de la constitution. Du reste, Grégoire Bigot relève que la Révolution française n'a nullement imposé aux juges de rendre leurs jugements selon un procédé argumentatif syllogistique. La loi de 1790 précitée impose seulement aux juges « d'exprimer les motifs », c'est-à-dire qu'il s'agit uniquement de « contraindre les juges à rendre des décisions fondées sur la loi »¹⁵²². Concrètement, et de manière fort significative, la seule référence à la loi au fondement de la décision suffit à la motiver : « que la décision soit fondée sur la loi importe plus que la façon dont elle est fondée sur la loi »¹⁵²³. De manière saisissante, on peut constater qu'il en est de même aujourd'hui s'agissant du Conseil constitutionnel, puisque la seule invocation de la Constitution – sans justifier l'interprétation que les juges en font – suffit à motiver, comme si le juge se contentait également de révéler une vérité à l'image de la vérité divine puis législative¹⁵²⁴.

Millanges, 1617, livres XIII, § XXVIII, p. 829, cité in G. BIGOT, « Histoire de la motivation en droit public français » in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public, op. cit.*, p. 48.

¹⁵¹⁸ Le Parlement de Paris naissant, au XIII^e siècle et durant le premier quart du XIV^e siècle, semblait s'attacher à motiver ses arrêts, ce que révélerait la lecture des Olim – premiers registres dudit Parlement. Par la suite, « jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, toute trace de motivation disparaît et cette disparition ne semble guère émouvoir la doctrine », S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », art. cité, p. 225.

¹⁵¹⁹ « Les magistrats d'Ancien Régime sont les interprètes des Écritures. Ils les révèlent et, avec elles, s'impose la Vérité », G. BIGOT, « Histoire de la motivation en droit public français », art. cité, p. 48. Dans le même sens, Wanda Mastor relève que le juge est parfois présenté par Domat, au XVII^e siècle, comme « l'incarnation même de la vérité divine », W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger, op. cit.*, p. 36.

¹⁵²⁰ Titre V, Article 15 de la loi des 16 et 24 août 1790 : « La rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre parties distinctes. Dans la première, les noms et les qualités des parties seront énoncés. Dans la seconde, les questions de fait et de droit qui constituent le procès seront posées avec précision. Dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction, *et les motifs qui auront déterminé le jugement*, seront exprimés. La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement ». Nous soulignons. V. sur ce point, T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 45.

¹⁵²¹ « Que la loi soit seulement celle des hommes ne constitue pas une différence essentielle ; seulement un changement d'optique sur ce qu'est la source de la vérité ; les juges restent ici, d'un certain point de vue, les prêtres de la loi », G. BIGOT, « Histoire de la motivation en droit public français », art. cité, p. 52.

¹⁵²² *Ibid.*, p. 50.

¹⁵²³ *Ibid.*, p. 51-52.

¹⁵²⁴ L'une des causes de cette motivation lacunaire est sans doute au surplus semblable à celle exposée par le Parlement de Paris sous l'ancienne France, à savoir la volonté d'éviter « que ses propres décisions lui soient opposées », S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », art. cité, p. 235. La motivation lacunaire du Conseil constitutionnel pourrait en effet bien répondre au même objectif, qui est en définitive d'éviter de faire jurisprudence et de se lier pour les décisions futures. Il arrive ainsi, dans le commentaire aux cahiers accompagnant la décision, que le secrétariat général assume délibérément l'imprécision dans les motifs, la texture excessivement ouverte des principes créés, en le

343. Discuter de la solution dans la décision par un syllogisme très détaillé conduirait ainsi inéluctablement à révéler un secret de polichinelle, à savoir que le juge ne se prononce pas en vérité mais en volonté¹⁵²⁵. Ainsi que le soutient Wanda Mastor, c'est parce que la doctrine tient à maintenir cette fiction de la vérité que la motivation n'est pas véritablement dénoncée¹⁵²⁶ et que « la plupart des auteurs français continuent de s'enorgueillir de cette sécheresse “à la française”, comme si l'elliptique était synonyme de rigueur de raisonnement et de rectitude de la pensée »¹⁵²⁷. La dénonciation de la motivation lacunaire impose ainsi préalablement à la doctrine de renoncer au dogme de la vérité constitutionnelle¹⁵²⁸ ; renoncement d'autant plus impérieux que cette conception de la motivation révèle des contradictions qui suffisent par elles-mêmes à dénoncer la position qu'elle est supposée défendre.

b) Les faiblesses de cette conception de la motivation

344. Si, de prime abord, la motivation lacunaire démontre que le juge découvre la solution bien plus qu'il ne l'a créé, il s'avère qu'une telle argumentation révèle bien davantage la fonction politique du juge qui, se prononçant en pure opportunité, n'est pas contraint de justifier substantiellement sa décision. Alors que le raisonnement syllogistique est supposé

justifiant par la nécessité de pouvoir faire évoluer librement sa jurisprudence au gré des circonstances futures. V. par exemple le commentaire de la décision du 6 juillet 2018 (Cons. const., n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre*, *JORF* du 7 juillet 2018, texte n° 107) créant le principe constitutionnel de fraternité. Le commentaire précise : « La mise en évidence de cette liberté n'épuise pas nécessairement le contenu du principe de fraternité, qui pourra éventuellement trouver d'autres applications à l'avenir ». Plus encore, dans le commentaire de la décision du 28 février 2012 (Cons. const., n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, *JORF* du 2 mars 2012, p. 3988) relative à la répression de la négation du génocide arménien, le secrétariat général a entendu préciser que la motivation de la décision, qu'il qualifie lui-même de « brève », se justifie notamment par le fait que « le Conseil n'a pas voulu préjuger la conformité à la Constitution des autres dispositifs répressifs visant d'autres formes de “négationnisme” ». Le Conseil n'était notamment pas saisi de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe qui ne réprime pas la contestation de crimes « reconnus par la loi ». N'ayant pas été encore saisi de la conformité à la Constitution de la loi Gayssot – qui sera déclarée conforme à la Constitution quelques années plus tard (Cons. const., n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité*, *JORF* du 10 janvier 2016, texte n° 20) –, le juge justifie ainsi sa motivation lacunaire par la volonté de limiter sa solution à la loi contrôlée en l'espèce, sans qu'il soit subséquent créé un précédent jurisprudentiel.

¹⁵²⁵ « Si le juge accordait une large part à la motivation dans la rédaction de ses décisions, cela le conduirait à admettre que le sens du droit n'est pas déterminé *a priori*, mais qu'il est le fruit d'une construction intersubjective de la norme, produite par un échange d'arguments au cours du procès », F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, *op cit.*, p. 84.

¹⁵²⁶ « Tant que [l'esprit juridique français] demeurera fermement convaincu qu'une décision de justice est l'énoncé d'une vérité, la motivation continuera d'apparaître, au mieux, comme un simple ornement. Elle continuera d'être un acte d'autorité, ses auteurs étant délestés de l'obligation persuasive », W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, p. 110.

¹⁵²⁸ « Plaider pour l'amélioration de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel notamment, c'est commencer par dénoncer le carcan théorique qu'on prétend sans cesse nous opposer », *ibid.*

reposer sur une argumentation rationnelle, « la faiblesse de l'argumentation, qui bien souvent ne cherche même pas à se dissimuler, témoigne [...] d'une indifférence profonde à toute justification rationnelle des choix opérés »¹⁵²⁹. Ainsi en est-il de l'usage par le juge constitutionnel de la méthode déductive, qui prête à discussion. On peut en effet fortement douter, à la lecture des décisions du Conseil constitutionnel, que la solution ne soit déduite de quelconques prémisses. Il semble bien au contraire que le juge décide d'abord de la conformité ou non d'une loi à la constitution et construise ensuite sa motivation par une suite de syllogismes destinés à justifier sa décision¹⁵³⁰. Il en résulte que « la motivation est rhétorique » : elle ne vient pas avant la décision mais lui est postérieure : le juge prend sa décision puis établit la motivation qui va venir asseoir l'autorité de cette décision et la justifier¹⁵³¹. En ce sens, Wanda Mastor affirme sans ambages que la méthode du juge est exclusivement inductive dans la mesure où le juge part « du particulier (le dispositif) pour remonter à l'universel (les prémisses) »¹⁵³². Or, qu'elle soit dite déductive ou inductive, cette forme syllogistique très singulière révèle quoi qu'il en soit bien plus la fonction politique du juge qu'elle ne la dissimule.

345. Loin de dépolitiser l'office du juge, la motivation lacunaire renforce paradoxalement son pouvoir politique. La spécificité de la décision politique tient en effet à la capacité de l'autorité compétente à opérer des choix discrétionnaires, reposant sur la seule opportunité. Il en résulte qu'elle ne nécessite pas d'être motivée¹⁵³³. Aussi est-ce en motivant insuffisamment ses décisions que le juge agit comme une institution politique faisant acte

¹⁵²⁹ J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 10-11 [en ligne].

¹⁵³⁰ Denis Baranger évoque certes un « hyperformalisme » du Conseil constitutionnel caractérisé par un « recours presque systématique au mode déductif », mais il qualifie ce raisonnement déductif de fort peu satisfaisant dans la mesure où la déduction n'est pas vraiment expliquée, relevant ainsi de « l'évidence déductive », D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 5-10 [en ligne]. Or la méthode déductive proprement dite ne permet pas de trouver miraculeusement une réponse évidente à une question posée, elle est le produit d'un raisonnement minutieux par lequel la solution peut certes, selon une conception aristotélicienne, découler nécessairement des prémisses posées, mais ne peut apparaître avec évidence au juge sans avoir préalablement posé la règle applicable. Sur l'examen par le juge des conséquences de ses décisions, v. S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2016.

¹⁵³¹ « Le caractère formel de la motivation en fait une construction, donc une opération forcément postérieure à la décision. Les motifs sont rédigés après, non pas avant de savoir sur quelle décision ils vont déboucher », F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation », art. cité, p. 26.

¹⁵³² L'auteur critique cette méthode exclusivement inductive du juge en considérant qu'elle devrait *a minima* intégrer, postérieurement à l'induction, un raisonnement déductif : « L'idéal serait que l'induction, dans cette opération, soit toujours *antérieure* à la déduction. Or bien trop souvent, les décisions juridictionnelles ne sont qu'inductives, le juge partant du particulier (le dispositif) pour remonter à l'universel (les prémisses) », W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, op. cit., p. 98.

¹⁵³³ Lorsque, par exemple, le juge statue *ultra petita* et « s'éloigne du cadre défini par la saisine », il « s'abstient de toute justification, ce qui laisse l'impression que le choix des dispositions contrôlées est purement discrétionnaire », F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, op. cit., p. 537.

d'autorité bien plus que de raison¹⁵³⁴ – paradoxe pour qui prétend professer la vérité. Dès lors, c'est en s'efforçant de dissimuler son pouvoir discrétionnaire que le juge paraît se prononcer au hasard de sa volonté du moment. Wanda Mastor défend en ce sens l'idée selon laquelle la motivation est nécessaire à l'apparence d'impartialité inhérente à la fonction de justice¹⁵³⁵ : « en motivant sa décision, le juge écarte tout arbitraire »¹⁵³⁶. Autrement dit, puisque « la motivation est l'antithèse de l'arbitraire »¹⁵³⁷, c'est en n'assumant pas son pouvoir discrétionnaire que le juge constitutionnel s'expose précisément à la critique de l'arbitraire¹⁵³⁸.

346. Il est donc, à l'inverse, possible de considérer que l'exercice par le juge d'une fonction politique l'oblige à motiver ses décisions de façon satisfaisante dans la mesure où le contrôle de conformité des lois à la constitution entre en conflit avec la fonction législative, dotée d'une légitimité élective. Le pouvoir du juge peut ainsi se voir légitimé par la qualité de ses décisions. Cet argument est toutefois peu mobilisé par la doctrine. Alors que le dogme de la vérité constitutionnelle conforte la motivation lacunaire du juge¹⁵³⁹, rares sont pourtant, parmi les auteurs favorables à une motivation plus substantielle, ceux qui souhaitent lever le voile sur sa fonction politique¹⁵⁴⁰. Plaider pour une motivation plus rigoureuse ne suppose en effet pas

¹⁵³⁴ « Une simple affirmation ne vaut pas motivation. De la pétition de principe à la position justifiée, la distance est considérable ; elle sépare le pouvoir, fondé sur l'investiture de celui qui l'exerce, sur sa place dans une hiérarchie sociale et institutionnelle, et sur son autorité, du pouvoir fondé en raison, qui se subordonne à la qualité des raisons qu'il invoque », C. ATIAS, « La "simple affirmation" du juge », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 221. Cette conception de l'acte de juger comme un acte d'autorité est critiquée par Wanda Mastor, qui considère que ce n'est pas l'autorité qui doit présider à la décision juridictionnelle mais la « persuasion », W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, op. cit., p. 23.

¹⁵³⁵ W. MASTOR, « Essai sur la motivation des décisions de justice. Pour une lecture simplifiée des décisions des Cours constitutionnelles », art. cité, p. 35. Wanda Mastor propose d'adopter une position mesurée entre le courant qui nie purement le pouvoir créateur du juge et celui qui présente le pouvoir du juge comme un pouvoir purement arbitraire. Pour l'auteur, cette position mesurée consiste à admettre le pouvoir créateur du juge tout en l'encadrant par une obligation de motiver rigoureusement sa décision : « Le positionnement pourrait se résumer de la manière suivante : peu importe que le juge soit le créateur absolu, qu'il applique rigoureusement la règle de droit ou prenne avec elle des distances que certains qualifient de condamnables. Ce qui importe, c'est l'encadrement de cette liberté », W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, op. cit., p. 19.

¹⁵³⁶ W. MASTOR, « Essai sur la motivation des décisions de justice. Pour une lecture simplifiée des décisions des Cours constitutionnelles », art. cité, p. 36. Dans le même sens, Léo Hamon associait également l'obligation de motivation à la nécessité « de conjurer la crainte de l'arbitraire », L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Paris, Fayard, 1987, p. 263. V. aussi, F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, op. cit., p. 537 : « Si le juge ne ressent pas le besoin de se justifier, s'il se sent juridiquement libre de prendre n'importe quelle décision, alors son contre-pouvoir légitime risque de se transformer en pouvoir arbitraire ».

¹⁵³⁷ « En étant tenue de se justifier, non seulement l'autorité ne peut plus prendre une décision arbitraire, mais elle ne tire plus sa légitimité de son pouvoir, elle la tire de sa fonction et de la manière dont elle l'exerce », F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation », art. cité, p. 46.

¹⁵³⁸ Sur la distinction du pouvoir discrétionnaire et du pouvoir arbitraire, v. *supra*, § 317 et § 324.

¹⁵³⁹ « Tant que les juristes français resteront persuadés que le jugement n'est que l'expression d'une vérité, rien ne sera possible », W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, op. cit., p. 134.

¹⁵⁴⁰ Wanda Mastor, qui assume une posture « militante » quant à la motivation (W. MASTOR, « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », *AJIC*, 2012, p. 13), fait partie des rares auteurs à souhaiter expressément

nécessairement de souhaiter anéantir intégralement la fiction de la vérité constitutionnelle. Par exemple, cela ne suppose pas inéluctablement de dévoiler toutes les raisons, y compris extra-juridiques, qui ont motivé la décision ; l'idée étant également que certaines raisons ne s'expliqueraient pas¹⁵⁴¹ et qu'« aucun jugement, jamais, ne sera complètement transparent sur les raisons qui le font être ce qu'il est »¹⁵⁴².

347. Plus radicalement, pour les tenants de la théorie réaliste de l'interprétation, la motivation, qui n'est toujours qu'un argument de légitimation du pouvoir, est en réalité radicalement inutile. Alors que l'on pourrait considérer que l'intérêt doctrinal d'une fonction politique exercée par un juge tiendrait à l'analyse de la motivation¹⁵⁴³, la théorie réaliste la rejette en considérant qu'il ne s'agit que d'un « paravent au pouvoir créateur du juge, servant à dissimuler plus qu'à révéler les motifs de la décision »¹⁵⁴⁴.

348. La mise en scène contentieuse du dogme de la vérité constitutionnelle s'illustre également par la posture de prudence du juge constitutionnel, destinée à nier l'exercice d'une quelconque fonction politique qui viendrait concurrencer le législateur.

faire fi du dogme de la vérité constitutionnelle. Il en est de même de Denys de Béchillon, qui affirme : « il y a une vraie vertu à prôner la motivation scrupuleuse et ouverte des jugements lorsque – comme c'est mon cas – on est tout à fait dépourvu d'illusions sur la violence de l'interprétation et l'irréductible part d'arbitraire – ou, si l'on préfère, de souveraineté politique – que suppose (presque) toujours la décision de juger », D. DE BÉCHILLON, « Comment légitimer l'office du juge ? » in G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT (dir.), *L'office du juge*, Sénat – Palais du Luxembourg, colloque des 29 et 30 septembre 2006, coll. « Les colloques du Sénat », p. 475.

¹⁵⁴¹ « Tout n'est pas dicible dans un jugement. Il s'en faut de beaucoup. À commencer – mais en ne s'y arrêtant pas – par ce qui n'affleure pas, ou pas complètement, ou pas toujours, à la conscience du juge lui-même. Il est évident que dans de nombreux cas – au moins ceux des hard cases si tant est que cela existe – une part de la décision échappe à la pure détermination juridique. Autre chose entre en ligne de compte (l'économique, le social, le moral, etc.), dont il ne peut pas être rendu raison dans un jugement, à peine de saper le fondement même de l'office du juge, à savoir la présupposition selon laquelle il statue en droit », D. DE BÉCHILLON, « Comment légitimer l'office du juge ? », art. cité, p. 476.

¹⁵⁴² *Ibid.*, p. 476-477.

¹⁵⁴³ Position que défend Olivier Jouanjan dans sa critique de la théorie réaliste de l'interprétation : « il faut s'intéresser à la motivation de l'acte parce que ce ne sont pas les motifs intimes et cachés de l'auteur de l'acte qui importent, ce n'est pas son "acte de volonté" mais les motifs formulés, textualisés, la justification écrite qui circulent et entrent dans la discussion. D'ailleurs, si le modèle français de motivation peut apparaître un peu fruste, s'agissant notamment des décisions du Conseil constitutionnel, les méthodes d'écriture des décisions, dans les pays anglo-saxons ou en Allemagne, garantissent une précision de rédaction des motifs qu'on ne peut purement et simplement négliger. Dans tous les cas, c'est avec ces motifs écrits que travaillent et doivent travailler les juristes. Cette texture du droit n'est pas un ornement, une parure du système juridique, elle en est la substance même », O. JOUANJAN, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, n° 54, 2011, p. 48.

¹⁵⁴⁴ M.-C. PONTTHOREAU, « L'énigme de la motivation encore et toujours. L'éclairage comparatif » in F. HOURQUEBIE, M.-C. PONTTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, op. cit., p. 7. *Contra*, pour Wanda Mastor, « la motivation est un leurre, mais un leurre nécessaire. Nous avons besoin de croire en une justice impartiale et de nier un quelconque pouvoir créateur de celui qui la rend », W. MASTOR, « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », art. cité, p. 241.

B. Le jeu de prudence du juge constitutionnel

349. Souhaitant démontrer que la justice constitutionnelle n'est pas une justice politique, le juge se met en scène dans un jeu de prudence consistant à affirmer qu'il n'empiète pas sur la fonction législative qui, elle, est politique. Faisant montre de circonspection à son égard, le Conseil constitutionnel entend régulièrement rappeler que sa compétence d'attribution est strictement délimitée par la constitution et qu'il ne peut ainsi outrepasser son office. Cette posture permet alors subséquentement à la doctrine de nier la nature politique du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. En ce sens, le doyen Favoreu, bien qu'admettant la compétence du juge « à interpréter et à appliquer »¹⁵⁴⁵ les textes constitutionnels – et la formulation est par elle-même éloquente, puisqu'elle suggère que l'interprétation n'est qu'un acte d'application du texte –, nie en revanche l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du juge. Pour le démontrer, l'auteur propose un inventaire des « types d'inconstitutionnalité sanctionnés par le Conseil constitutionnel » révélant sa grande prudence¹⁵⁴⁶.

350. On dit alors du juge qu'il fait preuve d'« autolimitation »¹⁵⁴⁷. Or, en réalité, la prétention à l'autolimitation consiste pour le Conseil à affirmer qu'il n'outrepasse pas les bornes qui lui sont déjà imposées par la constitution ; qu'il ne substituera pas son pouvoir à celui du législateur¹⁵⁴⁸. Elle se matérialise dans des formules impérieuses qui dissimulent bien souvent la volonté du Conseil de ne pas se prononcer sur une matière politiquement sensible. La formule la plus emblématique de ce jeu de prudence du Conseil, qui sera employée dès 1975¹⁵⁴⁹, est celle selon laquelle « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen ». Visant à nier tout pouvoir discrétionnaire dans son contrôle de conformité des

¹⁵⁴⁵ L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, n° 2, 1986, rééd. in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 216.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 216-217.

¹⁵⁴⁷ H. ROUSSILLON, P. ESPLUGAS, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 7^e éd., 2011, p. 104. Cette théorie de l'autolimitation du juge trouve une traduction dans la pensée américaine sous l'expression de « *judicial self restraint* ». V. notamment, L. PECH, « Le remède au gouvernement des juges : le *judicial self restraint* » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « Série Science politique », 2001, p. 63.

¹⁵⁴⁸ Noëlle Lenoir affirmait que les juges sont soumis à un « impératif commun à toutes les Cours constitutionnelles », qui est « l'autolimitation ». Or, elle signifie pour l'ancien membre du Conseil constitutionnel que « le juge constitutionnel apprécie en droit les lois, et n'est en effet pas habilité à porter sur elle un jugement en opportunité politique », N. LENOIR, « Le métier de juge constitutionnel. Entretien », *Le Débat*, n° 114, p. 186.

¹⁵⁴⁹ Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* (cons. 1), *JORF* du 16 janvier 1975, p. 671.

lois à la Constitution, cette formule est très souvent maniée par le Conseil¹⁵⁵⁰. Plus la matière sur laquelle porte la loi apparaît comme particulièrement sensible politiquement, plus le juge constitutionnel s'efforcera, par cette formule, de se dépolitiser¹⁵⁵¹. D'autres formules similaires révèlent cette volonté de prudence : par exemple, sa compétence d'attribution ne lui permet pas de « se prononcer sur l'opportunité de dispositions législatives »¹⁵⁵², ni de « se prononcer au titre d'autres chefs de compétence que ceux expressément prévus par la Constitution ou la loi organique »¹⁵⁵³.

351. Ces formules, qui n'ont, en tant que telles, aucune incidence sur la solution du litige, marquent indubitablement la volonté du Conseil de se légitimer¹⁵⁵⁴ : le juge constitutionnel intervient car la constitution le prévoit ; son intervention ne porte pas atteinte à la liberté du législateur¹⁵⁵⁵. Par-delà les formules assertives, l'autolimitation du Conseil se manifeste également dans ses techniques de contrôle. Selon Ariane Vidal-Naquet, le recours par le juge constitutionnel à des techniques de contrôle similaires à celles du juge administratif s'inscrit dans une entreprise de légitimation puisque, ce faisant, le Conseil constitutionnel emprunte « au juge administratif son caractère juridictionnel »¹⁵⁵⁶. Le Conseil constitutionnel serait une juridiction, en ce que ses solutions se fondent sur un raisonnement juridique rigoureux, dépourvu de tout opportunisme politique. Or, de la même manière, la doctrine constitutionnaliste, attachée à démontrer la nature juridique – et donc supposée technique – des décisions du Conseil constitutionnel, prend modèle sur les systématisations proposées par la

¹⁵⁵⁰ Depuis le 10 janvier 2020, cette formule a ainsi été employée 149 fois par le Conseil, dans le cadre du contrôle *a priori* comme du contrôle *a posteriori*, M. TALON, « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », *RDP*, 2020, p. 137.

¹⁵⁵¹ « La doctrine des “questions de société” constitue donc un moyen commode qui permet au Conseil de renforcer la légitimité du contrôle de constitutionnalité en mettant l'accent sur le respect de la marge d'appréciation du législateur », A. ROBLOT-TROIZIER, « Le Conseil constitutionnel et les “questions de société” (Chronique de droits fondamentaux et liberté publiques) », *NCCC*, n° 46, 2015 [en ligne]. Apparu d'abord en matière d'intervention volontaire de grossesse, ce considérant serait ainsi utilisé « dans plus de la moitié des décisions QPC rendues en matière de droit civil des personnes », autrement dit sur des sujets politiquement sensibles comme les questions de bioéthique ou de mariage, D. FENOUILLET, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes. Promotion ou déformation ? », *Jus Politicum*, Vol. X, 2019, p. 50.

¹⁵⁵² Cons. const., 28 juillet 1989, n° 89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France* (cons. 15), *JORF* du 1^{er} août 1989, p. 9679.

¹⁵⁵³ Cons. const., 23 septembre 1992, n° 92-131 DC, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne* (cons. 1), *JORF* du 25 septembre 1992, p. 13337.

¹⁵⁵⁴ Or, cette volonté de se légitimer révèle paradoxalement davantage son pouvoir politique. Ainsi que le relève Alexandre Viala, « la retenue assumée de ce pouvoir signe sa dimension proprement politique car elle est l'indice de la mise en œuvre d'une stratégie dont l'institution est bien consciente puisqu'elle l'affiche explicitement par son énonciation désormais récurrente », A. VIALA, « Les défis d'une lecture politique de la QPC » in X. MAGNON *et al.* (dir.), *Question sur la question 3 (QSQ). De nouveaux équilibres institutionnels ?*, *op. cit.*, p. 207-208.

¹⁵⁵⁵ V. dans le même sens sur la fonction de légitimation de la formule, M. TALON, « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », art. cité, p. 142.

¹⁵⁵⁶ A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 899.

doctrine administrativiste s'agissant du contrôle de légalité effectué par le juge administratif pour expliquer les « techniques de contrôle » en matière constitutionnelle. En contentieux constitutionnel, on parle également, comme en contentieux administratif, de « cas d'ouverture »¹⁵⁵⁷, répartis entre le « contrôle externe » et le « contrôle interne » de la loi¹⁵⁵⁸ : dans cette perspective, le contrôle n'apparaîtrait pas plus politique pour le juge constitutionnel que pour le juge administratif.

352. Cette posture d'autolimitation se heurte toutefois à un certain nombre de contradictions. D'abord, la prudence affichée du juge ne fait pas obstacle, lorsqu'il le souhaite, à l'adoption de décisions particulièrement hardies¹⁵⁵⁹. La décision du 16 juillet 1971 en est un exemple probant. Ensuite, la retenue du Conseil est elle-même une décision d'opportunité politique¹⁵⁶⁰. La retenue affichée par le Conseil sur les « questions de société » conduirait à penser que le juge entend laisser au législateur le choix de décider lorsque la matière sur laquelle porte la loi contrôlée paraît de façon évidente politique. Le droit de la famille n'est pourtant pas plus « politique » que le droit fiscal, qui est une matière à l'égard de laquelle le Conseil exerce bien moins de retenue¹⁵⁶¹. C'est donc aussi en opportunité politique que le Conseil décide d'effectuer un contrôle substantiel, ou au contraire très restreint, voire inexistant, lorsqu'il se refuse purement et simplement à contrôler les lois référendaires¹⁵⁶². Comme le souligne, Jean-Marie Denquin, si le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation identique à celui du Parlement, « c'est le Conseil qui détermine sa propre marge d'appréciation

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 899.

¹⁵⁵⁸ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat Droit public », 11^e éd., 2016, p. 285 *sqq.*

¹⁵⁵⁹ Il a pu être relevé en ce sens que la formule selon laquelle le Conseil ne dispose pas d'un pouvoir identique à celui du Parlement « ne peut donc être assimilée à une retenue globale du juge constitutionnel puisqu'il en fait un usage sectoriel et choisit, dans des hypothèses précises, de mettre en avant la différence qui opère entre son pouvoir d'appréciation et celui du Parlement », M. TALON, « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », art. cité, p. 141.

¹⁵⁶⁰ En ce sens, le professeur et ancien membre Jacques Robert reconnaît que le Conseil constitutionnel a toujours volontairement pratiqué la retenue, en ne censurant que les atteintes substantielles et franches aux droits et libertés, se montrant ainsi délibérément indulgent envers certaines dispositions contraires à la Constitution, J. ROBERT, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 861.

¹⁵⁶¹ V. notamment sur l'étendue du contrôle du juge constitutionnel en matière fiscale, E. OLIVA, « L'appréciation du caractère confiscatoire et excessif de l'impôt par le Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2013, p. 1237 ; M. COLLET, *L'impôt confisqué*, Paris, Odile Jacob, coll. « Corpus », 2014 ; D. GUTMANN, « Regard sur la jurisprudence fiscale du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 151, 2014, p. 129 ; L. PHILIP, *Droit fiscal constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Finances publiques », 2014 ; A.-C. BEZZINA, « Le Conseil constitutionnel, quasi-législateur fiscal ? » *RFFP*, n° 129, 2015, p. 185.

¹⁵⁶² Soulignant que le Conseil constitutionnel en faisant parfois trop, Philippe Blachère qualifie le refus de contrôler les lois référendaires, alors même que l'article 61 de la Constitution n'opère pas de distinction entre ces lois et les lois ordinaires, de « déni de justice constitutionnelle », Ph. BLACHÈRE, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 17.

et qui dit ce qui est conforme à la Constitution »¹⁵⁶³. Autrement dit, *définir ce qui est ou non politique est déjà l'exercice d'un pouvoir politique*.

353. En dépit de ses faiblesses et contradictions, le dogme de la vérité constitutionnelle demeure solidement enraciné dans la pensée constitutionnelle et vise à écarter tout « soupçon » de justice politique.

§ 2. – Les prétentions théoriques du dogme de la vérité constitutionnelle

354. Le dogme de la vérité constitutionnelle tend à promouvoir une Raison juridictionnelle (A), ce qui n'est pas sans poser de sérieuses difficultés théoriques, dans la mesure où la vérité du juge suppose d'admettre – et l'affirmation est perturbante – une vérité du droit (B).

A. La promotion d'une Raison juridictionnelle

355. Dans sa thèse de doctorat consacrée au problème théorique de la justice constitutionnelle et à l'exemple spécifique de la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche – qui fut, en 1928, la première étude française d'envergure consacrée au contrôle de constitutionnalité des lois exercé par un organe spécial – Charles Eisenmann soutenait, parmi les arguments favorables à la justice constitutionnelle concentrée, l'idée selon laquelle, grâce à un tel mécanisme, « il n'y aura jamais, à un moment donné, pour l'État tout entier, qu'une vérité constitutionnelle, une seule »¹⁵⁶⁴. Autrement dit, la justice constitutionnelle permettrait de faire disparaître toute ambiguïté du sens constitutionnel en imposant une interprétation constitutionnelle qui se présente comme vraie. En dépit de la filiation assumée d'Eisenmann à Kelsen, une telle affirmation heurte de façon directe le positivisme kelsénien, attaché à la distinction entre norme juridique et proposition de droit. Alors que les propositions de droit, en tant que simples descriptions du droit en vigueur, « peuvent être vraies ou fausses », les normes juridiques quant à elles, en tant que prescriptions, « ne sont pas vraies ou fausses, mais seulement valables ou non-valables »¹⁵⁶⁵. En tant qu'il « exclut l'existence de tout arrière-monde

¹⁵⁶³ J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 10 [en ligne].

¹⁵⁶⁴ Il concluait ainsi : « Deux parties s'offrent et deux seulement : ou laisser au législateur le soin de respecter la Constitution, ou confier à des juges le soin d'en assurer le respect par lui. Entre eux deux, il faut choisir. Le choix peut-il être douteux ? », C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], rééd. Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1986, p. 292 et 295.

¹⁵⁶⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 81.

juridique » et ainsi la possibilité de penser les valeurs en termes de vérité ou de fausseté puisqu'elles « ne sont rien d'autre que le reflet de nos émotions »¹⁵⁶⁶, un tel positivisme ne peut voir dans la parole juridictionnelle – parole normative mais également, en raison des principes qu'elle est appelée à mobiliser, parole axiologique – une parole de vérité. Le positivisme conduit ainsi au volontarisme le plus exacerbé, accomplissant « le pari artificialiste » décrit par Stéphane Rials comme une conception, d'inspiration hobbesienne, consistant à rejeter l'idée de « vérité vraie » – « l'idolâtrie » – au profit d'une vision du droit attachée au pouvoir et à la décision. Dans cette perspective, « les énoncés législatifs, n'étant pour la plupart manifestement pas susceptibles d'être considérés en termes de vérité (de vérité "vraie" [...]), sont pris pour ce qu'ils sont : de pures décisions, ni vraies ni fausses et que, tout au plus, l'expérience conduira à considérer comme opportunes ou inopportunes et donc à maintenir ou à modifier »¹⁵⁶⁷. De façon similaire, mais plus radicale, le réalisme juridique exclut catégoriquement de penser les énoncés juridiques en termes de vérité ou de fausseté¹⁵⁶⁸.

356. Par-delà ces constructions théoriques, la doctrine a cru devoir justifier l'existence de la justice constitutionnelle en purgeant les représentations de la fonction de juger de toute théorie volontariste – comme si, parmi l'ensemble des organes constitués, l'organe juridictionnel était le seul à ne pas connaître la volonté. Sans doute, sans aller jusqu'aux conclusions radicales d'un Dworkin¹⁵⁶⁹, peut-on admettre que cette posture de vérité est

¹⁵⁶⁶ A. VIALA, *Le pessimisme est un humanisme. Schopenhauer et la raison juridique*, Paris, Mare et Martin, coll. « Libre Droit », 2017, p. 116.

¹⁵⁶⁷ S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », art. cité, p. 167.

¹⁵⁶⁸ Les énoncés juridiques « sont des énoncés qui expriment des émotions, des affects et des volontés dont les effets psychologiques sont destinés à faire croire qu'il existe objectivement une obligation, une norme, un devoir-être. Reflet des sentiments, le droit n'a pas d'identité ontologique mais se donne comme obligatoire. Il est l'expression d'une idéologie qui consiste à faire passer le résultat d'un rapport de force intersubjectif pour le fruit d'une obligation objective », A. VIALA, *Le pessimisme est un humanisme. Schopenhauer et la raison juridique*, *op. cit.*, p. 148-149.

¹⁵⁶⁹ Le penseur américain a en effet construit une théorie audacieuse selon laquelle il existerait pour le juge « une réponse correcte (right answer thesis), y compris dans les cas difficiles impliquant des conflits de valeurs » et que « les jugements moraux sont susceptibles de vérité ». Idris Fassassi formule une critique de cette théorie en considérant que « la faiblesse principale de cette approche tient à ce qu'elle s'accorde mal avec le pluralisme des valeurs caractéristique du débat dans les sociétés contemporaines », I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2017, p. 397. Ainsi que le relève Wanda Mastor, Dworkin admet certes l'interprétation du juge, néanmoins celle-ci ne relève pas de la création mais de la découverte : « Le point commun entre R. Dworkin et les théories restrictives du pouvoir d'interprétation du juge réside dans les conséquences du raisonnement judiciaire : le juge dworkinien est en même temps applicateur et interprète du droit et puise les fondements de son jugement dans des "principes", mais il n'en demeure pas moins qu'une seule bonne réponse est possible », W. MASTOR, *Des opinions séparées des juges constitutionnels*, *op. cit.*, p. 76. Il en résulte pour l'auteur un refus de reconnaître que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire : le juge est toujours « lié par le droit, que ce soit par la règle explicite ou par les principes que le juge ne fait que "découvrir" », *ibid.*, p. 77-78.

inéluçtable pour le juge dans un cadre démocratique¹⁵⁷⁰. Comme le relève Stéphane Rials : « si la volonté du législateur peut être acceptée comme telle [...], il est clair que le juge de la loi ne saurait prétendre, dans un climat raisonnablement démocratique, exprimer une volonté intrinsèquement légitime. Si l'on peut admettre que c'est la volonté et non la vérité qui fait la loi, le jugement de la loi ne pourra, lui, être rendu qu'en termes de vérité »¹⁵⁷¹.

357. En postulant que la parole du juge est porteuse de vérité, la pensée juridique entend ainsi poser une cloison étanche entre le droit et la politique ; entre la vérité et la volonté ; entre des décisions potentiellement iniques et des décisions justes – ou « sages » – parce que vraies¹⁵⁷². À travers la figure du juge, le droit constitutionnel se voit ainsi dépolitisé¹⁵⁷³ et le contrôle juridictionnel permettrait tout à la fois d'améliorer la qualité de la loi et de profiter de décisions « plus objectives »¹⁵⁷⁴. C'est en ce sens que le doyen Favoreu considère que la politique est « valorisée par le droit » : le contrôle de constitutionnalité du juge est nécessaire car la « légitimité » de la décision politique « découlera non seulement de ce qu'elle a été prise par une majorité démocratiquement élue, mais aussi de ce qu'elle a respecté les limites fixées par la constitution »¹⁵⁷⁵. Une bonne décision est donc une décision qui émane d'une instance élue démocratiquement – le Parlement –, mais dont les ardeurs, les passions et la logique partisane sont rationalisées par des juges – les « sages ». L'ambition est ainsi d'anéantir les aléas politiques par la rationalisation juridictionnelle de la loi : de soumettre la politique à la *Raison juridictionnelle*. De manière significative, Dominique Rousseau évoque en ce sens l'émergence d'une « Raison-éthique », qui constituerait un progrès dans la mesure où « les

¹⁵⁷⁰ Dans le même sens, Claire Saunier affirme : « avancer d'une décision juridictionnelle qu'elle ne relève pas de l'application automatique et indiscutable d'un texte ou d'un principe jurisprudentiel fermement ancré dans la pratique, s'apparente souvent, pour ne pas dire toujours, à une dénonciation visant à délégitimer l'action du juge et à saper son autorité », C. SAUNIER, *La doctrine des « questions politiques ». Étude comparée : Angleterre, France, États-Unis, op. cit.*, p. 99.

¹⁵⁷¹ S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », art. cité, p. 167.

¹⁵⁷² « Dire que les juges constitutionnels sont des “sages” revient [...] à dire que les politiques ne sont pas sages et débouche sur la mise en opposition, fructueuse pour la première, de la parole objective, vraie, de ceux qui savent et de la parole subjective, fausse, des partisans qui ne font que vouloir capricieusement », *ibid.*, p. 170.

¹⁵⁷³ Carl Schmitt soutenait à cet égard que la séparation du droit public et de la politique est « impossible à réaliser », car cela reviendrait à désétatiser ce droit, ce qui serait « une fiction bien douteuse », C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution, op. cit.*, p. 257.

¹⁵⁷⁴ « À la discussion proprement politique, fortement conditionnée par des éléments d'opportunité et des considérations idéologiques, [le contrôle de constitutionnalité] substitue une intervention plus objective, contrainte par les méthodes du raisonnement juridique. Ronald Dworkin parle ainsi significativement de la Cour suprême américaine comme d'un “forum des principes”. Autrement de la sorte grâce au contrôle de constitutionnalité deux façons de comprendre et de construire la volonté générale dans les démocraties. D'un côté, une logique du nombre faisant prévaloir l'opinion immédiatement dominante ; de l'autre, une logique du raisonnement, introduisant une contrainte opposable de justification », P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2008, p. 231-232.

¹⁵⁷⁵ L. FAVOREU, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 158.

juges constitutionnels apparaissent mieux que les élus du peuple comme la figure moderne de l'idéal démocratique »¹⁵⁷⁶.

358. Mais la Raison juridictionnelle, en ce qu'elle justifie le pouvoir de contrôle du législateur, se heurte inéluctablement à la démocratie. Dans une vision plus radicale, la constitution signerait ainsi « la fin de la politique », parce que la volonté générale a laissé place à « la raison jurislatrice » qui conduit à une « soumission de la politique à l'empire de la raison. »¹⁵⁷⁷. Parce que le juge constitutionnel, lorsqu'il statue sur la constitutionnalité des lois, *décide* du sens du texte, son existence dévoilerait 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 »¹⁵⁷⁸. L'on songe alors à la position de Hobbes selon laquelle la prétention à la vérité n'est en définitive « qu'une revendication implicite de souveraineté : comme ni la volonté divine ni la loi naturelle ne peuvent être connues sans une interprétation, ceux qui revendiquent le droit de censurer l'autorité au nom de la vérité prétendent en fait à la souveraineté elle-même pour imposer leur interprétation »¹⁵⁷⁹. La vérité constitutionnelle, et la promotion de la Raison juridictionnelle qui en découle, ne sont par conséquent qu'un moyen d'asseoir l'autorité du juge constitutionnel. Partant, l'on ne peut opposer d'un côté « le gouvernement par des règles » et de l'autre « le gouvernement par des choix »¹⁵⁸⁰ : les règles n'étant jamais en mesure de gouverner seules¹⁵⁸¹, c'est toujours le choix humain qui préside à la décision, quand bien même il se dissimule derrière le masque rassurant

¹⁵⁷⁶ D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs-Politique », 3^e éd., 1998, p. 151 *sqq.* Pourtant, ce « transfert de l'isolier vers le prétoire » (A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Corpus Droit public », 9^e éd., 2018, p. 139) pourrait tout au contraire apparaître comme un facteur d'érosion de la démocratie, en ce qu'il conduit à attribuer au juge un pouvoir de décision qui prime sur celui du politique et ainsi substantiellement bouleverser les critères de légitimation en démocratie. Sur ce point, v. nos développements *infra*, § 512 *sqq.*

¹⁵⁷⁷ M. GUÉNAIRE, « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 146. Il se demande à cet égard quel aurait été le « sort qu'auraient eu les prodigieuses inventions du législateur de 1789, si celui-ci avait été soumis à un contrôle de constitutionnalité ». Dans le même sens, Claude Emeri considère que, depuis 1981, le Conseil constitutionnel est devenu le « commandeur dont la volonté s'impose à la foule des acteurs politiques », C. EMERI, « Gouvernement des juges ou veto des sages ? », *RDP*, 1990, p. 340.

¹⁵⁷⁸ P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle » in C. GREWE *et al.* (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 115. De façon plus critique, Anne-Marie Le Pourhiet dénonce le franchissement du « seuil de la puissance illégitime de l'Empire du droit », A.-M. LE POURHIET, « *Marbury v. Madison* est-il transposable en France ? » in E. ZOLLER (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2003, p. 135.

¹⁵⁷⁹ P. RAYNAUD, « Le juge, la politique et la philosophie » in M. GAUCHET, P. MANENT, P. ROSANVALLON (dir.), *Situations de la démocratie*, Paris, Gallimard-Le Seuil, coll. « Hautes études », 1993, p. 114.

¹⁵⁸⁰ A. VIALA, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline » in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 523.

¹⁵⁸¹ Ainsi que le relève justement Jean-Marie Denquin, « seuls les hommes peuvent garder les normes, et il est illusoire de prétendre confier aux normes la garde des hommes », J.-M. DENQUIN, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, n° 32, 2000, p. 46.

de la vérité. En ce sens, Hannah Arendt, reprenant la distinction établie par Leibniz – et Hume – entre « vérité de fait » et « vérité de raison » (ces dernières étant les « vérités mathématiques, scientifiques et philosophiques »), considère que les vérités de fait (qui ressortent du domaine politique) sont infiniment « plus vulnérables » : « les faits et les événements sont choses infiniment plus fragiles que les axiomes, les découvertes et les théories – même les plus follement spéculatifs – produits par l’esprit humain »¹⁵⁸².

B. Les contradictions théoriques du dogme de la vérité constitutionnelle

359. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation a donc remplacé « l’idolâtrie de la loi » par l’idolâtrie « de la décision juridictionnelle »¹⁵⁸³, qui serait parole de vérité. Communément définie en philosophie, à la suite de Saint Thomas d’Aquin, comme l’adéquation de la pensée et de la chose (« *adaequatio rei et intellectus* »)¹⁵⁸⁴, le concept de vérité – d’une complexité philosophique étourdissante – se conjugue pourtant fort mal à la modernité aussi bien philosophique que juridique. Cette dernière se caractérise en effet par un double rejet. En philosophie, la modernité a répudié la croyance dans la possibilité d’appréhender la réalité, rendant vaine toute quête de vérité, puisque dépendante d’une réalité qui, à la suite de Descartes, est réduite à notre compréhension puis, avec Kant, à notre perception. « L’époque moderne, précise Hannah Arendt, [...] croit que la vérité n’est ni donnée, ni révélée à l’esprit humain, mais produite par lui »¹⁵⁸⁵. Si, comme l’affirmait Protagoras, « l’homme est la mesure de toutes choses, pour celles qui sont, de leur existence ; pour celles qui ne sont pas, de leur non-existence », l’individualisme de la connaissance aboutit nécessairement à considérer que la vérité relève de la seule perception. En ce sens, elle est inéluctablement relative. Aussi déconcertant qu’il soit, ce relativisme se décline de façon plus radicale encore chez Nietzsche, pour qui le « soupçon » généalogique¹⁵⁸⁶ suppose de nier toute

¹⁵⁸² H. ARENDT, « Vérité et politique » in *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, Paris, Gallimard, coll. « Folio/essais », 1972, trad. P. Lévy, p. 294.

¹⁵⁸³ S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l’hésitation du constitutionnalisme », art. cité, p. 175.

¹⁵⁸⁴ Cité in M. HEIDEGGER, *Être et temps*, trad. E. Martineau, Paris, Authentica, 1985 [édition numérique hors commerce], §44, p. 174.

¹⁵⁸⁵ H. ARENDT, « Vérité et politique » in *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, op. cit., p. 293-294.

¹⁵⁸⁶ « Empruntée au vocabulaire de Nietzsche, la généalogie est en philosophie cette posture qui aide à exhumer dans une perspective historique les préjugés et l’irrationnel qui sommeillent en amont de toutes les manifestations de prétention à la vérité exprimée par l’homme », A. VIALA, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2^e éd., 2019, p. 246. Alexandre Viala explique que Nietzsche s’inspirera ainsi de la pensée de Schopenhauer, dont la philosophie généalogique s’exprimera dans le fait de « présenter les valeurs comme dénuées de transcendance et les tenir pour le pâle reflet de nos émotions » et l’affirmation du « primat de la volonté sur l’intellect », A. VIALA, *Le pessimisme est un humanisme. Schopenhauer et la raison juridique*, op. cit., p. 49-69.

prétention scientifique à la vérité, de sorte qu'il admet qu'en exhumant les préjugés des autres, il est lui-même l'otage de ses propres préjugés qu'il ne maîtrise pas »¹⁵⁸⁷. Autrement dit, « *ce que dit* l'auteur compte moins que la question de savoir *d'où il parle et qui il est* »¹⁵⁸⁸.

360. En matière juridique, le droit n'est plus, à l'époque contemporaine, considéré comme producteur de vérité – la vérité étant de l'ordre, sinon du sacré, du moins du droit naturel –, mais de volonté. Or, puisque le droit est envisagé comme le produit de choix humains, la connaissance, en tant qu'elle dépend du sujet, ne peut être qu'individualiste. Le volontarisme juridique se fonde ainsi sur le postulat selon lequel les valeurs que le droit tend à promouvoir ne peuvent être déterminées de l'extérieur – elles ne peuvent en ce sens être considérées comme transcendantes – mais sont au contraire créées par l'homme – elles sont immanentes. Le relativisme des valeurs qui en découle tend alors nécessairement au rejet de l'idée de vérité, dans la mesure où « tout jugement de valeur est le fruit d'une décision et ne saurait jamais être, par voie de conséquence, le résultat de la raison »¹⁵⁸⁹. Dans cet ordre juridique désenchanté où la justice – en tant que principe, et non en tant qu'institution – est par nature relative¹⁵⁹⁰, les juges n'ont pas vocation à se prononcer sur ce qui est juste, ne défendent pas le bien, ne condamnent pas le mal ; ils appliquent le droit – c'est-à-dire qu'ils l'interprètent. En ce sens, il est théoriquement impossible d'apporter la preuve de la vérité ou fausseté d'une décision : « un discours qui admet une norme de vérité est scientifique ou religieux », or « le domaine où s'exerce l'office du juge n'est, officiellement, ni scientifique ni religieux »¹⁵⁹¹. La vérité est de l'ordre de la connaissance, et non de l'autorité¹⁵⁹². Aussi l'interprétation juridictionnelle de la constitution n'est-elle pas, pour le juge, une opération scientifique et ne peut dès lors être pensée en termes de vérité. À l'image du fou des *Carnets du sous-sol* de Dostoïevski qui souhaite transgresser les limites de la raison, le Conseil constitutionnel pourrait refuser d'admettre que

¹⁵⁸⁷ A. VIALA, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 247.

¹⁵⁸⁸ A. VIALA, *Le pessimisme est un humanisme. Schopenhauer et la raison juridique*, op. cit., p. 103.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 135.

¹⁵⁹⁰ À la suite de Weber, Kelsen considérait que le concept de justice est indéfinissable, parce que relatif, et qu'il échappe par conséquent à la science du droit. Les « valeurs absolues » et la « justice » dans un sens métaphysique ne peuvent être pour le juriste autrichien que des « formules creuses ». Il en va ainsi, par exemple, de « la justice en tant qu'égalité » et même de « l'égalité devant la loi », H. KELSEN, *Qu'est-ce que la justice ?*, Genève, Éditions Markus Haller, 2012, trad. C. Einsele, P. Le More, J. Plourde, p. 56 et p. 66-69.

¹⁵⁹¹ J.-M. DENQUIN, « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 3 [en ligne]. Du reste, la science et la religion ont elles-mêmes été perturbées par l'évolution vers une société relativiste qui tend à nier l'existence de vérités objectives et où chacun aurait « sa vérité » ; autrement dit, par la substitution de la vérité, par nature objective, à l'opinion, quant à elle subjective. Aux États-Unis, cette mutation est appelée « *identity politics* », c'est-à-dire le conditionnement de l'opinion, voire de la vérité, à l'identité de la personne qui l'exprime. C'est également Outre Atlantique qu'ont émergé les concepts de « vérité subjective » (« *truthiness* ») et de « post-vérité » (« *post-truth* »).

¹⁵⁹² La vérité pensée en termes d'autorité – politique ou juridique – est en effet hautement problématique. L'établissement de vérités officielles est en effet caractéristique d'États totalitaires – l'on songe ainsi au « ministère de la vérité » orwellien.

deux et deux font quatre et poser que deux et deux font cinq : la doctrine pourrait alors critiquer son interprétation, mais sa décision ne s'en imposerait pas moins. Autrement dit, la parole juridictionnelle n'est pas susceptible de relever de la « vérité de raison », mais de la seule autorité. Ainsi s'accomplit l'idée hobbesienne selon laquelle c'est l'autorité et non la vérité qui fait la loi¹⁵⁹³.

361. L'idée même de vérité constitutionnelle apparaît ainsi comme une contradiction théorique. Mais la doctrine ne peut toutefois admettre l'ensemble des implications théoriques d'un tel relativisme, dans la mesure où cela aboutit à réduire considérablement la pertinence de tout discours dogmatique sur le droit et, plus spécifiquement, à vider de sens la fonction de juger – ou, à tout le moins, la couvrir de soupçons. Briser la fiction du dogme de la vérité constitutionnelle présente ainsi de sérieux inconvénients. En érigeant le juge en « acteur juridique neutre »¹⁵⁹⁴, l'ambition est évidemment de maintenir la paix sociale ainsi que l'ensemble des constructions doctrinales représentant la fonction de juger comme distincte de la fonction politique. Il apparaît ainsi proprement « irréaliste d'imaginer un juge jouant cartes sur tables et reconnaissant que sa décision est motivée par des arguments d'opportunité plutôt que par le texte de la Constitution et les précédents. Dans la configuration actuelle du rapport du droit à la politique, il est attendu du juge qu'il se présente comme un acteur neutre »¹⁵⁹⁵. Le

¹⁵⁹³ T. HOBBS, *Leviathan*, version latine, *op. cit.*, Tome III, Partie. II, Chap. XXVI, p. 202. Hobbes ne rejette toutefois pas, contrairement à certaines théories positivistes ultérieures, la dimension téléologique du droit. Car l'auteur « avait compris que réduite l'appareil juridique à ses aspects formels et structurels en lui assignant une totale vacuité axiologique était un pari impossible à tenir », S. GOYARD-FABRE, « L'illusion positiviste » in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 369.

¹⁵⁹⁴ « Il est difficilement contestable que la Cour ne peut surmonter ses faiblesses institutionnelles qu'en se projetant en tant qu'institution *juridique*. En d'autres termes, la franchise réclamée reviendrait à neutraliser le mythe sur lequel repose son pouvoir. Dans la configuration actuelle du rapport au droit et au politique, il est attendu du juge qu'il se présente comme un acteur juridique neutre. À l'évidence, il s'agit d'une fiction, mais la Cour ne peut sortir de cette fiction et, sans qu'il soit nécessaire ici d'en chercher les raisons, la société semble vouloir croire à cette fiction », I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, *op. cit.*, p. 513.

¹⁵⁹⁵ Idris Fassassi, traitant spécifiquement du droit américain, ajoute : « Même s'il s'agit largement d'une fiction, la société américaine et, de manière plus générale, l'ensemble des sociétés se réclamant d'un "gouvernement par les lois et non par les hommes", semblent vouloir croire, ou du moins ne pas rejeter, cette fiction. Sans doute est-ce parce qu'aucune alternative ne paraît préférable et qu'il est plus rassurant d'entendre un juge dire : "la loi est inconstitutionnelle, elle doit être écartée" plutôt que "je n'approuve pas cette loi, elle doit être écartée" ou "il vaut mieux que cette loi soit écartée". Dès lors, le juge doit nécessairement se projeter en tant qu'acteur *juridique*, et il n'a pas intérêt à neutraliser les mythes sur lequel repose son pouvoir », *ibid.*, p. 624-625. Démontrant par les propos de certains juges de la Cour suprême qu'ils ont évidemment conscience d'entretenir une fiction, tel le noble mensonge au sens platonicien, Idris Fassassi relève que « le formalisme est [...] un outil au service de l'acceptation du juge. Si le juge ne doit pas se présenter comme inscrit dans une démarche axiologique, ce n'est pas tant parce que cela est contraire au droit, mais plutôt parce que cela heurterait la légitimité sociale de la Cour. L'important n'est donc pas tant la réalité de ce que fait le juge, mais la réalité de ce qu'il donne à voir et de comment il est perçu. Dans cette approche plus profonde, le formalisme devient un instrument de la politique des juges pour apparaître comme ne faisant pas de politique », *ibid.*, p. 648-649.

juge aurait en ce sens besoin du dogme de la vérité constitutionnelle pour exister. Ajoutons : au moins, pendant la durée de son mandat¹⁵⁹⁶.

362. Il nous semble pourtant que cette « hypocrisie acceptable »¹⁵⁹⁷ obscurcit considérablement les représentations doctrinales du droit constitutionnel. En refusant d'envisager la justice constitutionnelle comme une justice politique, la doctrine est condamnée à une posture relativement passive¹⁵⁹⁸ ; la vérité, en effet, ne se discute pas. Paradoxalement, la justice politique se voit ainsi renforcée par le dogme de la vérité¹⁵⁹⁹. En admettant au contraire que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire, la doctrine aurait bien davantage à dire sur les conceptions qu'a l'institution, à tel ou tel moment de son existence, des différents principes qu'elle est amenée à interpréter¹⁶⁰⁰. Telle est l'ambition que nourrit l'approche de droit politique que nous défendons.

¹⁵⁹⁶ Certains anciens juges constitutionnels se sont en effet employés, après leur mandat, à démystifier leur rôle de « Sages ». V. par exemple, D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, coll. « NRF essais », 2010 ; R. DUMAS, *Politiquement incorrect. Secrets d'État et autres confidences, Carnets 1984-2004*, Paris, Cherche midi, coll. « Documents », 2015.

¹⁵⁹⁷ I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 651.

¹⁵⁹⁸ Jean-Marie Denquin dénonce ainsi « la majorité de la doctrine [qui] attend la vérité du Conseil au lieu de la lui apporter » et « en vient trop souvent à supposer que le juge possède la vérité – par une grâce laïque mais spéciale – sans toutefois condescendre à l'expliquer. Au lieu de dire ce que le juge penserait s'il pensait, elle recueille ses assertions, paroles obscures ou banales mais décisives, qui ne sont pas censées ouvrir le débat mais le clore », J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 5 [en ligne].

¹⁵⁹⁹ V. en ce sens, M. TROPER, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 186 : « À la vérité, le pouvoir du juge est précisément dissimulé et renforcé par l'effet même de cette croyance si répandue qu'il n'exerce pas un pouvoir mais assure seulement le règne du droit et de la raison. Vouloir dénoncer une prétendue suprématie de la raison sur la politique, ce n'est pas dissiper une illusion, mais y succomber, car après tout, si le pouvoir du juge, c'était vraiment le règne de la raison, que pourrait-on trouver à y redire ? La vérité est donc ailleurs. Il faut reconnaître que ce pouvoir existe et qu'il est politique, et il reste à comprendre à quelle nécessité profonde correspond dans les démocraties représentatives modernes ce transfert de pouvoir ».

¹⁶⁰⁰ En matière de droits et libertés, Véronique Champeil-Desplats considère ainsi que : « Le Conseil n'est le gardien de rien d'autre que de sa propre conception des droits et libertés et de l'État de droit. Celle-ci varie en fonction de son appréciation des circonstances, des contextes, mais aussi des rapports de forces au sein d'une institution dont la composition change tous les trois ans », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 », *La Revue des droits de l'homme*, 2020 [en ligne]. Ainsi Stéphanie Hennette-Vauchez pose la question de savoir si le fait de ne pas reconnaître le rôle politique joué par le Conseil constitutionnel ne conduirait pas paradoxalement à empêcher son ascension : « l'analyse essentiellement juridique n'a-t-elle pas contribué à cantonner le Conseil plus qu'à affirmer sa place au sein du système politique de la Ve ? ». Selon l'auteur, il serait préférable pour la doctrine d'« admettre sans complexes la dimension éminemment politique de ses objets d'étude », S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Oxymore ou tautologie ? La notion de Judicial Politics expliquée par la théorie du droit américaine contemporaine », art. cité [en ligne].

SECTION 2

LE DROIT POLITIQUE : UNE APPROCHE RÉCONCILIATRICE DES CONFLITS

ÉPISTÉMOLOGIQUES

363. Du droit politique, il est fréquemment souligné sa grande indétermination. Il a ainsi pu être affirmé que « les fondements épistémiques de l’approche en termes de droit politique sont peut-être fragiles et n’ont pas (encore) été suffisamment définis de façon positive »¹⁶⁰¹, ou encore que « la revendication doctrinale du droit politique sur le droit constitutionnel demeure largement indéterminée »¹⁶⁰². Sans prétendre lever l’ensemble des incertitudes qui l’entourent, notre plaidoyer pour une approche de droit politique consistera surtout, à travers les interrogations qu’elle soulève, à résoudre le problème de la « faillite du cloisonnement fonctionnel » consistant à distinguer les « raisons politiques » des « raisons juridiques »¹⁶⁰³.

364. La juridictionnalisation apparaît ainsi comme une problématique singulièrement pertinente pour aborder la question des rapports du droit et de la politique dans la mesure où le juge constitutionnel apparaît comme la figure paradigmatique des conflits épistémologiques (§ 1). Ces conflits nous paraissent pouvoir être surmontés par une approche de droit politique venant renverser cette « croyance idéologique nécessaire » de « la nature non politique de la fonction du juge »¹⁶⁰⁴ (§ 2).

§ 1. – Les conflits révélés par la juridictionnalisation du droit constitutionnel

365. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation entend, ainsi que nous l’avons démontré, promouvoir la constitution jurisprudentielle et subséquemment unifier comme uniformiser les sources du droit constitutionnel autour de la jurisprudence constitutionnelle¹⁶⁰⁵.

¹⁶⁰¹ A. LE DIVELLE, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », art. cité, p. 101.

¹⁶⁰² X. MAGNON, A. VIDAL-NAQUET, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », art. cité, p. 116. Pour Xavier Magnon et Arianne Vidal-Naquet, la seule chose vraiment certaine est le rejet de « l’approche jurisprudentielle et contentieuse du droit constitutionnel ».

¹⁶⁰³ D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 18 [en ligne].

¹⁶⁰⁴ « La nature non politique de la fonction du juge, peu importe qu’elle le soit ou non dans les faits, est une croyance idéologique nécessaire. Cette conception est aujourd’hui tellement ancrée, qu’elle est, pourrait-on dire, constitutive du mythe républicain et démocratique. Le système politique repose sur l’idée d’un gouvernement des lois. La théorie du juge “bouche de la loi” fait partie de l’ensemble de ces justifications intégrées dans le droit positif dont la doctrine fait usage dès que des réformes, des modifications du droit positif sont à l’œuvre », I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005, p. 253.

¹⁶⁰⁵ V. *supra*, § 235-242.

Une telle entreprise a ainsi permis la création d'une autre discipline dont on ne sait si elle se rattache ou se distingue de la première : le contentieux constitutionnel (A). La juridictionnalisation cristallise ainsi les conflits, dans la mesure où c'est autour de la question du juge que se révèlent les controverses épistémologiques les plus substantielles ; controverses aggravées par des postures doctrinales résolument polémiques (B).

A. La complexité de la relation du droit constitutionnel au contentieux constitutionnel

366. Un certain nombre de projets seront annonciateurs du contentieux constitutionnel comme discipline nouvelle : la parution par Louis Favoreu et Loïc Philip des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*¹⁶⁰⁶, dans sa première édition de 1975 ; la création de l'*Annuaire international de justice constitutionnelle* en 1985¹⁶⁰⁷, puis de la *Revue française de droit constitutionnel* en 1990. Sa date de naissance doctrinale¹⁶⁰⁸ semble pouvoir se situer à la fin des années 1980, avec la première édition des *Cours constitutionnelles* du doyen Favoreu en 1986¹⁶⁰⁹, mais, surtout, avec ce que nous avons identifié comme le premier manuel intitulé *Contentieux constitutionnel* publié par Dominique Turpin en 1986¹⁶¹⁰, au sein duquel le contentieux constitutionnel recouvrait *lato sensu* l'ensemble des institutions qui appliquent la constitution¹⁶¹¹. Par la suite, singulièrement à partir du manuel de *Droit du contentieux constitutionnel* de Dominique Rousseau – dont la première édition date de 1990¹⁶¹² – cette discipline sera circonscrite à l'institution du Conseil constitutionnel et à l'étude de sa jurisprudence. La dimension contentieuse connaîtra alors dans les années 1990 un essor doctrinal absolument considérable¹⁶¹³. Elle sera réputée parachevée avec la mise en œuvre de la

¹⁶⁰⁶ L. FAVOREU *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 19^e éd., 2018.

¹⁶⁰⁷ L. FAVOREU, « Éditorial », *AJJC*, n° 1, 1985, p. 11.

¹⁶⁰⁸ S'agissant de l'enseignement, alors que le premier cours de libertés publiques a été créé en 1954, il semble qu'un cours de contentieux constitutionnel ait été créé à Aix à partir de 1998 en maîtrise. V. en ce sens, J.-L. MESTRE, « L'évolution de l'enseignement du droit constitutionnel à la faculté de droit d'Aix », *Les Cahiers Portalis*, n° 4, 2016, p. 118.

¹⁶⁰⁹ L'ouvrage fut d'abord édité aux Presses Universitaires de France, avant d'être ensuite poursuivi chez Dalloz et repris dans sa deuxième édition par Wanda Mastor, L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2^e éd., 2016.

¹⁶¹⁰ D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1986.

¹⁶¹¹ À l'instar de Didier Maus. V. D. MAUS, « La notion de contentieux constitutionnel sous la V^e République », *Revue Politique et Parlementaire*, 1980, n° 884, p. 27.

¹⁶¹² Et dont la dernière édition, entièrement refondue, a été rédigée avec Pierre-Yves Gahdoun et Julien Bonnet, D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat Droit public », 11^e éd., 2016.

¹⁶¹³ « En une dizaine d'années, s'appuyant sur la multiplication des décisions du Conseil constitutionnel (transformés désormais en « jurisprudence »), se met en place tout un dispositif d'objectivation de cette nouvelle

question prioritaire de constitutionnalité, décrite comme le « nouveau visage du contentieux constitutionnel »¹⁶¹⁴ ou comme ayant « complètement redessiné le visage du contentieux constitutionnel français »¹⁶¹⁵ et marqué une « nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel »¹⁶¹⁶, ou encore « une nouvelle page de l’histoire et de la pratique du contentieux constitutionnel »¹⁶¹⁷.

367. À la suite de cette présentation, la confusion s’installe aussitôt : la juridictionnalisation a-t-elle fait émerger le *contentieux constitutionnel* comme discipline distincte du droit constitutionnel ou est-ce la *dimension contentieuse du droit constitutionnel* qui s’y intègre en le modifiant substantiellement ? Le contentieux constitutionnel fait-il partie du droit constitutionnel ou est-il une discipline autonome avec une doctrine spécifique ? Les difficultés sont accentuées par le fait que le contentieux constitutionnel désigne dans le langage doctrinal deux réalités différentes : il désigne à la fois un droit processuel, c’est-à-dire l’étude des règles d’organisation, de fonctionnement et de procédure du Conseil constitutionnel, mais aussi un droit jurisprudentiel, consistant dans l’étude systématique de la jurisprudence. Or, d’emblée, il convient d’écarter le premier sens, qui ne perturbe aucunement le contenu du droit constitutionnel. Le second sens, en revanche, peut sans aucun doute modifier le droit constitutionnel, en ce qu’il implique une étude plus approfondie des règles jurisprudentielles, en sus – ou, plus problématiquement, à la place – des institutions.

368. Ces difficultés se rencontrent, dans une moindre mesure, en droit administratif ; droit qui à l’inverse du droit constitutionnel, est né après le contentieux – et même, qui est né *du* contentieux. Or, la même question peut se poser : le droit administratif se distingue-t-il du contentieux administratif ? La grande majorité des auteurs assume une « confusion de l’étude du droit et du contentieux administratifs » pour ne pas déconnecter le contentieux du droit administratif lui-même¹⁶¹⁸. Plus précisément, Pascale Gonod relève la confusion de « l’approche contentieuse du droit administratif » et du « contentieux administratif » comme « approche du

conception du droit constitutionnel. Recueil de décisions commentées, chroniques de jurisprudence, voire revue spécialisée, plus tard manuels de “contentieux constitutionnel”, la communauté des constitutionnalistes se mobilise pour *accréditer*, dans et par son activité savante, la juridicité du droit constitutionnel, juridicité fondée sur cette nouvelle relation de coopération/concurrence entre doctrine et jurisprudence, dont l’importance constitutive pour le “droit” constitutionnel est couramment rappelée », B. FRANÇOIS, « L’influence des doctrines publiciste et privatiste. Un point de vue politiste » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 94-95.

¹⁶¹⁴ G. DRAGO, « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *RFDC*, n° 84, 2010, p. 751.

¹⁶¹⁵ L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 95-96.

¹⁶¹⁶ X. PHILIPPE, « La question prioritaire de constitutionnalité : à l’aube d’une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français. Réflexions après l’adoption de la loi organique », *RFDC*, n° 82, 2010, p. 273.

¹⁶¹⁷ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁶¹⁸ « Avant-propos » in M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. « HyperCours », 5^e éd., 2019, p. XV.

droit du procès administratif »¹⁶¹⁹. *Mutatis mutandis*, le doyen Favoreu a été au droit constitutionnel ce qu'Édouard Laferrière fut au droit administratif : en « faisant de la jurisprudence la source privilégiée du droit administratif »¹⁶²⁰, ce dernier amorça un mouvement tendant à promouvoir le contentieux administratif, d'abord confondu avec le droit administratif avant de s'en émanciper, à partir de la seconde moitié du XX^e siècle, sans pourtant qu'en sens contraire le droit administratif ne s'émancipe de l'approche contentieuse¹⁶²¹.

369. Pour les tenants du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, le contentieux constitutionnel se confond indubitablement au droit constitutionnel. Nullement considéré comme une discipline véritablement distincte, le contentieux constitutionnel désigne bien davantage une « approche contentieuse du droit constitutionnel ». Le doyen Favoreu l'affirme sans équivoque dans la préface à la première édition de son Précis de *Droit constitutionnel* : « on constatera certainement que la conception juridique de la discipline l'emporte très nettement et que les aspects de science politique apparaissent peu. Ceci est délibéré : non parce que ceux-ci doivent être négligés mais qu'au contraire leur importance justifie qu'ils soient enseignés dans un cours distinct consacré aux institutions et à la vie politique ». Et il répond de façon décisive à la question de la relation du droit constitutionnel au contentieux : « On notera que notre solution ne consiste pas à ajouter le contentieux constitutionnel aux institutions politiques pour obtenir une vue d'ensemble du nouveau droit constitutionnel. En fait, le “contentieux constitutionnel” n'est pas une notion autonome : il se fond dans l'ensemble ; ou plus exactement, *il est une des approches de la discipline “droit constitutionnel”* et ne peut en être distingué »¹⁶²². Pour le doyen Favoreu, le contentieux constitutionnel désigne ainsi indifféremment « l'approche contentieuse du droit constitutionnel » ou « le droit constitutionnel jurisprudentiel ».

370. Plus significativement, le phénomène doctrinal de juridictionnalisation envisage le contentieux constitutionnel comme à même d'englober le droit constitutionnel dans son ensemble. Est en effet désormais « posée par une partie de plus en plus importante de la doctrine constitutionnaliste l'identité entre le droit constitutionnel et la lecture contentieuse du texte constitutionnel »¹⁶²³. Or, les objets du contentieux dépendent de la vision du droit constitutionnel

¹⁶¹⁹ P. GONOD, « L'étude du procès administratif » in *Un avocat dans l'Histoire. En mémoire de Arnaud Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 2013, p. 165.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, p. 168.

¹⁶²¹ *Ibid.*, p. 172-173.

¹⁶²² L. FAVOREU, « Préface à la première édition » in L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 22^e éd., 2020, p. IX.

¹⁶²³ B. FRANÇOIS, « L'influence des doctrines publiciste et privatiste. Un point de vue politiste » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 95.

de leurs auteurs. Ainsi, le manuel aixois de *Droit constitutionnel* soutient : « de manière équilibrée, le Conseil constitutionnel règle trois séries de contentieux correspondant aux trois objets essentiels du droit constitutionnel : le contentieux des institutions, le contentieux des normes et le contentieux des libertés »¹⁶²⁴. Dominique Rousseau affirme, dans un sens similaire, que « le droit du contentieux constitutionnel explore toutes les dimensions du savoir constitutionnel ». Il s'agit ainsi pour l'auteur de « la dimension institutionnelle puisque le Conseil constitutionnel est une institution – une juridiction – qui est en relation avec d'autres institutions. La dimension contentieuse puisque le Conseil constitutionnel produit des décisions qui ont l'autorité de la chose jugée. La dimension philosophique puisque le Conseil constitutionnel transforme la notion de constitution et redessine la configuration politique »¹⁶²⁵. En dépit de ces définitions, l'approche contentieuse du droit constitutionnel tend irréductiblement à privilégier l'analyse normative et le contentieux des droits et libertés fondamentales. D'abord, parce que les fondements normativistes de nombre d'auteurs incitent à penser la norme sans les institutions¹⁶²⁶. Ensuite, parce que l'importance accordée à la protection des droits et libertés conduit à considérer qu'il s'agit désormais de « l'unique objet recevable du droit constitutionnel »¹⁶²⁷. Il en découle alors inéluctablement un « schisme thématique » entre le droit constitutionnel institutionnel et le droit constitutionnel jurisprudentiel¹⁶²⁸.

B. La confrontation d'approches doctrinales à visées polémiques

371. La portée polémique des différentes approches doctrinales tient à ce qu'elles portent fondamentalement en elles le rejet d'un des objets du droit constitutionnel ; objet qu'une autre approche entend privilégier, parfois exclusivement. Au fond, le discours sur le droit constitutionnel n'est jamais le même dès lors qu'il est entièrement dépendant de l'approche préalablement adoptée par son auteur. La justice constitutionnelle, en ce qu'elle cristallise les

¹⁶²⁴ L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 343. Guillaume Drago distingue quant à lui trois types de contentieux : « le contentieux normatif », le « bon fonctionnement des institutions » et – à la place du contentieux des libertés – le « contentieux électoral », G. DRAGO, « Les différents types de contentieux ou 5 000 décisions en 60 ans », *NCCC*, n° 58, 2018, p. 5.

¹⁶²⁵ D. ROUSSEAU, « Avant-propos » in D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶²⁶ « Sa visée ultime est un droit constitutionnel sans institutions, où toutes les difficultés seraient résolues par la seule contemplation de la loi fondamentale. Contenu sans contenant, car la considération de celui-ci risquerait de troubler la pureté de celui-là, le droit constitutionnel est pour ainsi dire un intérieur sans extérieur », J.-M. DENQUIN, « Éléments pour une théorie constitutionnelle », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle série, n° 8, 2006, p. 107.

¹⁶²⁷ J.-M. DENQUIN, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP*, 2014, p. 1479.

¹⁶²⁸ *Ibid.*, p. 1480.

polémiques, permet de distinguer les approches doctrinales en fonction de l'adhésion ou du rejet du phénomène doctrinal de juridictionnalisation.

372. Dans une première série d'approches, les auteurs s'attachent à séparer plus nettement le droit des institutions politiques et le droit jurisprudentiel – ce dernier étant, dans cette perspective, l'objet d'étude privilégié¹⁶²⁹. Pour les promoteurs du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, cette évolution est un indéniable *progrès*, si bien que ceux qui la rejettent sont accusés de défendre une conception lâche de la juridicité¹⁶³⁰. En ce sens, le doyen Favoreu affirme que « la juridicisation de la vie politique ne cesse de progresser quoi qu'en disent les nostalgiques de l'«état de non droit» et de la «Constitution élastique» »¹⁶³¹. L'anathème est ainsi jeté sur les auteurs qui rejettent l'intelligence contentieuse au profit d'une approche politique ou institutionnelle du droit constitutionnel. Ce prisme se voit en réalité amalgamé au discours *politiste*. Xavier Magnon relève par exemple que la démarche du courant aixois se caractérise singulièrement par « la prétention au caractère juridique de la matière constitutionnelle » d'inspiration kelsénienne ; prétention s'inscrivant en réaction à la science politique¹⁶³². Plus précisément, dans sa contribution visant à présenter « l'école aixoise », Patrick Gaïa considère que le droit constitutionnel a été entre 1945 et 1970 un « droit politique » – alors que cette période est marquée par l'expansion de la science politique – et ajoute que « la juridicité de la matière s'est ainsi abimée dans l'étude des institutions et des faits politiques »¹⁶³³. Tandis que la science politique porterait en elle « la conviction qu'elle permet d'atteindre la réalité là où le droit constitutionnel, en tant que discipline scientifique, n'offre à l'examen que des principes livresques »¹⁶³⁴, l'école aixoise, en favorisant l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle, aurait ainsi permis au droit constitutionnel de redevenir un « droit juridique », ce qui s'observera dans l'enseignement du droit constitutionnel : les institutions politiques, qui étaient associées au droit constitutionnel à partir de 1954, disparaîtront à partir de 1997. Cette évolution

¹⁶²⁹ Dans une perspective kelsénienne, Olivier Cayla présente « la justice constitutionnelle comme condition d'existence de la science du droit ». En effet, « le problème de la juridicité de la Constitution est, pour Kelsen, déterminant pour l'émergence de la juridicité de tout l'ordre juridique, donc décisif aussi et surtout pour la possibilité d'existence d'une science du droit ayant un objet propre à décrire », O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit » in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 108.

¹⁶³⁰ V. notamment *supra*, § 169-172.

¹⁶³¹ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit » in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 36.

¹⁶³² X. MAGNON, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction » in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 237.

¹⁶³³ V. X. MAGNON, S. MOUTON (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quels droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Paris, Mare et Martin, coll. « Le sens de la science », 2020, à paraître.

¹⁶³⁴ G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution » in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 55.

n'est pas sans conséquences sur les représentations de la discipline : « l'élargissement aux institutions politiques en 1954 serait le signe tangible de la crise d'identité d'un droit constitutionnel qui cherche à prendre appui sur une science politique en plein essor ; le retour au seul droit constitutionnel en 1997 marquerait l'assurance retrouvée des constitutionnalistes qui revendiquent la pleine autonomie de leur discipline »¹⁶³⁵.

373. En sus d'une représentation contestable de la juridicité durant les différents âges du droit constitutionnel¹⁶³⁶, le phénomène doctrinal de juridictionnalisation a tendance à considérer que le droit et la politique étaient bien cloisonnés avant le tournant politiste. Or, quand bien même la doctrine constitutionnelle classique tenait à la nature juridique de sa discipline et rejetait fréquemment la « science politique », elle n'excluait pas pour autant la « politique » de son analyse. Les propos de Duguit corroborent cela de manière assez précise : « À mon sens, affirme-t-il, ni la politique ni la morale n'existent comme sciences distinctes. Les phénomènes politiques sont ceux qui se rapportent à l'origine et au fonctionnement de l'État ; ce sont essentiellement des phénomènes juridiques ; ce sont précisément les faits qui forment [...] le domaine du droit constitutionnel, c'est-à-dire une branche de la science générale droit »¹⁶³⁷. Droit politique et institutions politiques sont ainsi désormais relégués par les tenants du phénomène doctrinal de juridictionnalisation dans le champ de la science politique¹⁶³⁸. Il en découle actuellement que les auteurs qui rejettent l'approche *politique* ou *institutionnelle* ne la différencient pas de l'approche *politiste*.

374. La confusion – mais est-elle délibérée ? – se révèle fâcheuse, dans la mesure où droit politique et science politique ne se confondent nullement, en dépit de certains traits communs – ainsi de l'attachement au fait et du rejet de l'étude isolée de la norme. Alors que la science politique est l'étude du pouvoir politique, comme fait, comme phénomène, sous diverses approches – sociologique, théorique, historique, etc. – le droit politique désigne communément l'analyse juridique de phénomènes politiques. Certes, en raison de la singularité de l'objet étudié, l'analyse se veut extensive. Le « droit politique » implique en fait de ne pas se limiter à une approche juridique ou normative de l'objet étudié ; il s'agit de « prendre appui

¹⁶³⁵ J. CHEVALLIER, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel » in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 183.

¹⁶³⁶ Sur ces différentes représentations de la juridicité, v. § 154-164.

¹⁶³⁷ L. DUGUIT, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement*, Tome 18, 1889, p. 501.

¹⁶³⁸ « Le concept même d'institutions politiques ne peut qu'appeler la méfiance des constitutionnalistes : symbole de la dérive qu'aurait connu le droit constitutionnel après 1945, il est désormais connoté par l'approche construite par les politistes ; aussi, l'étude des institutions politiques, et du régime politique qu'elles forment, doit-elle être rejetée du côté de la science politique », J. CHEVALLIER, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel » art. cité, p. 194.

sur les ressources de science humaines, telles que l'histoire, la sociologie, la science politique, voire l'anthropologie » et « de recourir aux lumières de la philosophie, comme le suggère notamment l'expression “droit politique”, empruntée à Rousseau qui en faisait une “branche de la philosophie politique” »¹⁶³⁹. Aussi Armel Le Divillec souligne-t-il l'existence de « spécificités de la matière constitutionnelle » qui « [re]commandent à la science juridique d'adopter une manière particulière de l'analyser, un peu différente des autres disciplines juridiques. Rénovée pour être de plain-pied avec son temps et forte d'une ambition scientifique raisonnée, l'antique appellation de droit politique n'est peut-être au fond qu'une bannière ou un foulard noué dans la poche invitant le juriste à ne pas oublier les particularités de son étude »¹⁶⁴⁰. Toutefois, l'approche de droit politique est revendiquée par des juristes, non des politistes¹⁶⁴¹. Le rejet de l'approche contentieuse n'implique donc nullement pour cette partie de la doctrine de réintégrer l'approche politiste, c'est-à-dire d'opérer, dans un mouvement similaire à celui de la IV^e République, une conversion de la doctrine constitutionnelle à la science politique¹⁶⁴².

375. Dans une seconde approche, celle qui précisément regroupe les auteurs attachés à une lecture politique ou institutionnelle du droit constitutionnel, la dénonciation tient à la manière exclusivement jurisprudentielle d'enseigner le droit constitutionnel. À rebours des progrès revendiqués par les tenants du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, il s'agit ici de considérer qu'« en renonçant à se donner le pouvoir comme objet, au profit des seules normes, le droit constitutionnel renonce à lui-même »¹⁶⁴³. Bien davantage que la précédente, cette approche a une dimension éminemment polémique, dans la mesure où elle « repose sur un discours visant à combattre une conception exclusivement normative de la constitution,

¹⁶³⁹ M. VAN DE KERCHOVE, « Préface » in J.-J. SUEUR, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. « DIKÈ », 2011, XII.

¹⁶⁴⁰ A. LE DIVILLEC, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », art. cité, p. 105.

¹⁶⁴¹ Sans doute est-ce la raison pour laquelle le choix que fait Elsa Kohlhauer, dans son travail d'ampleur sur le droit politique, du néologisme « *juspolitiste* » pour désigner la doctrine du droit politique nous semble inapproprié, E. KOHLHAUER, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 2019, spéc. p. 18-19. Le terme de « politiste » brouille, à notre sens, l'objet d'analyse premier du droit politique, qui est le droit. En outre, elle accentue la dimension polémique du droit politique, ses adversaires ayant tendance à opposer le « vrai » droit au droit politique, qui ne serait pas un droit de juristes mais, précisément, de politistes. Ce choix terminologique nous semble d'autant plus étonnant que l'auteur considère précisément que le droit politique « renvoie à une posture bien davantage juridique que politiste » (*ibid.*, p. 27) et que le droit politique ne doit pas être confondu avec l'« analyse établie autour des préceptes de la science politique », *ibid.*, p. 28. L'auteur consacre notamment des développements à l'autonomie de la méthode du droit politique par rapport à la méthode de la science politique, *ibid.*, p. 732-766.

¹⁶⁴² Sur ce sujet, v. les développements de Benjamin Fargeaud sur ce qu'il appelle le « “label” politiste » sous la IV^e République, B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, Thèse dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2018, p. 335-408.

¹⁶⁴³ D. BARANGER, « “Le piège du droit constitutionnel”. I. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, p. 2.

elle-même fondée sur la juridictionnalisation de la matière »¹⁶⁴⁴. Le droit politique est, en effet, « une véritable revendication scientifique », et même « une revendication quasi-militante, en faveur d’une conception renouvelée et unifiée du droit constitutionnel »¹⁶⁴⁵. Aussi comprend-on le reproche précédemment évoqué par les promoteurs de la juridictionnalisation : la visée polémique du droit politique a tendance à brouiller sa vocation première, qui est « de refuser la dichotomie entre la règle de droit et la pratique politique » pour mieux les réunir¹⁶⁴⁶. Or, « son rôle d’étendard brandi contre certaines évolutions ”juridictionnalisantes” du droit constitutionnel »¹⁶⁴⁷ conduit sans doute le droit politique à envisager « la politique comme quelque chose d’extérieur et le droit comme un embarras pour la politique alors même qu’ils prétendent les réunir »¹⁶⁴⁸. Sans doute cette réflexion formulée par Bruno Daugeron a-t-elle vocation à rappeler que le droit politique ne peut exister sans le *droit* ; qu’il convient ainsi de ne pas négliger le texte au motif d’une meilleure appréhension du droit constitutionnel par la pratique¹⁶⁴⁹. Né contre le droit jurisprudentiel, le droit politique a tendance à être envisagé par ses adversaires comme une approche tendant à déconsidérer le droit. En ce sens, pour Ariane Vidal-Naquet, « dire que le droit constitutionnel est le droit du politique ne renseigne qu’imparfaitement sur son objet. D’objet, le politique devient une caractéristique : le politique serait la marque de la véritable singularité du droit constitutionnel et cette dernière serait *antinomique avec le juridique* »¹⁶⁵⁰.

376. La juridictionnalisation génère donc d’intarissables conflits doctrinaux, à tel point que la doctrine constitutionnelle n’a en réalité jamais pu résoudre la question du rapport du droit et de la politique ; au fond, et alors que la querelle ne regardait pas la pensée juridique française, c’est toujours Kelsen contre Schmitt. D’un côté, la notion de politique aurait une portée hautement péjorative quand celle de justice serait noble¹⁶⁵¹, si bien que dans l’approche de droit

¹⁶⁴⁴ E. KOHLHAUER, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation*, op. cit., p. 31.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 18-20.

¹⁶⁴⁶ D. BARANGER, « Débats. Le droit politique au prisme des conventions de la constitution » in *Le droit politique face à la Ve République* [colloque des 6 et 7 juin 2019], *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 206.

¹⁶⁴⁷ B. DAUGERON, « Débats. Le droit politique au prisme des conventions de la constitution » in *Le droit politique face à la Ve République* [colloque des 6 et 7 juin 2019], *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 204.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 205.

¹⁶⁴⁹ Ce que relève Bruno Daugeron : « le droit constitutionnel, même qualifié de “politique”, commence toujours par être « du droit positif » au sens de droit écrit résultant de certaines procédures d’adoption. Sans ce droit “formel”, il ne peut bien entendu exister de constitution et donc de pratique de ces textes. Avant de prétendre qu’il est légitime de s’écarter de la “lettre” du texte pour mieux trouver son “esprit”, encore faut-il qu’un texte existe », *ibid.*, p. 205.

¹⁶⁵⁰ A. VIDAL-NAQUET, « Quels équilibres entre droit constitutionnel institutionnel, normatif et substantiel » in *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd’hui pour quels droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Paris, Mare et Martin, coll. « Le sens de la science », 2020, à paraître. Nous soulignons.

¹⁶⁵¹ R. CHARVIN, *Justice et politique (Évolution de leurs rapports)*, Lyon, L’Hermès, 2^e éd., 2003, p. 1.

politique, le « politique » entacherait la noblesse du « droit » ; de l'autre, le phénomène doctrinal de juridictionnalisation ternirait la singularité du droit constitutionnel, qui intéresse le pouvoir politique bien davantage que le seul droit écrit et jurisprudentiel¹⁶⁵². Il semble dès lors urgent de proposer une approche réconciliant ces oppositions.

§ 2. – Les conflits surmontés par une approche de droit politique

377. Loin de prétendre résoudre l'ensemble des conflits doctrinaux autour de la juridictionnalisation, notre démarche consiste à esquisser une approche conciliatrice des différentes manières de représenter et d'analyser les objets du droit constitutionnel. Privilégiant l'approche de droit politique en raison de présupposés communs aux nôtres – la nécessité de considérer le droit constitutionnel par-delà, mais nullement *sans*, le texte constitutionnel, et d'intégrer à l'analyse de la discipline des considérations historiques, philosophiques et politiques –, notre ambition est de tenter d'intégrer la juridictionnalisation du droit constitutionnel sans que celle-ci n'annihile pour autant les spécificités de l'approche de droit politique – plus à même, à notre sens, de décrire le droit. Notre approche a donc pour ambition de proposer une manière de penser le droit constitutionnel qui permette tout à la fois de réconcilier deux démarches – celles de la promotion et du rejet du phénomène de juridictionnalisation – tout en permettant une appréhension pertinente de ce phénomène.

378. L'originalité de l'approche de droit politique que l'on propose ici tient donc à la volonté de surmonter la critique de la place prépondérante prise par le juge constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle en l'analysant différemment. Autrement dit, et à la suite des recommandations de certains tenants du droit politique¹⁶⁵³, à intégrer la dimension contentieuse du droit constitutionnel tout en privilégiant une lecture politique et non normativiste de celle-ci (A). Quelles peuvent alors être les implications d'une telle approche ? La justice constitutionnelle, ainsi que nous l'avons défendu, est une justice politique en raison de son pouvoir de décision discrétionnaire. L'approche politique a dès lors vocation à prendre acte de

¹⁶⁵² C'est bien le constat formulé notamment par Jean-Marie Denquin : « Le Conseil constitutionnel n'a pas refondé le droit constitutionnel. Globalement, il l'a plutôt banalisé et obscurci », J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 14 [en ligne].

¹⁶⁵³ Ainsi de Denis Baranger, qui considère que l'approche de droit politique a vocation à « lire politiquement la jurisprudence du Conseil constitutionnel et regarder ce qu'il y a de politique là-dedans, se dire que le juge ne se contente pas d'émettre des normes complètement neutres du point de vue politique et prendre conscience qu'il y a des endroits à partir desquels il fait juridiquement de la politique », D. BARANGER, « Débats. Le droit politique au prisme des conventions de la constitution » in *Le droit politique face à la Ve République* [colloque des 6 et 7 juin 2019], *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 206.

cette nature hybride en analysant la jurisprudence au regard de ce pouvoir de choix dont dispose le juge (B).

A. Originalité de l'approche : une démarche non polémique

379. L'approche de droit politique est pacificatrice, dans la mesure où elle tend à intégrer l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle, et non à rejeter les conséquences de la juridictionnalisation (1). Elle l'est également en ce qu'elle tend à s'associer aux approches de droit politique existantes comme à l'approche réaliste dont elle se solidarise, en dépit de divergences parfois substantielles (2).

1. Un droit politique intégrant la jurisprudence constitutionnelle

380. Une approche de droit politique intégrant la jurisprudence constitutionnelle présente un double intérêt. Le premier est de surmonter la querelle de la politique et du droit – du droit politique exclusif de la jurisprudence et du droit jurisprudentiel exclusif des institutions politiques. Pour surmonter cette aporie tenant à l'opposition entre le droit jurisprudentiel et le droit politique, il nous semble possible de démontrer que le juge chargé de contrôler la constitutionnalité des lois dans les institutions est une manifestation de ce droit politique, avec lequel il n'entre pas en contradiction. Si « le droit politique se construit autour du postulat que la théorie juridique ne peut faire l'économie d'une considération simultanée des phénomènes politiques, qui constituent à la fois l'objet et la source du droit »¹⁶⁵⁴, alors la jurisprudence ne doit pas être écartée dans la mesure où elle constitue, en tant que produit d'une justice politique, un phénomène politique. Il ne s'agit pas, ainsi qu'ont pu le dénoncer les tenants du droit politique, d'accepter « la réduction du *champ de la science du droit constitutionnel à l'étude des seuls discours produits par le juge* »¹⁶⁵⁵, mais d'intégrer ces discours pour les analyser comme des discours politiques. Derrière la seule « bannière »¹⁶⁵⁶ du droit politique, il nous paraît donc possible d'envisager le droit politique comme une autre manière de lire le contentieux constitutionnel et d'envisager la place du juge parmi les institutions. Autrement dit, de transformer la célèbre formule du doyen Favoreu de « politique saisie par le droit » en affirmant qu'avec la juridictionnalisation, la politique est saisie par le

¹⁶⁵⁴ E. KOHLHAUER, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation*, op. cit., p. 27.

¹⁶⁵⁵ C. BARGUES, E. LEMAIRE, C. ROYNIER, « Le droit politique face à la Cinquième République. Propos introductifs », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 5.

¹⁶⁵⁶ A. LE DIVELLEC, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018, p. 105.

droit politique. En effet, « la formulation et l'interprétation des règles par le juge, l'étendue et l'intensité de ce contrôle ne doivent pas faire oublier sa place dans le système politique. Le juge n'agit pas qu'en juriste. *Nolens, volens* il est partie prenante au débat politique et donc relève des modes d'analyse de ce débat »¹⁶⁵⁷.

381. Le second intérêt de l'approche de droit politique est de mettre en évidence la double dimension du droit constitutionnel : la coexistence de la politique et du droit, c'est-à-dire tout à la fois de l'exercice du pouvoir et de sa limitation. Car le droit constitutionnel ne peut être envisagé comme la seule *limite* du politique, c'est aussi *l'exercice* du pouvoir politique. Or cette dualité doit précisément s'appliquer à l'analyse du juge, qui ne se contente pas de limiter le pouvoir du législateur mais qui exerce aussi lui-même un pouvoir politique. Il ne s'agit dès lors pas de chanter les louanges de la politique et faire peu de cas de l'importance du droit, mais d'envisager le pouvoir juridictionnel de la même manière que les autres pouvoirs politiques constitués, c'est-à-dire comme un pouvoir politique, qui s'exerce certes de façon discrétionnaire mais non de façon arbitraire puisque le droit constitutionnel l'encadre. Indéniablement, cette approche de droit politique comporte d'importantes similitudes avec la doctrine réaliste française. Michel Troper tire en effet des conclusions analogues à l'approche de droit politique non polémique en affirmant : « il faut reconnaître que ce pouvoir [du juge] existe et qu'il est politique, et il reste à comprendre à quelle nécessité profonde correspond dans les démocraties représentatives modernes ce transfert de pouvoir »¹⁶⁵⁸. Il convient par conséquent d'en expliciter les ressemblances, mais également les spécificités.

2. Les rapports du droit politique à la théorie réaliste de l'interprétation

382. Non polémique, l'approche de droit politique l'est également en ce qu'elle se nourrit d'une éminente théorie : le réalisme français, singulièrement défendu par Michel Troper et ses soutiens¹⁶⁵⁹. Le problème du rapport du droit politique à ce « réalisme nanterrois »¹⁶⁶⁰ est

¹⁶⁵⁷ C. BIDEGARAY, C. EMERI, « Du droit constitutionnel au gouvernement comparé » in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 454.

¹⁶⁵⁸ M. TROPER, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 186.

¹⁶⁵⁹ Caractérisant le réalisme nanterrois, Arnaud Le Pillouer souligne qu'il « se distingue des réalismes américain et scandinave par quelques traits significatifs (ses “différences spécifiques”, donc) : de l'américain, parce qu'il résulte d'une prise de position très fermement positiviste sur le plan épistémologique ; mais aussi du scandinave, parce qu'il refuse, dans une tradition toute kelsénienne, de renoncer à la spécificité de la science du droit et de la réduire à une psycho-sociologie », A. LE PILLOUER, « “Droit politique” et “Réalisme nanterrois”. Considérations sur la méthode et l'objet du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 94.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 94.

d'une grande complexité. Peu abordée¹⁶⁶¹, elle pose la question de la spécificité de l'approche de droit politique – plus récente – par rapport à celle du réalisme. Sans procéder par l'affirmative ni prétendre résoudre l'ensemble des difficultés – reconnaissons-le, fort déconcertantes – que pose une telle comparaison, il s'agira ici de soulever un certain nombre d'interrogations et de mettre en évidence les éléments de filiation comme les spécificités de l'approche que nous proposons par rapport aux démarches voisines. Réaliste par certains aspects mais résolument non normativiste, notre approche de droit politique – qui n'a aucunement la prétention de se rattacher à une « école » de pensée spécifique ou exclusive – s'inspire tout à la fois du droit politique et du réalisme. Elle présente toutefois deux singularités. Ainsi que le relève Denis Baranger, le droit politique « recouvre des attitudes très diverses par rapport au même objet »¹⁶⁶². Or, notre approche de droit politique se distingue d'abord de celle proposée par Pierre Avril dans la mesure où elle refuse de penser, en droit constitutionnel, la séparation du droit et de la politique, mais envisage bien plutôt de les analyser ensemble (a). Mais elle se distingue également de l'approche réaliste, en ce qu'elle rejette certaines prescriptions formulées par Kelsen qui la sous-tendent (b).

a) Le refus d'une séparation du droit et de la politique

383. Alors qu'il a pu être soutenu que ni la revendication de droit politique ni la théorie réaliste de l'interprétation ne sont véritablement parvenues à remettre en cause la distinction du droit et de la politique¹⁶⁶³, les deux approches ont pourtant en commun, sinon de résoudre, du moins de réfléchir à la relation de l'un et de l'autre. Posant la question des « conceptions disciplinaires respectives » du droit politique et du réalisme nanterrois, Arnaud Le Pillouer considère ainsi que ces deux courants entretiennent un rapport « ambigu ». Il relève par exemple de « réelles convergences », tenant notamment au « rejet de l'approche strictement contentieuse

¹⁶⁶¹ Elle l'a été, pour la première fois nous semble-t-il, lors du colloque intitulé *Le droit politique face à la Cinquième République* organisé par l'Institut Michel Villey en juin 2019 et dont les actes ont été reproduits dans le numéro 24 de mai 2020 de la revue *Jus Politicum*. Ainsi de la contribution d'Arnaud Le Pillouer tendant à relever les convergences et divergences de ces deux écoles, *ibid.*, p. 93. Ainsi également de Bruno Daugeron qui, lors de ce colloque, posait la question fondamentale de la valeur ajoutée du droit politique par rapport au réalisme nanterrois ; question n'ayant pas eu de réponse et ayant largement éveillé nos interrogations sur ce point.

¹⁶⁶² D. BARANGER, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français » in X. MAGNON, S. MOUTON (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quels droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, *op. cit.*, à paraître, cité in X. MAGNON, A. VIDAL-NAQUET, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », art. cité, p. 108, note 6.

¹⁶⁶³ C. SAUNIER, *La doctrine des « questions politiques ». Étude comparée : Angleterre, France, États-Unis*, *op. cit.*, p. 23-26.

du droit constitutionnel » et à la place prépondérante accordée « à la *pratique* »¹⁶⁶⁴. Du point de vue de la pratique politique comme juridictionnelle, droit politique et réalisme ne diffèrent pas fondamentalement¹⁶⁶⁵. À l’instar de René Capitant, qui définissait le droit positif comme le droit réellement appliqué, ce qui suppose de tenir compte du droit non écrit¹⁶⁶⁶, les implications de l’une comme de l’autre de ces théories sont de prendre au sérieux la concrétisation du droit – que l’une désigne sous le nom de *pratiques* ou *conventions*, l’autre d’*interprétation* – et de ne pas s’en tenir à la seule analyse du texte. Autrement dit, il s’agit dans les deux cas de considérer que la prise en compte du texte à prétention normative, soit le devoir-être, ne suffit pas à connaître le droit. Doivent être intégrés à l’analyse les faits, l’être, le droit effectivement appliqué¹⁶⁶⁷.

384. Pour les tenants du droit politique, il est nécessaire « de penser de manière relationnelle être et devoir-être, réalité et norme juridique, de les mettre en relation, d’admettre ce lien au moins en tension, éventuellement de manière dialectique »¹⁶⁶⁸. En ce sens, Armel Le Divillec, reprenant une formule d’Eugène Pierre, considère que le droit constitutionnel se singularise par le fait que « ceux qui l’appliquent sont précisément ceux qui le créent »¹⁶⁶⁹. L’approche de droit politique « tend à relativiser l’idée que les normes juridiques seraient données par la seule émission d’un texte, alors que, bien souvent, la règle n’émerge qu’*a posteriori*, au terme d’opérations de concrétisation »¹⁶⁷⁰. Il s’agit dès lors de porter l’attention sur les institutions, sur les pratiques politiques, Or, tel est précisément le sens du réalisme tropérien, qui situe la création du droit dans son interprétation. La théorie réaliste de l’interprétation repose ainsi sur trois fondements. D’abord, « l’interprétation est une fonction

¹⁶⁶⁴ A. LE PILLOUER, « “Droit politique” et “Réalisme nanterrois”. Considérations sur la méthode et l’objet du droit constitutionnel », art. cité, p. 100.

¹⁶⁶⁵ De manière significative, Elsa Kohlhauer opère une analogie entre le droit politique et le réalisme s’agissant du « textualisme constitutionnel », E. KOHLHAUER, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation*, op. cit., p. 68-83.

¹⁶⁶⁶ R. CAPITANT, « Le droit constitutionnel non écrit » in *Mélanges François Gény*, Tome III, Paris, Sirey, 1934, p. 2 : « [...] le droit positif n’est pas le droit posé par un législateur, il est le droit en vigueur, c’est-à-dire le droit appliqué dont les prescriptions reçoivent généralement exécution dans une société donnée. C’est donc le fait de l’application du droit, de la conformité des mœurs un système juridique qui est le signe de la positivité de celui-ci ».

¹⁶⁶⁷ Les deux approches peuvent ainsi être qualifiées de positivistes. Xavier Magnon distingue, en effet, deux types de positivismes : « les positivismes qui fondent la règle sur un fait, un élément factuel (décisionnismes, institutionnalismes et courant sociologique) et celui qui la fonde sur un “devoir-être” (normativisme) », X. MAGNON, « Orientation théorique et choix méthodologique de l’école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », art. cité, p. 238.

¹⁶⁶⁸ A. LE DIVILLEC, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », art. cité, p. 102.

¹⁶⁶⁹ E. PIERRE, Préface au *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Paris, May Motteroz, 1893, p. V, cité in A. LE DIVILLEC, *ibid.*, p. 103.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 103.

de la volonté et non de la connaissance »¹⁶⁷¹. Ensuite, « elle n'a pas pour objet des normes, mais des énoncés ou des faits »¹⁶⁷². Enfin, « elle confère à celui qui l'exerce un pouvoir spécifique »¹⁶⁷³. La conception de Michel Troper, qui exprime « des choses plus ou moins terrifiantes pour les esprits conformistes »¹⁶⁷⁴, est ainsi plus radicale que l'approche de droit politique. Cette dernière distingue en effet la constitution écrite de sa concrétisation – que Pierre Avril appelle « la Constitution réelle »¹⁶⁷⁵. Or, la théorie réaliste nie quant à elle la distinction de la norme et de sa concrétisation, car la norme n'existe pas en dehors de cette concrétisation, réduite à l'opération d'interprétation : « c'est [...] l'interprétation – et donc l'application de la Constitution – qui seule peut conférer aux dispositions constitutionnelles la signification objective de normes »¹⁶⁷⁶. La norme non interprétée n'est qu'un texte ouvert à une multiplicité de significations¹⁶⁷⁷ déterminées par l'ensemble des pouvoirs constitués¹⁶⁷⁸. Lorsque cette interprétation est soumise à un juge, quel qu'il soit, cela suppose que « la norme générale est impuissante à déterminer la norme individuelle »¹⁶⁷⁹. C'est bien ce qui conduit Michel Troper à considérer que la fonction juridictionnelle est une fonction intrinsèquement politique : par son pouvoir d'interprétation, le juge crée le droit. Or, toute activité « d'application » d'un texte – réglementaire, législatif, constitutionnel – est une activité juridique *et* politique, puisque l'acte d'application est en même temps acte de création¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷¹ M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation » in O. JOUANJAN (dir.), *Théories réalistes du droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, rééd. in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 71.

¹⁶⁷² *Ibid.*, p. 71.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, p. 71.

¹⁶⁷⁴ S. RIALS, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, n° 37, 2003, p. 55.

¹⁶⁷⁵ P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997, p. 118.

¹⁶⁷⁶ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 133 rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2^e éd., 2015, p. 306.

¹⁶⁷⁷ « Ce qui fait l'objet de l'interprétation [...], ce n'est pas une norme, mais un texte, dont précisément on cherche à déterminer quelle est la norme qu'il pose. Dire qu'un texte peut être porteur de plusieurs sens, c'est dire qu'il peut contenir plusieurs normes entre lesquelles l'organe d'application doit choisir celle qu'il appliquera. Avant que ce choix n'intervienne, il n'y a pas de norme à appliquer, mais seulement un texte. C'est l'interprétation qui, en quelque sorte, insère dans ce texte une norme précise », *ibid.*, p. 304-305.

¹⁶⁷⁸ « Toutes les autorités chargées d'appliquer la constitution l'interprètent et la recréent de concert », *ibid.*, p. 313.

¹⁶⁷⁹ J.-M. DENQUIN, « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 10 [en ligne].

¹⁶⁸⁰ M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 5 : « si l'activité juridictionnelle est bien politique, ce n'est pas en raison de son objet, ni de son auteur, ni de sa forme, mais seulement en raison du pouvoir d'interprétation qu'elle implique. Or, ce pouvoir doit nécessairement être mis en œuvre à l'occasion de toute activité d'application de règles quelconques et pas seulement de l'activité des juges. Le Gouvernement, l'Administration se livrent également à l'interprétation des lois qu'ils doivent appliquer et, comme celle des juges, leur interprétation est le produit d'actes de volonté. On peut donc énoncer cette proposition apparemment paradoxale : l'activité juridictionnelle peut se rattacher à une fonction d'application du droit et c'est en cela qu'elle est politique ».

385. Comment dès lors mesurer la différence entre la politique qui relève de la pratique et la politique qui relève de l'interprétation ? Au fond, la politique désigne, dans les deux cas, la concrétisation du droit. Or, en distinguant le droit et la politique, le droit politique apparaît en définitive moins politique que le réalisme tropérien. Cet écart entre les deux approches explique la critique formulée par Arnaud Le Pillouer à l'égard du droit politique proposé par Pierre Avril : « il semble suggérer que la “politique” s’immisce “à côté” du droit édicté dans les textes, dans les interstices laissés ouverts par leur caractère plus ou moins vague, avec la marge de pouvoir discrétionnaire que cela leur laisserait ». Or, au contraire, les réalistes considèrent que « la politique est “toujours là”, car elle est consubstantielle aux choix que suppose chaque interprétation – laquelle consiste par définition en un acte de volonté. Si bien que lorsqu’une autorité déclare ne faire qu’appliquer une disposition “claire et précise” du texte, il s’agit encore d’un choix – celui de privilégier une interprétation littérale par rapport à un autre type d’interprétation. Selon les réalistes (pas seulement nanterrois), la politique n’est jamais absente du processus d’application du droit, puisque chaque opération de mise en œuvre est aussi (et surtout) une création du droit »¹⁶⁸¹.

386. La conception défendue par Pierre Avril nous semble ainsi vulnérable dans la mesure où elle aboutit à dresser une cloison entre le droit et la politique, alors que le droit politique semble au contraire avoir vocation à les réunir. Le droit politique se distingue en effet de la seule politique dans la mesure où il entend signifier l’importance du droit, des institutions, dans le processus d’encadrement des phénomènes politiques. Or, plutôt que de les penser ensemble, Pierre Avril opère une distinction entre la nature juridique et politique du droit constitutionnel : une nature juridique qui se concrétise dans le contrôle juridictionnel de constitutionnalité ; une nature politique qui concerne tous les actes qui échappent à ce contrôle, c’est-à-dire les « conventions de la Constitution »¹⁶⁸². Le droit regarderait ainsi « les prescriptions sur les compétences et les procédures » quand la politique concernerait le « *fond* du droit »¹⁶⁸³. Certes, Pierre Avril entend bien « réfléchir en juriste à cette irruption du politique dans le droit »¹⁶⁸⁴, mais sa manière d’envisager le droit politique est étonnante dans la mesure où elle semble postuler qu’il s’agit d’un droit non juridique. Cette séparation du droit et de la politique se reconnaît ainsi dans la définition qu’il propose des conventions de la constitution,

¹⁶⁸¹ A. LE PILLOUER, « “Droit politique” et “Réalisme nanterrois”. Considérations sur la méthode et l’objet du droit constitutionnel », art. cité, p. 102.

¹⁶⁸² P. AVRIL, « Penser le droit politique », *Jus Politicum*, « Actualités », 6 novembre 2018, p. 3-4 [en ligne].

¹⁶⁸³ *Ibid.*, p. 4 [en ligne].

¹⁶⁸⁴ O. BEAUD, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - À propos d’un ouvrage récent », *CCC*, n° 6, 1999 [en ligne].

qui seraient des normes non écrites à caractère politique et non juridique, mais qui s’insèrent dans l’ordre constitutionnel¹⁶⁸⁵. Elle s’inspire en ce sens de la pensée de Dicey, qui distinguait d’un côté le « droit de la constitution » des « conventions de la constitution » qui, elles, étaient de nature politique et non juridique¹⁶⁸⁶. Cette difficulté a été relevée par Olivier Beaud, qui admet ne pas être convaincu par « la nature de la convention de la constitution qui serait à la fois constitutionnelle et non juridique », précisément parce que « cette qualification non juridique des conventions repose sur une *summa divisio* entre le droit constitutionnel *juridique* et le droit constitutionnel *politique* (thèse susnommée de la “dualité de l’ordre constitutionnel”) »¹⁶⁸⁷.

387. Pierre Avril n’entend dès lors pas envisager la justice constitutionnelle comme une justice politique, puisqu’il considère que « l’extension du contrôle juridictionnel aux rapports politiques » transformerait le contrôle juridictionnel en contrôle « ouvertement politique »¹⁶⁸⁸. Cette mise en garde révèle implicitement l’existence pour l’auteur d’une cloison entre le droit et la politique, qui sont pensés séparément. Les conventions de la constitution sont politiques ; elles ne peuvent être juridiques. Le contrôle de constitutionnalité des lois est juridique ; il ne peut pas être politique. Réputés inconciliables lorsqu’ils sont appliqués aux différents objets du droit constitutionnel, l’on voit alors difficilement comment le droit et la politique pourraient former un *droit politique*, c’est-à-dire en l’occurrence une approche

¹⁶⁸⁵ V. P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, op. cit. Notons que tel ne fut pas la conception de Jean Rossetto, qui soutenait au contraire que « les conventions sont des règles interprétatives auxquelles on ne saurait sérieusement contester une valeur juridique », J. ROSSETTO, *Recherche sur la notion de constitution et l’évolution des régimes constitutionnels* [1982], Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & essais », 2019, p. 295.

¹⁶⁸⁶ Sur la nature des conventions de la constitution chez Dicey et Pierre Avril, v. *supra*, § 180 *sqq.*. On retrouve également cette séparation dans la lecture que fait Renaud Baumert de la pensée de Pierre Avril et, subséquemment, du droit politique : « prendre en compte les conventions, les pratiques et les usages, tout en les distinguant très nettement des normes juridiquement valides. On conserve ainsi le bénéfice de certaines constructions théoriques “positivistes” (notamment la distinction entre ce qui est juridiquement valide et ce qui est socialement efficace). En un mot, cette démarche alternative consiste à délimiter assez étroitement le concept de droit positif – qui se bornerait alors aux normes valides – tout en élargissant *la mission du juriste* », R. BAUMERT, « En relisant Pierre Avril, “Penser le droit politique” (2018) », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 112.

¹⁶⁸⁷ O. BEAUD, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - À propos d’un ouvrage récent », art. cité [en ligne]. « Il y aurait, ajoute-t-il, d’un côté, le droit écrit, sanctionnable par la juridiction, et de l’autre, le droit non-écrit, composé de conventions de la constitution et sanctionné par la responsabilité politique. Mais ce droit non-écrit aurait pour particularité de ne pas être du droit (ces normes en tout cas ne sont pas valides). En réalité, cette *summa divisio* se fonde sur une autre distinction, plus importante, encore, entre la forme du droit constitutionnel (ce qui serait proprement juridique) et le contenu de ce droit (ce qui serait proprement politique). Il y aurait, d’un côté, un droit constitutionnel qui serait vraiment juridique lorsqu’il concerne la forme, la question de l’organe et de la procédure, et de l’autre un droit constitutionnel qui serait “politique” lorsqu’il touche à l’objet, la matière même du droit constitutionnel ». Olivier Beaud en conclut que « Pierre Avril n’est pas allé jusqu’au bout de son entreprise de réhabilitation de la dimension politique du droit constitutionnel. Selon nous, il s’est arrêté à mi-chemin de sa démonstration en affirmant que les conventions de la constitution étaient des règles “politiques” », *ibid.* [en ligne].

¹⁶⁸⁸ P. AVRIL, « Penser le droit politique », art. cité, p. 5-6 [en ligne].

permettant de saisir ces deux aspects de la discipline *ensemble*. Car une telle approche ne nous paraît pas viser à appréhender le droit constitutionnel comme simplement *politique*, mais comme un *droit* politique. Il s'agit du droit *et* de la politique et non du droit *ou* de la politique. Sans le droit, il n'y a rien à interpréter ; sans lui, les faits ne sont que des événements. Le droit politique appelle par conséquent une prise en compte du texte comme de son processus de concrétisation, ce dernier caractérisant une activité plus large que la seule interprétation ou application du texte puisqu'elle vise le résultat par lequel un texte de norme devient une norme par un « travail effectué dans un certain contexte concret, pragmatique »¹⁶⁸⁹. En revanche, si notre approche de droit politique appelle certes à tenir compte de la création jurisprudentielle du droit, elle ne tend toutefois pas à concentrer l'analyse sur elle. Mais c'est surtout le rejet des prescriptions kelséniennes chères au réalisme tropérien qui marquent plus fondamentalement la distance de l'approche défendue au réalisme français.

b) Le rejet des prescriptions kelséniennes

388. À la différence du réalisme américain, mais aussi scandinave, le réalisme français revendique sa filiation au normativisme kelsénien¹⁶⁹⁰, même s'il formule sur nombre d'aspects de la pensée du juriste autrichien une distance critique. Deux présupposés kelséniens caractérisant le réalisme tropérien marquent une différence radicale avec l'approche de droit politique. Il s'agit, d'une part, de l'ambition de la science du droit d'« assurer une connaissance du droit, du seul droit, en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet »¹⁶⁹¹. Il s'agit, d'autre part, de la prétention à la neutralité axiologique, qui signifie que les propositions de la science du droit sont, « de même que les lois naturelles de la science de la nature, une description de leur objet exempte de toute appréciation de valeur.

¹⁶⁸⁹ O. JOUANJAN, « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, XXXIX-121, 2001, p. 59, note 17. Cette manière d'envisager le processus de concrétisation du droit a été proposée par Friedrich Müller. Sa *Théorie structurante du droit* consiste en effet à réenvisager la manière de penser le processus de création d'une norme. Insistant sur la distinction du texte de norme de la norme elle-même, Müller considère que la concrétisation est l'opération, à la fois juridique et politique, par laquelle le « texte de norme » ainsi que les « faits » ou « circonstances de l'espèce », mises en relation, deviennent une norme, O. JOUANJAN, « Faillible droit », *Revue européenne des sciences sociales*, XXXVIII-119, 2000, p. 75. La concrétisation est dès lors une opération plus large que l'interprétation, ou que « l'application » du droit, cette dernière étant rejetée par l'auteur en tant qu'elle est « liée à une certaine conception de la signification », selon laquelle « la norme est dans le texte de la loi », *ibid.*, p. 67. V. en ce sens, F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1996, trad. O. Jouanjan. V. singulièrement la présentation de l'ouvrage par Olivier Jouanjan, qui explique que le travail de concrétisation est un travail de « construction », « Présentation du traducteur » in *ibid.*, p. 13-14.

¹⁶⁹⁰ Pour une critique des rapports de la théorie réaliste de l'interprétation tropérienne à la théorie pure du droit kelsénienne, v. O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, n° 50, 2002, p. 279 et sa réponse, M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, n° 50, 2002, p. 335.

¹⁶⁹¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 9.

Autrement dit, la description a lieu sans référence à aucune valeur méta-juridique et sans que jouent ces facteurs émotionnels que sont l’approbation et la désapprobation »¹⁶⁹². Or, à rebours de cette « pureté » revendiquée par le juriste autrichien, notre approche de droit politique assume ses affinités avec ce que Bruno Daugeron a qualifié, à propos de la pensée de Jean-Marie Denquin, de « théorie *impure* du droit »¹⁶⁹³.

389. D’abord, l’approche de droit politique n’a pas pour seule ambition d’associer le droit et la politique dans l’analyse du droit constitutionnel ; elle se singularise également par une volonté d’enrichir l’analyse juridique de considérations historiques, politiques, philosophiques. Elle se distingue ainsi fondamentalement de la méthode du réalisme tropérien car, ainsi que le relève Arnaud Le Pillouer, « Michel Troper a repris à son compte la grande ambition kelsénienne de construire une science du droit spécifiquement juridique »¹⁶⁹⁴. Ainsi s’explique la théorie des contraintes juridiques : s’il n’existe pas de règles contraignant l’opération d’interprétation – puisque « s’il y en avait, il faudrait les interpréter »¹⁶⁹⁵ –, Michel Troper reconnaît en revanche l’existence de « contraintes juridiques *au sens faible* », qui signifient que « des normes ont placé un individu ou un organe dans une situation telle qu’il lui faut se comporter d’une certaine manière pour agir de façon raisonnable et efficace »¹⁶⁹⁶. S’agissant spécifiquement du juge constitutionnel, il se trouve contraint d’agir raisonnablement afin de ne pas remettre en cause sa légitimité mais également de permettre « la stabilité de la jurisprudence » ; le juge poursuivant son intérêt, l’auteur en conclut que « le pouvoir du juge est à la mesure de sa modération »¹⁶⁹⁷. Les contraintes juridiques sont ainsi des « normes qui déterminent son statut, ses compétences, la procédure qu’il doit suivre, les contrôles qui s’exercent sur ses décisions, mais aussi des relations qu’il a avec d’autres institutions ou du mode d’argumentation qu’il emploie et qu’il est d’ailleurs contraint d’employer »¹⁶⁹⁸. Alors que les normes sont avant leur interprétation considérées par Michel Troper comme de simples

¹⁶⁹² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 88-89.

¹⁶⁹³ B. DAUGERON « Présentation » in J.-M. DENQUIN, *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Droit politique », 2019, p. 9.

¹⁶⁹⁴ « Il ne s’agit bien sûr pas, ajoute l’auteur, de dédaigner les apports de la science politique, de la sociologie ou de la philosophie, mais d’éviter le syncrétisme méthodologique, lequel participe de l’illusion selon laquelle la multiplication des points de vue scientifiques sur un objet permettrait de mieux en rendre compte », A. LE PILLOUER, « “Droit politique” et “Réalisme nanterrois”. Considérations sur la méthode et l’objet du droit constitutionnel », art. cité, p. 99.

¹⁶⁹⁵ M. TROPER, « La liberté d’interprétation du juge constitutionnel » in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁶⁹⁶ La « balance des pouvoirs » est ainsi un exemple de contrainte juridique qui oblige les différents organes à agir raisonnablement, *ibid.*, p. 95.

¹⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 96-97.

¹⁶⁹⁸ M. TROPER, « Le constitutionnalisme entre droit et politique » in CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 90.

énoncés, voici que des contraintes juridiques non politiques – donc ni interprétées, ni effectivement appliquées – s’imposeraient à l’interprète. Cette contradiction s’inscrit dans la lignée de celle qu’Olivier Jouanjan a relevé chez Kelsen, qui distingue l’interprétation, qui est « un acte de volonté », et le cadre de l’interprétation, qui est un « acte de connaissance », si bien que « l’interprétation est [...] un acte de volonté enchâssé dans un cadre déterminé par un acte de connaissance »¹⁶⁹⁹. Aussi, en dépit de l’assimilation de l’acte politique à tout acte de création du droit par un « interprète authentique », le réalisme tropérien assèche-t-il la spécificité du droit politique en envisageant les contraintes juridiques indépendamment de toute contraintes extra-juridiques, quand bien même elles seraient mieux à même d’expliquer la décision.

390. Ensuite, notre approche de droit politique prend ses distances avec la prétention à la neutralité axiologique formulée, selon les recommandations de Kelsen, par le réalisme tropérien. Arnaud Le Pillouer insiste bien sur cette profonde divergence dans la posture méthodologique, qui tient à ce que le réalisme nanterrois est attaché à une neutralité axiologique que les tenants du droit politique rejettent¹⁷⁰⁰. Or, une telle objectivité du savoir pose problème pour la théorie réaliste de l’interprétation elle-même. Ainsi que l’a relevé Stéphane Rials, elle aboutit, pour la science du droit, à ce que le droit en tant qu’ensemble de normes soit « tout simplement réputé indescriptible »¹⁷⁰¹. De quelle manière, en effet, la science du droit pourrait-elle se contenter de « décrire » des énoncés qui ne sont pourtant pas connaissables en dehors de l’interprétation qu’en fait son auteur ? Comment, en d’autres termes, admettre que l’interprète authentique choisit la signification d’un énoncé quand l’interprète non authentique, la science du droit, pourrait se contenter de « décrire la signification » des énoncés du droit positif, activité qui ne serait « pas une entreprise de légitimation » mais qui présenterait « un caractère strictement sémantique »¹⁷⁰² ?

¹⁶⁹⁹ O. JOUANJAN, « La théorie des contraintes juridiques de l’argumentation et ses contraintes », art. cité, p. 39. L’auteur ajoute à ce sujet : « On ne peut pas comprendre comment une détermination scientifique du “cadre” des interprétations est seulement possible. S’il n’existe aucune méthode scientifique d’interprétation qui puisse trancher entre deux interprétations possibles dans le “cadre”, quelle est la méthode scientifique d’interprétation qui peut trancher entre deux déterminations de ce “cadre” ? Cela n’est pas dit. Et la raison de ce silence est simple : cela ne peut pas être dit, dès lors que, fondamentalement, il n’y a aucune méthode “scientifique” (objective et valide) d’interprétation et que “déterminer le cadre”, c’est déjà “interpréter” le texte – ce qui paraît difficilement récusable. Et s’il y avait des méthodes scientifiques pour déterminer le “cadre”, il y en aurait aussi pour trancher entre deux interprétations légitimes au-dedans de ce “cadre”. Du point de vue d’une théorie de l’interprétation, quelle qu’elle soit, la distinction du “cadre” et des “interprétations possibles (et limitées)” est arbitraire, naïve et, en vérité, impossible », *ibid.*, p. 40.

¹⁷⁰⁰ A. LE PILLOUER, « “Droit politique” et “Réalisme nanterrois”. Considérations sur la méthode et l’objet du droit constitutionnel », art. cité, p. 99.

¹⁷⁰¹ S. RIALS, « La démolition inachevée. Michel Troper, l’interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », art. cité, p. 66. V. également, sur les illusions d’une telle neutralité axiologique, S. GOYARD-FABRE, « L’illusion positiviste » in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 357.

¹⁷⁰² M. TROPER, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », art. cité, p. 94.

391. Par-delà cette contradiction propre à la théorie réaliste, la négation de la neutralité axiologique ne consiste nullement à se placer dans une posture prescriptive¹⁷⁰³, c'est-à-dire qu'il ne s'agit aucunement de chercher « à influencer la pratique en lui indiquant ce qu'il serait souhaitable qu'elle fit »¹⁷⁰⁴, ou formuler de quelconques propositions de réforme constitutionnelle – ce que l'on désigne, lorsque la posture est assumée, sous le nom de « réformisme constitutionnel »¹⁷⁰⁵ ou « doctrine réformiste »¹⁷⁰⁶. Il s'agit bien plutôt de considérer que la description ne peut être absolument descriptive dans la mesure où elle n'est jamais exempte de présupposés dont il faut avoir conscience et qu'il faut exhumer. De soutenir, en d'autres termes, que si le droit positif est le produit de *décisions*, le discours sur le droit est le fruit de *représentations* ; représentations dépendantes des conceptions, voire des préconceptions, de son auteur.

B. Implications de l'approche : une lecture décisionniste de la jurisprudence constitutionnelle

392. L'approche de droit politique implique quant à la juridictionnalisation du droit constitutionnel d'encourager une lecture *décisionniste* de la jurisprudence constitutionnelle, au même titre que toutes les décisions constitutionnelles, par nature politiques en raison du pouvoir discrétionnaire dont sont dotés les différents organes. Cette démarche met de nouveau en relation le droit politique et le réalisme : de la même façon que la première retient « une définition politique de l'interprétation »¹⁷⁰⁷, la seconde se singularise par un « décisionnisme juridictionnel »¹⁷⁰⁸ ou « décisionnisme judiciaire »¹⁷⁰⁹. Ce décisionnisme ne se rapporte pas à la

¹⁷⁰³ V. sur la critique de postures doctrinales prescriptives, conjuguées à une conception de l'interprétation juridictionnelle comme acte de connaissance, v. A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? : quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF*, 2013, chron. n° 4 [en ligne]. Pour une critique de la critique, v. A.-M. LE POURHIET, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF*, 2013, chron. n° 5 [en ligne]. L'auteur concentre toutefois sa réponse sur la question de fond, à savoir l'existence de principes constitutionnels s'opposant à l'ouverture du mariage entre personne de même sexe. Pour une critique davantage orientée sur la question de la neutralité de la science du droit, v. J. ROUX, « Le “mariage pour tous” et la constitution : la méthode et le fond (réponse à Alexandre Viala) », *RDLF*, 2013, chron. n° 6 [en ligne].

¹⁷⁰⁴ R. BAUMERT, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 219.

¹⁷⁰⁵ S. PINON, *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003.

¹⁷⁰⁶ R. BAUMERT, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel », art. cité, p. 220.

¹⁷⁰⁷ E. KOHLHAUER, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation*, op. cit., p. 83.

¹⁷⁰⁸ S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », art. cité, p. 164.

¹⁷⁰⁹ A. VIALA, « Le pessimisme de la théorie réaliste de l'interprétation : une lecture schopenhauerienne du positivisme juridique », *Droit & Philosophie*, Vol. 8, 2016, p. 217.

décision souveraine¹⁷¹⁰, mais à un acte de volonté encadré et institutionnalisé. Appliqué au juge constitutionnel, cette conception signifie que la détermination du texte constitutionnel dépend de la décision juridictionnelle. Il ne s'agit en revanche évidemment pas d'affirmer que la décision juridictionnelle – parmi l'ensemble des décisions prises par les différentes institutions politiques – est seule apte à faire vivre le texte, mais qu'elle doit être expliquée, au même titre que les autres institutions politiques, comme le résultat d'un choix discrétionnaire du juge. Alors que « le problème du contrôle de constitutionnalité apparaît [...] en définitive comme celui d'un partage de la latitude, du dernier mot, entre des pouvoirs demeurés politiques et un pouvoir qui prétend ne plus l'être »¹⁷¹¹, la démarche de droit politique tend au contraire à envisager ces différents pouvoirs comme des pouvoirs politiques qui ont en commun de disposer d'un véritable pouvoir de décision. Une lecture décisionniste de la jurisprudence suppose dès lors de remettre en question la quête doctrinale de la bonne réponse (1) comme de s'affranchir des lectures descriptives ou exégétiques de la jurisprudence (2).

1. La vaine recherche doctrinale de la bonne réponse

393. En premier lieu, l'approche de droit politique implique de reconnaître que l'interprétation de la constitution ne comporte pas de bonne ou de mauvaise réponse. En ce sens, il a pu être reproché aux promoteurs du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, promoteurs du « tournant arrêviste » décrit par Alexandre Viala comme un mouvement doctrinal analogue à ce que connurent les administrativistes sous la III^e République¹⁷¹², de se contenter de considérer les solutions jurisprudentielles comme vraies¹⁷¹³. Alors que la motivation lacunaire du juge constitutionnel précédemment évoquée est perpétuellement dénoncée, la

¹⁷¹⁰ L'on sait que la conception décisionniste de Carl Schmitt se rapporte à la définition qu'il livre de l'acte de souveraineté ; décisionnisme dont il attribue la paternité à Thomas Hobbes, qu'il considère comme « le cas classique de la pensée décisionniste », C. SCHMITT, *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 1995, trad. M. Köller et D. Séglard, p. 83. Or, la décision prise par les pouvoirs constitués diffère de la décision souveraine en ce qu'elle est encadrée juridiquement. V. notamment *supra*, § 316-325. On comprend ainsi l'analogie qu'établit Alexandre Viala entre Hobbes et le « décisionnisme judiciaire » propre aux théories de l'interprétation : « Ce volontarisme judiciaire contemporain s'inscrit [...] dans le lignage de la tradition hobbesienne et subjectiviste du droit. Il reconnaît au juge ce que Hobbes attribuait au Léviathan : un pouvoir de volonté absolument libre », A. VIALA, *Le pessimisme est un humanisme. Schopenhauer et la raison juridique*, *op. cit.*, p. 155.

¹⁷¹¹ L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁷¹² A. VIALA, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêviste. Questions de méthode », *RDP*, 2016, p. 1137.

¹⁷¹³ Dans le même sens, Elsa Kohlhaeuer relève que le droit politique critique singulièrement le fait que « les constitutionnalistes contemporains, happés par l'étude du contentieux, sacrifieraient leur esprit critique et constructif sur l'autel de l'exégèse jurisprudentielle », E. KOHLHAUER, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation*, *op. cit.*, p. 105.

doctrine qui reste dans l'attente de « la lumière des décisions du Conseil » serait à l'origine d'« un appauvrissement singulier du droit constitutionnel »¹⁷¹⁴. Au contraire, le décisionnisme qui sous-tend l'approche de droit politique est l'aveu que le juriste, face au droit positif, est dans une position d'inéluctable doute. En ce sens, Christian Atias, pour illustrer le rapport du juriste à la vérité, donne l'exemple de l'article 12 du Code de procédure civile, dont l'alinéa premier énonce que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Or, ajoute-t-il, « nous juristes, nous savons depuis des siècles qu'il n'y a jamais de règles de droit applicables »¹⁷¹⁵, si bien que la connaissance du droit ne peut se limiter à ce qu'en disent les textes. Il en résulte que « l'enseignement du droit est l'enseignement de ce que les juristes savent ignorer. *La vertu du juriste est de savoir qu'il ne peut pas dire le droit à l'avance* »¹⁷¹⁶. Ce constat est d'autant plus vrai lorsque l'objet étudié est un objet jurisprudentiel : « c'est parce que le droit n'est pas une science exacte que le doute surgit constamment face à la résolution d'un cas »¹⁷¹⁷. Une lecture décisionniste de la jurisprudence constitutionnelle implique dès lors d'admettre que le doute est au cœur du droit constitutionnel. Parce que le « monde » du juge constitutionnel est celui « du demi-chaos, et non la demeure stable de la science »¹⁷¹⁸, il convient de reconnaître son « irréductible liberté d'appréciation »¹⁷¹⁹. En prenant au sérieux le pouvoir discrétionnaire du juge, la doctrine briserait en effet la fiction consistant à envisager la parole juridictionnelle comme une parole de vérité et à opposer d'un côté la passion du politique – irrationnelle – à la Raison juridictionnelle. L'acte de juger, comme l'acte de légiférer, est ainsi envisagé comme un acte politique. Le contentieux constitutionnel apparaît ainsi comme un contentieux du doute, où l'ensemble des cas soumis au juge peuvent être envisagés comme des « cas difficiles »¹⁷²⁰. Autrement dit, il n'existe pas de critère objectif

¹⁷¹⁴ J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 5 [en ligne] : « le Conseil est perpétuellement dans l'esquive : il évite les questions plus qu'il ne les approfondit. Il décide en fonction de considérations d'opportunité et à moindre frais [...]. « Dans ces conditions il est particulièrement mal venu d'attendre la lumière des décisions du Conseil. Qu'une partie de la doctrine succombe à cette tentation entraîne un appauvrissement singulier du droit constitutionnel. Celui-ci n'est-il pas aujourd'hui bien moins capable qu'hier de définir ses notions essentielles, la démocratie, la représentation ou la séparation des pouvoirs ? Sur ces différents points, le Conseil ne donne que des observations éparses, conjoncturelles, opportunistes, parfois difficilement conciliables entre elles et d'une surprenante pauvreté ».

¹⁷¹⁵ C. ATIAS, « Le droit, entre enseignement et réalité », *Les Cahiers Portalis*, n° 2, 2015, p. 88.

¹⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 90. Nous soulignons. Il conclut ainsi que « la fonction de l'enseignement est là, c'est l'enseignement de ce que les juristes ont le mérite de savoir qu'ils ignorent ».

¹⁷¹⁷ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, *op. cit.*, p. 92.

¹⁷¹⁸ W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, *op. cit.*, p. 135-136.

¹⁷¹⁹ L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 203.

¹⁷²⁰ Au sens américain de *hard cases*, qui se définissent comme les cas dans lesquels « aucune règle ne paraît à première vue pouvoir s'appliquer au cas d'espèce dont est saisi le juge », A. LAJOIE, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1997, p. 151.

qui permette de déterminer par avance la constitutionnalité d'une loi¹⁷²¹. Si le contentieux des droits fondamentaux est dans une situation privilégiée en raison de concepts « affectés d'une indétermination, confinant à l'indéterminabilité »¹⁷²² – et que la plupart des principes constitutionnels, ainsi qu'a pu le relever Denis Baranger, sont des « principes politiques »¹⁷²³ – la matière procédurale n'est pas à l'abri du doute qui affecte la matière constitutionnelle¹⁷²⁴. En se prononçant sur les choix du législateur, le Conseil constitutionnel est nécessairement conduit à exercer un pouvoir discrétionnaire puisqu'il se trouve dans une situation de liberté quant à la norme qui va fonder son contrôle. Toutefois, le pouvoir d'interprétation dont le juge est doté ne signifie pas que le droit n'existe pas avant d'être concrétisé, ou interprété ; qu'il n'est, en tant que simple énoncé, « que quelques pattes de mouches au *Journal officiel* »¹⁷²⁵ et qu'aucun énoncé n'échappe à l'inéluctable indétermination de sa signification subjective¹⁷²⁶. En interprétant les énoncés – en l'occurrence constitutionnels –, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire, mais non d'un pouvoir arbitraire ; il est certes libre de choisir le sens du texte, mais le droit constitutionnel écrit conserve son utilité, dans la mesure où la compétence demeure encadrée et limitée – même si la compétence elle-même, on

¹⁷²¹ Afin d'atténuer la portée politique des décisions juridictionnelles, Herbert Wechsler, penseur américain, a toutefois développé la théorie des « principes neutres », selon laquelle « la question soumise au juge peut être de nature politique, c'est-à-dire que le juge peut être confronté à un problème qui suppose un choix entre des valeurs, un choix qu'a pu faire le législateur ou l'exécutif et sur la constitutionnalité duquel le juge doit trancher mais ce qui importe c'est que la réponse, elle, sera juridique en ce qu'elle s'appuiera sur une "explication raisonnée" qui lui donnera sa validité », F. MICHAUT, « L'inscription de la décision judiciaire dans un système juridique. Réflexion sur l'évolution de la doctrine américaine contemporaine », *RDP*, 1989, p. 1023.

¹⁷²² S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », art. cité, p. 163.

¹⁷²³ C'est singulièrement le cas du principe d'égalité, D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 21 [en ligne].

¹⁷²⁴ Ainsi par exemple de la décision du 26 mars 2020 rendue pendant l'état d'urgence sanitaire, par laquelle le Conseil constitutionnel, sans la moindre motivation substantielle, déclare conforme à la Constitution une loi organique adoptée en méconnaissance des règles procédurales – pourtant claires – de l'article 46 de la Constitution : « Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution », Cons. const., 26 mars 2020, n° 2020-799 DC, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, *JORF* du 31 mars 2020, texte n° 5. V. sur cette décision, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 », *RDLF*, avril 2020 [en ligne] ; J.-E. GICQUEL, « La loi organique Covid-19 et l'irrespect non sanctionné de la Constitution », *La Gazette du Palais*, 7 avril 2020, n° 14 ; S. HUL, « Les "circonstances particulières" que nous vivons actuellement justifient même que le Conseil constitutionnel accepte qu'il soit dérogé à des dispositions de la Constitution relatives à la passation de lois organiques », *Les Petites Affiches*, 11 juin 2020, n° 117, p. 23 ; J. JEANNENEY, « La non-théorie des "circonstances particulières" », *AJDA*, 2020, n° 15, p. 843 ; M. VERPEAUX, « Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2020, n° 15, p. 839.

¹⁷²⁵ S. RIALS, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », art. cité, p. 73.

¹⁷²⁶ « Tout texte est [...] porteur de plusieurs significations entre lesquelles il faut choisir. Ce choix est précisément l'interprétation. Il faut souligner à ce propos que, contrairement à ce qu'affirme une doctrine dominante, l'interprétation ne concerne pas seulement l'application des textes obscurs. Il n'y a pas de texte clair qui échapperait à l'interprétation, car pour établir qu'il est clair, il faut d'abord l'interpréter », M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 333.

le sait, peut être interprétée de façon extensive. En d'autres termes, si la part d'interprétation juridictionnelle, et même de création juridictionnelle hors de toute interprétation, ne nous semble pas pouvoir être niée, l'usage des mots n'en demeure pas moins à notre sens déterminant pour cerner la signification des énoncés constitutionnels. En revanche, il ne nous paraît pas pertinent de dire d'un principe créé par le Conseil constitutionnel qu'il est vrai ou faux : seul peut être établi le constat d'une compétence conférée au juge de déterminer la norme qu'il applique : « il n'y a pas de pouvoir normatif *de la jurisprudence* mais bien *du juge* »¹⁷²⁷.

394. La lecture décisionniste de la jurisprudence constitutionnelle implique ainsi de reconnaître que le juge n'est pas au service du bien commun, source de vérité, mais arbitre des conflits de valeurs, qui, elles, sont par nature relatives et ne peuvent donc être dites vraies. Le Conseil constitutionnel dispose toujours du pouvoir de choisir entre différentes solutions¹⁷²⁸. Ainsi, s'agissant du Préambule de la Constitution de 1958, qui associe des textes philosophiquement opposés – l'État libéral de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, l'État social du Préambule de la Constitution de 1946¹⁷²⁹ –, le juge qui doit interpréter ces textes est nécessairement amené à opérer un choix entre plusieurs visions contradictoires, si bien qu'il dispose du pouvoir de *déterminer* les normes constitutionnelles de référence ; pouvoir renforcé par le caractère abstrait de son contrôle¹⁷³⁰. C'est bien en ce sens que Dominique Rousseau relève que le Conseil constitutionnel « découvre régulièrement, par un travail sur l'écrit, de nouveaux droits, de nouvelles libertés non expressément formulées dans les déclarations »¹⁷³¹. Ce faisant, il « produit un espace constamment ouvert à la création continue de droits et libertés »¹⁷³². Si ce travail d'interprétation de la Constitution est admis, le pouvoir de décision

¹⁷²⁷ S. RIALS, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA*, 1981, p. 117.

¹⁷²⁸ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, *op. cit.*, p. 91 : « le juge devra effectuer un choix, encouragé par l'indéniable existence de son pouvoir discrétionnaire et aidé par des considérations juridiques mais aussi par des convictions toutes subjectives ».

¹⁷²⁹ Stéphane Rials parle à cet égard d'« antinomies constitutionnelles », S. RIALS, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », *RDP*, 1984, p. 599-600.

¹⁷³⁰ Stéphane Rials relevait la différence fondamentale entre un « juge de pur droit » et un juge de droit et de fait, autrement dit une différence entre « un rapport de faits à règles » et « un rapport de règles », S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *art. cité*, p. 169. De même, Jean-Marie Denquin souligne les faiblesses de l'interprétation dans le cadre d'un contrôle abstrait : il lui manque la « valeur heuristique » propre à l'application concrète d'un principe, J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *art. cité*, p. 7 [en ligne]

¹⁷³¹ D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 366.

¹⁷³² D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 561. Le doyen Favoreu ne disait d'ailleurs pas autre chose : « si le constituant ne crée qu'exceptionnellement des normes, il y a création constante de normes de valeur constitutionnelle du fait que le Conseil constitutionnel donne vie à certaines dispositions oubliées ou dégage des principes fondamentaux ou généraux à partir des textes ou sans textes », L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, rééd. 1991, p. 21. Cet espace « ouvert » a cependant

du juge est renforcé par la consécration de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹⁷³³, de principes à valeur constitutionnelle, d'objectifs de valeur constitutionnelle¹⁷³⁴ ou encore de « pseudos-concepts »¹⁷³⁵ qui ne découlent parfois d'aucun texte¹⁷³⁶. Si de telles consécrationes sont souvent critiquées par la doctrine, les défenseurs de la théorie réaliste de l'interprétation n'y voient en revanche qu'une illustration supplémentaire de ce que le juge constitutionnel n'est « soumis qu'à ses propres normes, à sa propre volonté »¹⁷³⁷. Peu importe en effet que la constitution jurisprudentielle soit composée exclusivement de textes constitutionnels, puisque la norme n'acquiert une signification qu'après l'opération d'interprétation. Qu'il s'agisse d'un principe consacré par le juge indépendamment de tout texte ou de l'interprétation d'un texte constitutionnel, le juge est quoi qu'il en soit toujours libre de donner la signification qu'il souhaite à la constitution jurisprudentielle.

l'inconvénient d'accroître les incertitudes quant à la détermination des droits de l'homme. Kelsen, reconnaissant cette difficulté, préconisait d'ailleurs, afin de « restreindre le pouvoir des tribunaux et donc le caractère politique de leur fonction », que les dispositions de la Constitution soient rédigées en termes précis. Aussi l'introduction « des concepts percutants et vagues comme la "liberté", l'"égalité", l'"équité", etc » conduirait-elle à « un glissement du pouvoir du Parlement à une même instance extérieure, non prévue par la Constitution et totalement inadéquate politiquement parlant », H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, op. cit., p. 86. Or, précisément, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement de 2005 sont des textes singulièrement flous, que le juge constitutionnel doit nécessairement, par un acte de volonté, interpréter. Notons à ce titre, même si cela ne regarde pas directement notre propos, qu'il est remarquable que le rapporteur de la décision *Liberté d'association*, M. François Goguel, ait estimé que la mention par le Préambule de la Constitution de 1946 des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République était « tellement générale et tellement vague » qu'il serait « fort difficile et fort dangereux parce que nécessairement fort arbitraire ou au moins fort subjectif de l'invoquer à l'appui d'un contrôle de constitutionnalité d'une loi votée conformément aux règles fixées par la Constitution de 1958 », B. MATHIEU *et al.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2^e éd., 2014, p. 214.

¹⁷³³ Olivier Cayla relève ainsi que le rattachement du premier d'entre eux, la liberté d'association, au texte de la Constitution procède de « la seule volonté arbitraire du Conseil constitutionnel de 1971, au sein d'une opération foncièrement herméneutique », O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit » in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 127.

¹⁷³⁴ P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2006.

¹⁷³⁵ Jean-Marie Denquin a établi l'existence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel de « pseudos-concepts », dont « l'identité constitutionnelle de la France » est un exemple. Leur particularité tient à ce qu'il s'agit de concepts ne comportant aucune extension, autrement dit qu'il est impossible de connaître les objets auxquels ils s'appliquent. Il en découle que le juge est absolument libre dans la détermination de leur contenu : le choix est, ici, « arbitraire », J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 9 [en ligne]

¹⁷³⁶ Il existe de très nombreux principes créés par le juge dont la base textuelle fait défaut. Ainsi en est-il, par exemple, du principe fondamental reconnu par les lois de la République qui réserve au juge administratif la compétence pour le contentieux de l'annulation ou la réformation des actes de puissance publique (Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*, *JORF* du 25 janvier 1987, p. 924) ; de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public (Cons. const., 27 juillet 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, *JORF* du 27 juillet 1982, p. 2422) ou encore du principe à valeur constitutionnelle de continuité du service public (Cons. const., 25 juillet 1979, n° 79-105 DC, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, *JORF* du 27 juillet 1979).

¹⁷³⁷ M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », art. cité, p. 37.

395. La conciliation des principes opérée par le juge – le contrôle de proportionnalité – est une illustration éclatante de cet arbitrage : « comme tous les standards, mais plus encore que tous les autres, le proportionné requiert un arbitrage entre valeurs concurrentes, au nom d’une certaine conception de leur hiérarchie, réputée normale à une époque donnée »¹⁷³⁸. À cet égard, Léo Hamon considère qu’il est plus adéquat de désigner la conciliation des principes comme un « dosage des sacrifices imposés à l’un ou à l’autre, et décidés par le juge constitutionnel ou administratif ». Cette expression a l’avantage selon l’auteur de souligner « le caractère créateur de droit de l’acte par lequel le juge, en vertu de son autorité propre, tranche le conflit »¹⁷³⁹. En *conciliant* des principes contradictoires, le juge *choisit*. En ce sens, Pierre Brunet relève l’existence de trois critères pour résoudre l’antinomie entre plusieurs principes : « le critère hiérarchique (*lex superior derogat inferiori*) ; le critère chronologique (*lex posterior derogat priori*) et le critère de spécialité (*lex specialis derogat generali*) ». Or, face à deux principes constitutionnels, c’est-à-dire à des « normes contemporaines l’une de l’autre, de même valeur juridique et ayant la même sphère d’application », ces critères ne sont plus opérants¹⁷⁴⁰. Le juge se trouve alors face à trois solutions, indépendantes de celles précédemment évoquées : il peut « renoncer aux principes en conflit ; les maintenir tous les deux ; sacrifier l’un des deux ». Or, le choix entre l’une de ces solutions est nécessairement subjectif ; il est selon Pierre Brunet un « jugement de valeur »¹⁷⁴¹.

396. La conciliation est, au surplus, aggravée par les « antinomies constitutionnelles », c’est-à-dire les contradictions issues de la confrontation des différents textes constitutionnels (Déclaration de 1789, Préambule de 1946)¹⁷⁴². Les dispositions constitutionnelles contradictoires peuvent aisément s’expliquer par ce que Carl Schmitt a appelé le « compromis dilatoire de façade ». Il signifie qu’en l’absence de consensus sur une disposition de la constitution, ses rédacteurs décident de contourner la difficulté en choisissant sciemment une disposition vague qui ne tranche pas la question. Une disposition résultant d’un tel compromis dilatoire satisfait ainsi « toutes les exigences contradictoires et laisse irrésolus les vrais points d’achoppement grâce à une expression ambiguë »¹⁷⁴³. L’existence de tels compromis explique

¹⁷³⁸ S. 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 », 1980, p. 87.

¹⁷³⁹ L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d’un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 216.

¹⁷⁴⁰ P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle » in C. GREWE *et al.*, *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 121.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*

¹⁷⁴² S. RIALS, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », art. cité, p. 587.

¹⁷⁴³ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 162.

ainsi le rejet par Schmitt d'un gardien juridictionnel de la constitution : selon lui, une Cour statuant sur les « conflits d'interprétation des lois constitutionnelles serait en réalité une instance de haute politique » car elle serait amenée à trancher les « doutes et divergences d'opinions qui résultent des particularités du compromis dilatoire de façade et devrait en fait prendre la décision de fond qui avait été ajournée par le compromis »¹⁷⁴⁴. Cette théorie nous paraît pouvoir être mise en parallèle avec la V^e République, singulièrement s'agissant du Préambule de la Constitution. En 1958, la question de sa valeur contraignante ou non n'était pas tranchée. Or ce préambule, en associant des textes de philosophies substantiellement opposées, est la représentation parfaite du compromis décrit par le juriste allemand. En présence de tels textes, il peut arriver au juge constitutionnel de devoir faire un choix entre deux visions contradictoires, entre l'État libéral et l'État social, ce qui explique les difficultés qu'il peut rencontrer lorsqu'il doit concilier plusieurs principes constitutionnels¹⁷⁴⁵. Aussi cette théorie du compromis dilatoire illustre-t-elle le pouvoir discrétionnaire que possède le juge dans la détermination des normes constitutionnelles de référence.

2. La condamnation des lectures exégétiques de la jurisprudence

397. En second lieu, une lecture décisionniste condamne inmanquablement les lectures exégétiques de la jurisprudence. Autrement dit, il s'agit de remettre en cause ce que Jacques Caillosse appelle la « *grammaire du neutre* »¹⁷⁴⁶, qui se réalise notamment par l'intermédiaire d'« une *doxa* doctrinale qui s'emploie, du moins pour l'essentiel, à réduire le rôle du juriste au seul commentaire savant de la technologie juridique »¹⁷⁴⁷. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation s'est donné pour tâche, comme en droit administratif, d'« euphémiser la portée politique des arrêts »¹⁷⁴⁸. Au contraire, l'approche de droit politique impose une

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 257.

¹⁷⁴⁵ Pour Schmitt, « il est tout simplement impossible d'interpréter une volonté qui n'existe pas. Là où il n'y a pas de volonté, même le plus pénétrant des juristes doit baisser pavillon. Toute considération "normative" se réduit ici à une lamentable dispute sur les syllabes », *ibid.*, p. 165.

¹⁷⁴⁶ J. CAILLOSSE, « Le traitement doctrinal de la jurisprudence administrative : l'euphémisation du politique » in T. PERROUD *et al.* (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, p. 21.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 21-22.

¹⁷⁴⁸ T. PERROUD, « Pourquoi ce projet ? » in T. PERROUD *et al.* (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 16. L'auteur ajoute que c'est une « entreprise à laquelle parvient magnifiquement le GAJA ». Cette critique a notamment été contestée par Fabrice Melleray, qui considère que « les publicistes "orthodoxes" ne nient pas le caractère politique du droit administratif », dans la mesure où « ils ne contestent pas que le droit, notamment (et même à certains égards surtout) administratif, est un "objet politique" et que la jurisprudence administrative est une "entreprise politique" ». En revanche, l'auteur relève que cette technicisation de l'analyse doctrinale relève d'un « choix d'exclure la dimension politique de leurs analyses », F. MELLERAY, « Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative », *RFDA*, 2020, p. 559.

« distance critique vis-à-vis de la jurisprudence » et « oblige en tout état de cause la doctrine à réfléchir de manière autonome aux concepts, sans être prisonnière du discours jurisprudentiel »¹⁷⁴⁹. Elsa Kohlhauer relève en ce sens que le droit politique a « l'ambition de préserver l'autonomie de la pensée constitutionnelle à l'égard du discours jurisprudentiel »¹⁷⁵⁰. Cette préconisation n'est au demeurant pas exclusivement formulée par les tenants du droit politique. Elle est pour Xavier Magnon « la critique la plus forte adressée à l'école jurisprudentielle du droit constitutionnel »¹⁷⁵¹. Cette difficulté est également formulée dans une perspective plus philosophique par Alexandre Viala, qui relève la difficulté propre à la science du droit de la « proximité » ou de « l'identité sémantique » entre la norme et la « proposition de droit » destinée à la décrire¹⁷⁵². Afin de la surmonter, l'auteur considère que la posture « arrêviste » ne peut être empirique mais se doit d'être théorique ; elle doit dans une perspective bachelardienne concevoir son objet comme un construit et non un donné. C'est ce qui explique qu'« entre le discours juridictionnel et le métadiscours du juriste, il doit se produire un écart sans lequel la science juridique se réduirait à une accumulation de propositions de droit reproduisant empiriquement le contenu des normes qu'elles décrivent »¹⁷⁵³.

398. Une lecture décisionniste de la jurisprudence constitutionnelle invite ainsi à expliquer bien davantage qu'à décrire ou justifier une décision ; explication qui nécessite parfois de lire la décision non seulement juridiquement, mais également politiquement, historiquement, sociologiquement. L'effort de construction théorique défendu par Alexandre Viala impose de ne pas se limiter à prendre acte de ce que dit le juge, mais à inscrire la décision dans une construction d'ensemble de la discipline¹⁷⁵⁴. Léo Hamon qui fut « pionnier en matière

¹⁷⁴⁹ A. LE DIVELLEC, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », art. cité, p. 104.

¹⁷⁵⁰ E. KOHLHAUER, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation*, op. cit., p. 33.

¹⁷⁵¹ X. MAGNON, Observations sous L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit, RFDC, 1990, in W. MASTOR et al. (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Grands discours », 2^e éd., 2020, p. 1065 : « Ce regard privilégié sur le discours du juge et la considération que ce discours fige l'interprétation que la science du droit doit retenir des énoncés constitutionnels posent problème quant au recul que la science du droit doit avoir sur son objet. À privilégier le discours du juge dans l'interprétation des énoncés constitutionnels [...], le risque est grand de se contenter de développer une science du droit simplement répétitive du discours du juge qui, si elle n'est pas dépourvue de tout regard critique, peine à conceptualiser au-delà de ce discours. Telle est sans doute la critique la plus forte adressée à l'école jurisprudentielle du droit constitutionnel : le renoncement à une conceptualisation au-delà de celle, spontanée, à laquelle procède le juge par l'usage de certaines notions ou une conceptualisation liée au seul discours du juge par une systématisation de celui-ci sans aller au-delà de ce qui est dit ».

¹⁷⁵² A. VIALA, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêviste. Questions de méthode », art. cité, p. 1140-1141.

¹⁷⁵³ *Ibid.*, p. 1146.

¹⁷⁵⁴ S'agissant par exemple du principe de souveraineté, Olivier Beaud considère que la doctrine n'essaie pas de le penser en dehors de ce que dit le Conseil constitutionnel : depuis la décision de 1992, l'auteur formule le constat d'une « augmentation du contentieux constitutionnel qui a entraîné une multiplication de commentaires doctrinaux dont la caractéristique demeure, pour l'essentiel, la réduction de la question de la souveraineté à celle de savoir ce

d'annotation des décisions rendues par le Conseil constitutionnel »¹⁷⁵⁵, assumait à cet égard d'enrichir ses commentaires par des « éléments qui relèvent plus de la science politique que du droit, le contexte politique ou des éléments d'ordre sociologique »¹⁷⁵⁶, affirmant par exemple : « parlant ainsi, on entre vite, il est vrai, dans la science politique, mais comment la jurisprudence d'une juridiction constitutionnelle pourrait-elle ne pas inciter à cet ordre de réflexions ? »¹⁷⁵⁷. Cette manière d'appréhender le contentieux constitutionnel s'avère d'autant plus indispensable avec l'existence de commentaires officiels accompagnant chacune des décisions, rédigés par le Secrétariat du Conseil constitutionnel. Ces commentaires annihilent en effet la liberté d'interprétation doctrinale des décisions, puisque seul le sens du dispositif, et non les conséquences quant aux motifs, peut être pleinement maîtrisé¹⁷⁵⁸. En ce sens, la pratique des commentaires officiels a pu être qualifiée « d'absolutiste » dans la mesure où elle reflète une volonté tout à la fois de poser la règle, mais aussi « d'en maîtriser également l'interprétation »¹⁷⁵⁹. Or, si la doctrine constitutionnelle ne peut anticiper les décisions du Conseil constitutionnel, au risque d'agir de façon prescriptive¹⁷⁶⁰ – ce qui pose au demeurant la question de la possibilité d'une systématisation du contentieux constitutionnel – elle peut en revanche discuter des choix formulés par le juge ainsi que de ses conséquences. En prenant acte du pouvoir discrétionnaire du juge, il ne s'agit pas de porter un jugement de valeur sur lui en considérant par exemple qu'« il est très dangereux de reconnaître au même juge le pouvoir de définir lui-même la règle qu'il est chargé de sanctionner »¹⁷⁶¹, mais de tirer les conséquences d'un tel pouvoir dans la manière d'appréhender le contentieux constitutionnel. Les conséquences peuvent alors s'avérer proprement renversantes. Loin de constituer le « degré zéro de l'écriture juridique »¹⁷⁶², le commentaire de décision peut constituer un instrument de discussion précieux des différents choix opérés par le juge, à condition d'admettre que le juge

que dit le Conseil constitutionnel de la souveraineté – peu importe au fond ce qu'il en dit, du moment que c'est lui qui le dit », O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018, p. 144.

¹⁷⁵⁵ F. BLONDEAU, « Léo Hamon, premier annotateur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in *Revue d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 27, 2007, p. 484.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 489.

¹⁷⁵⁷ L. HAMON, Note sous Déc. n° 60-8 du 11 août 1960, *Loi de finances rectificative pour 1960* dite « *Redevance Radio Télévision* » (GDCC n° 8), *D.*, 1961, p. 476, cité in F. BLONDEAU, *ibid.*, p. 489.

¹⁷⁵⁸ J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 7 [en ligne].

¹⁷⁵⁹ D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 37 [en ligne].

¹⁷⁶⁰ A. VIALA, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêtiste. Questions de méthode », art. cité, p. 1155-1156.

¹⁷⁶¹ Jean Foyer cité in L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 178-179.

¹⁷⁶² J.-J. BIENVENU, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, n° 1, 1985, p. 156.

constitutionnel n'est pas « un acteur “transcendental” – et “angélique” – par rapport au système politico-constitutionnel », mais « un acteur *immanent* à ce système »¹⁷⁶³. La marge de manœuvre des « interprètes authentiques » ne condamne donc pas la doctrine qui décrit le droit au vide.

399. Comment cette lecture décisionniste de la jurisprudence se concrétise-t-elle ? Prenons l'exemple de la décision du 6 juillet 2018 par laquelle le Conseil constitutionnel a érigé la fraternité, troisième composante de la devise républicaine française, en principe à valeur constitutionnelle¹⁷⁶⁴, duquel il fait découler « la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national ». À de rares exceptions¹⁷⁶⁵, cette décision fut largement saluée par la doctrine¹⁷⁶⁶. Une lecture décisionniste appellerait plusieurs séries de remarques. D'abord, elle suppose d'examiner le *choix* – et non la « découverte » – du juge constitutionnel d'ériger la fraternité en principe à valeur constitutionnelle. En l'occurrence, il convient de discuter la pertinence des fondements constitutionnels sur lesquels ce principe repose – à savoir le quatrième alinéa de l'article 2 de la Constitution, aux termes duquel « la devise de la République est “Liberté, Égalité, Fraternité” », ainsi que sur le Préambule de la Constitution et l'article 72-3 de la Constitution qui se réfèrent, dans le cadre des relations entre la France et ses territoires d'outre-mer, à « l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». Dans ce cadre, la motivation lacunaire de la décision ne peut que susciter la critique, dans la mesure où le juge confronte ici la loi à une norme de référence qu'il détermine lui-même. Le Conseil constitutionnel procède en effet par affirmation : à partir de normes dont la pertinence semble incertaine, il affirme qu'« il en ressort que la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle ». Si le raisonnement semble relever pour le juge de l'évidence – ce qui confirmerait l'idée qu'il ne « découvre » rien et que la vérité constitutionnelle serait *déjà là* – toute aussi évidente semble l'idée selon laquelle « il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans

¹⁷⁶³ O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 23 [en ligne].

¹⁷⁶⁴ Cons. const., 6 juillet 2018, n° 2018-717/718 QPC, *M. Cédric H. et autre*, *JORF* du 7 juillet 2018, texte n° 107.

¹⁷⁶⁵ O. BEAUD, « Où va le droit (constitutionnel) ? », *JCP G*, n° 40, 2019, doct. 1022 ; B. MATHIEU, « Fraternité : une onction constitutionnelle porteuse de mutations », *Constitutions*, 2018, p. 389 ; J-E. SCHOETTL, « Fraternité et Constitution. Fraternité et souveraineté », *RFDA*, 2018, p. 959. V. pour une critique plus mesurée de la décision, J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le bon Samaritain. Noblesse et limites du principe constitutionnel de fraternité », *AJDA*, 2018, p. 1781.

¹⁷⁶⁶ V. notamment, M. BORGETTO, « La fraternité devant le Conseil constitutionnel », *JCP G*, n° 30-35, 2018, doct. 876 ; P. LIGNIÈRES, « Fraternité : le Conseil constitutionnel ne peut plus se contenter de coups d'éclat », *Droit administratif*, n° 8-9, 2018, repère 8 ; A. LYON-CAEN, « Fraternité », *Revue de droit du travail*, 2018, p. 489 ; D. ROUSSEAU, « Enfin une bonne nouvelle : le principe de fraternité existe ! », *Gazette du Palais*, n° 26, 2018, p. 12 ; M. VERPEAUX, « Fraternité et Constitution. Constitutionnalisation et Constitution », *RFDA*, 2018, p. 966.

considération de la régularité de son séjour sur le territoire national ». Pourtant, la fraternité peut aussi bien être entendue comme « *source d'insertion et d'exclusion sociale* »¹⁷⁶⁷, si bien que la conception retenue par le juge est inéluctablement la manifestation de son pouvoir discrétionnaire. D'autres choix s'offraient au surplus à lui s'agissant de la norme applicable ; en l'espèce, le principe de solidarité nationale fondé sur les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 aurait pu valablement constituer le fondement de sa solution. Ensuite il est possible de discuter de la conciliation opérée par le juge entre le principe de fraternité et la sauvegarde de l'ordre public dont participe la « *lutte contre l'immigration irrégulière* ». Mais l'approche de droit politique suppose également d'analyser le principe de fraternité d'un point de vue historique et philosophique, afin de tenter de comprendre les présupposés implicites de la décision. Dans quel contexte historique la fraternité a-t-elle été consacrée en droit constitutionnel et quelles sont les valeurs qui la sous-tendent ? La fraternité se définit-elle comme le lien unissant tous les citoyens ou celui qui unit l'ensemble des êtres humains ? Autrement dit, est-elle pour le juge le reflet de valeurs chrétiennes – la charité et l'amour du prochain – ou un principe politique laïcisé venant au soutien de la citoyenneté nationale ? Enfin, une lecture décisionniste impose de se poser la question des conséquences de la décision, largement indéterminés. Dans son commentaire officiel sur la décision, le secrétariat général précise d'ailleurs que « *la mise en évidence de [la liberté d'aider autrui] n'épuise pas nécessairement le contenu du principe de fraternité, qui pourra éventuellement trouver d'autres applications à l'avenir* ». Or, à l'instar de la dignité de la personne humaine, la fraternité est une valeur universelle qui, en tant que telle, dispose d'une potentialité d'extension d'une importance considérable, ce qui rend son indétermination d'autant plus problématique. Loin de prétendre épuiser l'analyse, ces différentes remarques esquissent les potentialités qu'une lecture décisionniste pourraient offrir à la compréhension de la jurisprudence constitutionnelle.

400. Dans une étude sur la « situation du droit constitutionnel en France », Jean-Marie Denquin formulait l'interrogation suivante : « sans nier la dimension nouvelle que le contentieux constitutionnel a offerte au droit constitutionnel et à la science de celui-ci, ne faudrait-il pas réfléchir aux moyens de réduire l'espace qui les sépare, ou tout au moins d'articuler leurs domaines ? Car c'est le principe même d'une distinction rigide entre institution et jurisprudence qui apparaît problématique »¹⁷⁶⁸. En ce sens, l'approche de droit politique apparaît comme résolument réconciliatrice. Visant à apaiser les conflits épistémologiques qui caractérisent la discipline, elle tend à refuser la séparation d'un droit politique et d'un droit

¹⁷⁶⁷ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2011, p. 128.

¹⁷⁶⁸ J.-M. DENQUIN, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », art. cité, p. 1480.

constitutionnel jurisprudentiel et à intégrer la juridictionnalisation dans la discipline constitutionnelle sans en anéantir les spécificités propres.

CONCLUSION DU CHAPITRE

401. La démonstration visait donc à démontrer que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation vient renforcer le droit politique et, ainsi, à réconcilier deux approches apparemment irréconciliables. Cela nécessitait au préalable de déconstruire le dogme de la vérité juridictionnelle. À l'image de la justice sous l'ancienne France supposée exprimer une vérité divine, ou la justice révolutionnaire réduite à l'expression d'une vérité légale, la justice constitutionnelle permettrait l'expression d'une – voire de *la* – vérité constitutionnelle. Cette conception se révèle par une mise en scène contentieuse dont le décor tend à dépolitiser l'office du juge ; décor qui s'illustre d'abord par le secret du délibéré et le rejet subséquent des opinions dissidentes, ensuite par une motivation lacunaire. Alors que l'ensemble de la doctrine s'accorde à considérer que la motivation du juge constitutionnel est très largement insuffisante, cette faiblesse du raisonnement juridictionnel est toutefois justifiée par l'assimilation de la décision juridictionnelle à un acte de connaissance, expliquant l'importance accordée au raisonnement syllogistique. Le juge procède en effet par affirmation, puisqu'il se contente d'appliquer le droit – opération réputée distincte de sa création. En dispensant de justifier substantiellement les motifs, le syllogisme révèle pourtant bien davantage la fonction politique du juge qu'elle ne la dissimule puisque, comme toute décision politique, l'absence de justification met en évidence son pouvoir discrétionnaire. Mais la mise en scène du dogme de la vérité constitutionnelle passe également par la prétention du juge lui-même à s'exprimer en pur droit, et non en opportunité politique. Sa prudence s'affiche ainsi notamment par la répétition de formules sentencieuses supposées agir performativement. L'ensemble de ces artifices conduit la doctrine à promouvoir une Raison juridictionnelle, qui jaillit comme une incroyable synthèse de l'Ancien Régime et de la Révolution ; de l'État de justice et de la promotion de la Raison. Celle-ci contredit pourtant les fondements positivistes du droit, par nature relativistes et volontaristes. Au fond, tout se passe comme si l'institution juridictionnelle était pour le phénomène doctrinal de juridictionnalisation la seule institution préservée des affres de la volonté. Mais cette représentation de la fonction juridictionnelle renforce paradoxalement son pouvoir politique, la prétention à la vérité dissimulant une prétention à l'autorité. Elle aboutit plus fondamentalement à de sérieuses impasses théoriques, dans la mesure où la vérité, rejetée par la modernité philosophique, ne peut être pensée par la doctrine contemporaine sans renoncer à l'ensemble des représentations auxquelles elle est attachée : rejet du droit naturel et du sacré, relativisme des valeurs, importance de la volonté humaine dans la production du droit.

402. La remise en cause du dogme de la vérité constitutionnelle nécessitait ensuite de proposer une autre manière d'appréhender la justice constitutionnelle. L'ambition de l'approche de droit politique proposait partait ainsi du constat selon lequel la juridictionnalisation du droit constitutionnel est au fondement de confrontations doctrinales intrinsèquement polémiques, puisqu'elles visent au rejet de l'un des objets du droit constitutionnel positif : le juge constitutionnel d'un côté, les institutions politiques de l'autre. Or, ces confrontations ont la particularité d'enrichir la discipline autant que d'en obscurcir la compréhension. La juridictionnalisation du droit constitutionnel a permis l'émergence d'une nouvelle discipline, le contentieux constitutionnel, dont on ne sait si elle se distingue du droit constitutionnel ou si elle constitue, conformément à la conception du doyen Favoreu, l'une de ses « dimensions ». Le « droit constitutionnel jurisprudentiel » vient donc amplifier les oppositions doctrinales, tout en se présentant comme s'il fallait toujours s'afficher *avec* ou *contre* le phénomène doctrinal de juridictionnalisation. Les premiers amalgament ainsi le droit politique au discours politiste, quand les autres appuient leur opposition sur une manière exclusivement jurisprudentielle de faire du droit constitutionnel par une forme de mise à l'écart du droit.

CONCLUSION DU TITRE

403. Chargée émotionnellement, la justice politique déplaît dans la mesure où elle révélerait des dérives arbitraires. La résolution des conflits constitutionnels ne semblait guère pouvoir être confiée à un juge sans que cela ne politise dangereusement son office. Il en résulte que l'admission d'un tel contrôle ne fut possible qu'à condition de rejeter son assimilation à la justice politique, ce qui revient ainsi à affirmer tautologiquement que la justice constitutionnelle n'est pas une justice politique car elle ne *peut pas* l'être : alors qu'il n'est pas véritablement défini, le concept est réputé fondamentalement inadmissible. Plus problématiquement encore, lorsque la justice constitutionnelle est qualifiée de politique, elle ne l'est qu'en dehors de sa fonction. La fonction juridictionnelle n'est pas considérée comme politique en elle-même, mais parce que le juge dépasserait sa fonction pour exercer une fonction législative – théorie du « co-législateur » – ou gouvernementale – accusation de « gouvernement des juges ». Pourtant, non seulement le concept de justice politique permet de décrire les spécificités de la justice constitutionnelle mais il permet, au surplus, de résoudre bien des difficultés théoriques que son rejet ne fait qu'aggraver¹⁷⁶⁹.

404. Il nous a donc semblé possible d'envisager un dialogue fructueux et moins conflictuel sur la place du juge en droit constitutionnel. D'ordinaire, l'association de la justice constitutionnelle à la justice politique est une affirmation polémique tendant à critiquer ou discréditer la justice constitutionnelle. Il nous paraît pourtant possible d'envisager la justice politique de façon plus consensuelle. La justice constitutionnelle est politique : c'est une anomalie, dit-on, dans la mesure où le juge n'est pas supposé faire de la politique, contrairement au législateur, doté d'une légitimité électorale. Le fait est pourtant que le juge exerce des choix discrétionnaires et limite par conséquent le pouvoir législatif. Qu'il s'agisse ou non d'une anomalie est d'assez peu d'intérêt, puisqu'une telle affirmation ne vise qu'à marquer l'adhésion ou l'opposition à l'existence de la justice constitutionnelle. Parce que le juge constitutionnel existe en droit constitutionnel positif, le rôle de la doctrine est sans doute bien plutôt d'envisager la méthode la plus adéquate pour rendre compte de son rôle. L'intégration de la jurisprudence

¹⁷⁶⁹ Jean-Marie Denquin relève en ce sens que « la volonté de nier la dimension politique de la justice constitutionnelle ne disqualifie pas la justice constitutionnelle [...] mais elle rend insoluble la question de sa légitimité. Car on ne parviendra jamais à couper les liens structurels qui unissent la politique à la justice constitutionnelle. Tous les artifices utilisés pour les masquer aboutissent finalement à les mettre en lumière. La justice constitutionnelle, hybride par nature, doit au contraire assumer ce caractère », J.-M. DENQUIN, « Justice constitutionnelle et justice politique » in C. GREWE *et al.* (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 84.

à l'analyse du droit politique permet alors une réconciliation de la querelle du droit et de la politique et de manière subséquente une appréhension du droit constitutionnel dans ses deux dimensions de limitation comme d'exercice du pouvoir, que le juge constitutionnel syncrétise. Une telle démarche s'inscrit délibérément dans la filiation des diverses approches de droit politique existantes, même si elle se distingue de celle proposée par Pierre Avril en ce qu'elle refuse la séparation du droit et de la politique dans les diverses représentations des objets du droit constitutionnel. Le droit politique ne désigne pas la primauté du texte sur son application ni, inversement, une prééminence de la pratique sur le texte. La visée heuristique du droit politique est au contraire de combiner texte et pratique, de penser les deux ensemble. Cette approche s'inspire également résolument du réalisme tropérien, dont elle se démarque toutefois en raison de ses implications normativistes. L'approche de droit politique formule donc un plaidoyer pour une lecture décisionniste de la jurisprudence constitutionnelle. Celle-ci consiste à appréhender le juge comme un pouvoir politique parmi les autres, ce qui aboutit pour l'analyse proprement dite à renoncer à chercher la bonne réponse jurisprudentielle. Une telle lecture impose au surplus de prendre ses distances avec l'analyse exclusivement descriptive de la jurisprudence et de prendre en compte le pouvoir discrétionnaire du juge dans l'explication de ses décisions.

TITRE 2

LA TRANSFORMATION DES THÉORIES DE LÉGITIMATION DU POUVOIR

405. En présence des théories de légitimation du pouvoir, la fonction du juge apparaît à première vue aporétique. Au contact de la légitimité, cette « pierre philosophale qui transforme en or pur le plomb vil du pouvoir de fait »¹⁷⁷⁰ selon l'élégante formule de Jean Rivero, le juriste semble être en effet saisi d'une certaine anxiété qui s'explique par l'incertitude d'un concept dont le sens est, pour le juriste, empreint de relativisme¹⁷⁷¹. L'atmosphère conceptuelle qui enveloppe la légitimité explique, du reste, cette complexité : la légitimité oblige à se poser la « question angoissante »¹⁷⁷² du fondement du pouvoir, mais également à mobiliser le concept d'autorité, qui a pu être considéré comme l'un des « plus controversés de la philosophie juridique et politique »¹⁷⁷³. Comme le relèvent en ce sens la plupart des auteurs, « la “légitimité” en droit n'a pas bonne réputation chez les esprits rigoureux et rationnels. Elle est un objet flou, une notion molle dont on ne maîtrise pas totalement le sens »¹⁷⁷⁴. Notion « considérée comme fuyante »¹⁷⁷⁵, ou « concept qui ne se laisse pas facilement saisir »¹⁷⁷⁶, la légitimité « n'intéresse pas la doctrine qui redoute l'incertitude qui paraît lui être consubstantielle »¹⁷⁷⁷. Pourtant, même explicitement rejetée, la question de la légitimité du pouvoir s'avère omniprésente. Au

¹⁷⁷⁰ J. RIVERO, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, n° 5, 1978, p. 58.

¹⁷⁷¹ Il en est d'ailleurs à cet égard manifestement de même pour le philosophe. Simone Goyard-Fabre constate en effet « la multivocité de ce concept, l'incapacité intrinsèque qui est la sienne d'être définitivement clair et distinct, les tiraillements conflictuels dont il est le lieu, pour tout dire le halo de brume qui se reforme toujours autour de lui, lors même que la doctrine a cru, dans des voies différenciées, parvenir le théoriser. L'idée de légitimité est en effet problématique en soi et sa problématique habite tous les modèles que la philosophie en a élaborés, montrant de la sorte la difficulté inhérente à son statut », S. GOYARD-FABRE, « Légitimité » in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 3^e éd., 2003, p. 390.

¹⁷⁷² A. PASSERIN D'ENTRÈVES, « Légalité et légitimité » in P. BASTID *et al.*, *Annales de philosophie politique. L'idée de légitimité*, n° 7, Paris, PUF, 1967, p. 30.

¹⁷⁷³ J. RAZ, « L'autorité légitime. Les prétentions du droit », *Droits*, 2013, n° 57, p. 231. Raz ajoute : « Le rôle central qu'elle est appelée à jouer au sein de toute discussion des formes légitimes d'organisation sociale et d'action politique rend inévitable une perpétuation indéfinie de cette controverse ».

¹⁷⁷⁴ J.-A. MAZÈRES, « Quatrième partie : légitimer. Introduction » in G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT, (dir.), *L'office du juge*, Sénat – Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, coll. « Les colloques du Sénat », p. 416.

¹⁷⁷⁵ D. MONGOIN, « La légitimité dans les rapports entre les ordres juridiques » in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, p. 327.

¹⁷⁷⁶ J. KRYNEN, « Position du problème et actualité de la question » in J. KRYNEN, J. RAIBAUT (dir.), *La Légitimité des Juges*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Mutation des normes juridiques », 2004, p. 19.

¹⁷⁷⁷ J.-M. FÉVRIER, « Sur l'idée de légitimité », *RRJ-Droit prospectif*, 2002-1, p. 368.

fondement du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, se trouve en effet toujours un discours de justification de l'existence du juge constitutionnel, tendant à en faire valoir la nécessité. Limiter les pouvoirs, et singulièrement le pouvoir législatif, garantir la constitution – selon la rhétorique kelsénienne¹⁷⁷⁸ –, ou encore corriger les faiblesses de la démocratie représentative sont ainsi autant de discours qui tentent de résoudre, par un discours de légitimation, la question aporétique de la légitimité du juge en droit constitutionnel.

406. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation opère deux types de transformation au regard des théories de légitimation du pouvoir. La première consiste à recourir aux théories constitutionnelles classiques. Or, cette démarche peut sembler étonnante, car si « les fictions ont servi en France, d'un point de vue historique, une démarche de légitimation de la justice constitutionnelle »¹⁷⁷⁹, elles ont aussi pendant fort longtemps compromis l'apparition d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. Comment comprendre, dès lors, que les présupposés sur lesquels se fondent la doctrine constitutionnelle aient pu tant empêcher l'émergence du juge constitutionnel que promouvoir son existence ? C'est cette contradiction qu'il s'agira d'abord d'analyser (**Chapitre 1**).

407. La seconde transformation affecte l'idée démocratique elle-même. Certes la controverse relative à la légitimité du juge en démocratie heurte sans contester toutes les branches du droit. Bien loin de l'hostilité dont il fut la cible dès la Révolution, le juge judiciaire a réussi à conquérir une place de premier plan au sein des différentes branches du droit privé¹⁷⁸⁰. L'ascension est telle qu'elle conduit désormais certains auteurs à s'interroger sur les rapports de rivalité que le juge, singulièrement judiciaire, peut entretenir avec le pouvoir politique¹⁷⁸¹ : la Cour de cassation, « est devenue un juge législateur »¹⁷⁸². En droit de l'Union européenne, la question se pose avec une particulière acuité, dans la mesure où elle soulève des interrogations relatives à la légitimité d'un juge supra-national qui arbitre des rapports entre États souverains¹⁷⁸³. En droit administratif en revanche, les querelles se révèlent moins vives, la

¹⁷⁷⁸ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197.

¹⁷⁷⁹ X. MAGNON, « La puissance et la représentation, l'État et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2016, p. 255.

¹⁷⁸⁰ J. FOYER, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 25.

¹⁷⁸¹ B. MATHIEU, *Justice et politique : la déchirure ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Forum », 2015 ; G. GRANDJEAN, J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

¹⁷⁸² J. KRYNEN, « Avant-propos » in J. KRYNEN (dir.), *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 1999, p. 15.

¹⁷⁸³ Dans le même sens, Denys Simon affirme que « si l'interrogation sur la légitimité du juge est commune à tous les systèmes juridiques, elle revêt néanmoins dans le système de l'Union européenne une dimension spécifique :

doctrine se montrant depuis longtemps laudative à l'égard d'un juge administratif ayant eu pour tâche de « donner de l'âme »¹⁷⁸⁴ à la discipline¹⁷⁸⁵. L'absence de remise en cause par la doctrine administrativiste du phénomène de *jurisprudentialisation* tient en effet à ce que le droit administratif a été conçu par le juge administratif *et* la doctrine, qui ont construit *ensemble* la discipline. Le juge n'est donc pas venu bouleverser une discipline déjà existante, ce qui explique que la légitimité du juge administratif ne soit pas véritablement remise en cause¹⁷⁸⁶, même si la dualité de juridiction et l'existence d'un juge spécifique continuent parfois d'être contestées¹⁷⁸⁷ et ont pu entraîner des rivalités entre privatistes et administrativistes quant à la question de la protection de la liberté individuelle¹⁷⁸⁸. Nonobstant la pluralité du débat relatif au « déficit de légitimité des juges », qui serait « la grande faille de notre État de droit »¹⁷⁸⁹, le juge a cela de spécifique en droit constitutionnel que sa *fonction*, consiste à imposer au titulaire de la

il est clair en effet que la légitimité de celui qui dit le droit par rapport à celui qui fait le droit est rendue plus complexe à appréhender quand la fonction d'édiction des normes est partagée entre une logique institutionnelle et une logique interétatique. Il ne s'agit pas seulement d'un équilibre horizontal entre le législateur et le juge, il s'agit également d'un équilibre vertical entre les États membres et la Cour », D. SIMON, « La légitimité du juge communautaire » in G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT, (dir.), *L'office du juge*, Sénat – Palais du Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, coll. « Les colloques du Sénat », p. 449.

¹⁷⁸⁴ B. PACTEAU, « La jurisprudence, une chance du droit administratif ? », *Revue administrative*, 1999, n° spécial, 6, p. 78.

¹⁷⁸⁵ « Ces règles spéciales, c'est le Conseil d'État qui les a dégagées ; on sait l'œuvre remarquable qu'il a accomplie à cet égard, avec quelle ingéniosité, quelle mesure, quelle fermeté souple il a su combiner, avec les nécessités de l'intérêt général, le respect dû aux intérêts légitimes des particuliers qui contractent avec l'administration », J. LAFERRIÈRE, « L'organisation de la juridiction administrative. Réformes et projets de réformes », *RDP*, 1921, p. 159.

¹⁷⁸⁶ On peut toutefois noter la réticence de la doctrine administrative de la première moitié du XIX^e siècle – alors surtout membres du Conseil d'État – à voir le Conseil d'État passer du statut de conseiller à celui de juge. V. sur ce point, C. AUZANNEAU, « La justice administrative vue par la doctrine de Locré à Aucoc » in G. BIGOT, M. BOUVET (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, LexisNexis, 2006, p. 110 *sqq.* Pour une analyse contraire, Yves Poirmeur et Emmanuelle Fayet considéraient au contraire, en 1993, que la doctrine « s'est départie de cette attitude traditionnellement laudative au cours de la dernière décennie, adoptant un point de vue de plus en plus critique et réservé », Y. POIRMEUR, E. FAYET, « La doctrine administrative et le juge administratif. La crise d'un modèle de production du droit » in J. CHEVALLIER (dir.), *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 97-98.

¹⁷⁸⁷ Elle l'a surtout été durant la première moitié du XIX^e siècle. V. notamment, L. JAUME, « Les libéraux et la justice administrative sous Juillet : craintes et ambiguïtés » in O. CAYLA, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, 2001, p. 137. V. également, F. BURDEAU, « Les crises du principe de dualité de juridictions », *RFDA*, 1990, p. 724.

¹⁷⁸⁸ Rivalité que l'on a pu observer à l'occasion de l'état d'urgence, davantage entre les deux juridictions suprêmes elles-mêmes qu'au sein de la doctrine. V. notamment au sujet de la tribune pour une unité de juridiction du 25 juillet 2017 du premier Président de la Cour de cassation, D. COHEN, « La fonte du rôle protecteur des libertés individuelles du juge judiciaire », *JCP G*, n° 38, 2017, p. 1629. Sur la défense administrativiste et la critique privatiste du dualisme juridictionnel, v. notamment, C. BROUELLE, « La fin du dualisme juridictionnel : un point de vue universitaire », *RDA*, n° 46, 2019, p. 52 ; D. COHEN, « La protection des libertés individuelles et le dualisme juridictionnel », *RDA*, n° 46, 2019, p. 59 ; v. cependant, pour un plaidoyer en faveur de l'unité de juridiction formulé par un administrativiste, D. TRUCHET, « Réflexions sur la contestation actuelle du dualisme juridictionnel », *RDA*, n° 46, 2019, p. 46. V. aussi la critique mesurée qu'avait formulée Jean Rivero à l'encontre du principe même de dualité de juridiction au regard de la protection des libertés, J. RIVERO, « Dualité de juridiction et protection des libertés », *RFDA*, 1990, p. 734.

¹⁷⁸⁹ J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, Tome II : *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 2012, p. 333.

souveraineté ou à ses représentants le respect de la constitution tel qu'il l'interprète ; spécificité au surplus accentuée par le caractère abstrait de son contrôle¹⁷⁹⁰. La légitimité est donc un questionnement spécifique au droit constitutionnel dans la mesure où le juge « a cette particularité d'être situé entre deux catégories de normes relatives à la construction et à l'expression d'un pouvoir qui affecte la société dans son ensemble »¹⁷⁹¹. Il s'agit ainsi de se demander dans quelle mesure le juge constitutionnel bouleverse la démocratie, que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation tente de repenser afin de la rendre compatible avec lui. Nous verrons ainsi que la posture bienfaitrice de légitimation adoptée par la doctrine a pour conséquence de repenser la légitimité démocratique comme les finalités de la démocratie elle-même (**Chapitre 2**).

¹⁷⁹⁰ Comme le disait déjà Habermas, « la concurrence entre la Cour constitutionnelle et le Législateur qui bénéficie d'une légitimité démocratique ne prend une forme aiguë que dans le domaine du contrôle des normes abstraites », J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, p. 264.

¹⁷⁹¹ S. MOUTON, « Présentation de la problématique générale de l'ouvrage » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2016, p. 7.

CHAPITRE 1

LE RENOUVELLEMENT DES THÉORIES CONSTITUTIONNELLES

CLASSIQUES

« L'auto-limitation est en fait la seule façon de subordonner l'État au Droit. Même si elle réussit mal, même si c'est un procédé imparfait, nous ne pouvons, par désir d'assurer une subordination plus efficace de l'État au Droit, en imaginer d'autre, parce que tout autre procédé [...] est comme la jument de Roland, qui avait toutes les qualités – sauf l'existence »¹⁷⁹².

408. Alors que la théorie de la représentation a pu fournir de solides arguments à la légitimation des gouvernants¹⁷⁹³, la justification doctrinale du juge constitutionnel se fonde moins sur l'origine que sur les finalités du pouvoir. À cet égard, la promotion du juge constitutionnel a pour conséquence de régénérer d'anciennes théories. Or, l'idée de régénération, très usitée des révolutionnaires, implique l'idée de progrès. Comme le relève Lucien Jaume, la régénération désigne à la fois « une rupture et une refonte »¹⁷⁹⁴ ; elle serait « le retour à un fondement, ou une origine, ou un principe – par opposition à ce qui est dégénéré »¹⁷⁹⁵. En ce sens, la régénération des fondements du constitutionnalisme classique tient à ce que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation prétend constituer le parachèvement des théories du constitutionnalisme moderne, qu'elle serait supposée améliorer (**Section 1**).

409. Les difficultés que pose la question de la légitimité du juge se verront, au surplus, aggravées par sa fonction intrinsèquement concurrentielle. La dimension inéluctablement polémique de la promotion du juge constitutionnel s'explique par la nature même de la fonction du juge constitutionnel, qui concurrence directement les principes sur lesquels repose le constitutionnalisme moderne. La théorie de la représentation et le principe de souveraineté s'opposent en effet, de prime abord, à rendre un tel contrôle admissible. C'est la raison pour laquelle la doctrine tentera de dépasser ce caractère concurrentiel de la fonction juridictionnelle en transformant les concepts auxquels se heurte cette dernière (**Section 2**).

¹⁷⁹² M. WALINE, *L'individualisme et le Droit* [1949], Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2007, p. 406.

¹⁷⁹³ D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 6^e éd., 2013, p. 83 *sqq.*

¹⁷⁹⁴ L. JAUME, *Le religieux et le politique dans la Révolution française. L'idée de régénération*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2015, p. 3.

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 4.

SECTION 1

LA RÉGÉNÉRATION DES FONDEMENTS DU CONSTITUTIONNALISME CLASSIQUE

410. L'étude diachronique du phénomène doctrinal de juridictionnalisation nous permet de dresser le constat d'une régénérescence des fondements du constitutionnalisme classique. La fonction du juge constitutionnel se voit en effet justifiée, dans la pensée constitutionnelle, par les idéaux mis en avant de manière permanente dans l'histoire du constitutionnalisme ; idéaux dont le juge permettrait la réalisation. À son origine, la rhétorique constitutionnelle se caractérise par une exigence de limitation du pouvoir des organes constitués ; justification portée par les tenants du constitutionnalisme libéral, qui ne fera que tardivement la promotion du juge constitutionnel (§1). Par la suite, la rhétorique constitutionnelle glissera vers un discours de légitimation dominé par la question de la protection des droits et libertés, dont l'artisan serait le juge. Ce discours correspond à ce que nous appellerons le *constitutionnalisme juridictionnalisé*, qui viendra au soutien d'une entreprise de légitimation de la figure du juge (§2).

§ 1. – La rhétorique moderne : le constitutionnalisme libéral

411. La rhétorique moderne, celle qui prend naissance à la Révolution¹⁷⁹⁶, a vu émerger le constitutionnalisme libéral, c'est-à-dire celui qui, se fondant sur le libéralisme philosophique, entend limiter le pouvoir par la Constitution¹⁷⁹⁷. Celui-ci connaît deux périodes. La première se caractérise par un discours de limitation constitutionnelle des pouvoirs, tendant à présenter la Constitution comme permettant, de façon plus ou moins mécanique, aux pouvoirs constitués de ne pas outrepasser les compétences qu'elle délimite (A). Toutefois, si le constitutionnalisme libéral fut originairement une doctrine de limitation des pouvoirs négligeant l'importance du contrôle juridictionnel, il servira progressivement de soutien au discours de promotion du juge,

¹⁷⁹⁶ Nous excluons donc de l'analyse la pensée constitutionnelle de l'ancienne France au profit du seul constitutionnalisme *moderne*, ce qui ne signifie pas – nos développements précédents le démontrent aisément – que nous adhérons à l'idée selon laquelle il n'existerait pas de véritable droit constitutionnel avant la période révolutionnaire. V. *supra*, § 53 *sq.*

¹⁷⁹⁷ Notons que l'expression de « constitutionnalisme libéral » apparaît redondante, dans la mesure où le constitutionnalisme est historiquement le produit de la pensée libérale. Carl Friedrich considère en ce sens que « l'essence du constitutionnalisme » tient à la volonté de mettre en place « un système de freins efficaces à l'action gouvernementale » ; freins permis « par la division du pouvoir », C. J. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, coll. « Bibliothèque de la science politique », 1958, trad. A. Martinerie *et al.*, p. 25. Il est toutefois utilisé ici afin de marquer l'évolution avec le second constitutionnalisme juridictionnalisé.

au point que le contrôle de constitutionnalité des lois deviendra consubstantiel au discours constitutionnaliste¹⁷⁹⁸. La seconde période se caractérise ainsi par le passage de la promotion d'une limitation des pouvoirs à celle d'une limitation *juridictionnelle* des pouvoirs, le juge constitutionnel étant progressivement présenté comme nécessaire à la réalisation de l'État de droit (B).

A. La limitation constitutionnelle des pouvoirs du premier constitutionnalisme libéral

412. Le premier constitutionnalisme libéral, celui qui s'étend de la Révolution aux deux premiers tiers du XIX^e siècle, se singularise par un discours de limitation constitutionnelle des pouvoirs, étant entendu que « la limite renvoie à la fois à l'idée de séparation et à celle d'encadrement »¹⁷⁹⁹. Ce constitutionnalisme se définit donc comme « une doctrine des moyens au service des fins libérales de la limitation du pouvoir »¹⁸⁰⁰, voire, plus spécifiquement, comme une doctrine de limitation du pouvoir au service de la protection des libertés individuelles¹⁸⁰¹. La liberté est ainsi envisagée comme une « *liberté-autonomie* »¹⁸⁰², c'est-à-dire que l'homme ne peut être libre que si l'État se limite en s'abstenant d'intervenir dans la sphère individuelle. Cette limitation des pouvoirs n'est en revanche pas juridictionnalisée, dans la mesure où c'est la balance des pouvoirs qui est perçue comme permettant une telle limitation.

¹⁷⁹⁸ Comme l'illustre la définition du constitutionnalisme proposée par Philippe Raynaud : il s'agit d'une notion « qui s'inscrit en général dans une conception *libérale* du droit public, qui veut que les pouvoirs publics soient essentiellement *limités* afin que soient garanties les principales libertés de l'individu. Plus précisément, on parlera de "constitutionnalisme" pour désigner les régimes politiques qui, grâce à l'établissement d'un *contrôle de constitutionnalité* exercé par une instance politico-judiciaire "indépendante", rendent possible la limitation du *pouvoir législatif* lui-même en veillant à la conformité des lois à la constitution et à ses principes généraux, et non pas simplement à la *légalité* des actions du pouvoir exécutif et de l'administration », P. RAYNAUD, « Constitutionnalisme » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique* Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 266.

¹⁷⁹⁹ J.-P. DEROSIER, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, 2008, n° 76, p. 789.

¹⁸⁰⁰ M. BARBERIS, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme » in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome I, Paris, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, p. 113.

¹⁸⁰¹ Comme l'affirme Olivier Beaud, « le constitutionnalisme fait [...] partie intégrante de la philosophie de la démocratie libérale qui présuppose une distinction entre la sphère privée ou sociale et la sphère publique et politique, c'est-à-dire entre l'État et la société civile », O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme » in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique, op. cit.*, p. 134.

¹⁸⁰² Elle se distingue chez Burdeau de la « *liberté-participation* » qui « consiste à associer les gouvernés à l'exercice du pouvoir », G. BURDEAU, *Traité de science politique*. Tome V, *Les régimes politiques*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1985, p. 520. Cette distinction rappelle celle de Constant, la « *liberté-participation* » étant « la liberté des anciens » quand la « *liberté-autonomie* » serait celle des « modernes ». V. B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. Discours prononcé à l'Athénée de Paris* in *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 1997, p. 591.

413. Le mécanisme permettant d'assurer cette limitation du pouvoir tient en effet dès la Révolution à la balance des pouvoirs¹⁸⁰³. C'est en cette dernière que réside le fondement du constitutionnalisme classique consistant à limiter les pouvoirs par une distinction théorique des fonctions de l'État, rendant possible un équilibre pratique ou mécanique des organes. En ce sens, Stéphane Rials relève, s'agissant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, que, pour les révolutionnaires, « il allait de soi que la garantie des droits devait résulter, en quelque sorte mécaniquement, d'un bon agencement constitutionnel »¹⁸⁰⁴. Partant, la limitation est permise par « la mécanique constitutionnelle » elle-même, c'est-à-dire « un système qui par sa structure même » permette le respect de la constitution et la protection des libertés¹⁸⁰⁵. Les révolutionnaires considèrent en effet que « la garantie est inhérente à la disposition même des pouvoirs »¹⁸⁰⁶. La séparation des pouvoirs, en tant que « principe purement négatif », est considérée comme permettant une juste répartition des fonctions entre différents organes : il ne s'agit donc pas à proprement parler de *séparer* les pouvoirs¹⁸⁰⁷, mais de faire en sorte que les fonctions étatiques ne soient pas réunies entre les mains d'une seule autorité, sous peine que la volonté arbitraire ne prenne le pas sur les lois et, le despotisme, sur la liberté. L'antagonisme entre séparation des pouvoirs et équilibre des pouvoirs a en effet été relevé : là où la séparation implique une spécialisation des fonctions, l'équilibre doit se traduire par un partage de ces dernières, singulièrement la fonction législative, entre différents organes¹⁸⁰⁸. Aussi, ceux qui, comme Montesquieu, tenaient à contenir le pouvoir législatif défendaient-ils le système de l'équilibre, tandis que d'autres, comme Rousseau, plus soucieux de garantir la suprématie du législateur, prônent un système de spécialisation¹⁸⁰⁹. En 1791, « l'expression d'équilibre des pouvoirs signifiait [...] équilibre entre les organes qui participent à la fonction législative »¹⁸¹⁰.

¹⁸⁰³ De manière significative, le constitutionnalisme a pu être défini par un auteur anglais comme « la défense d'un système de contrepoids à l'exercice du pouvoir politique », H. A. LLOYD, « Le constitutionnalisme » in J. H. BURNS (dir.), *Histoire de la pensée politique moderne. 1450-1700*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997, p. 230.

¹⁸⁰⁴ Lors des débats de la séance du 26 août 1789, au cours de laquelle les révolutionnaires discutaient cet article relatif à la séparation des pouvoirs et à la garantie des droits, Stéphane Rials relève qu'« il n'y avait pas, à leurs yeux, deux questions, mais une seule », S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », 1988, p. 375.

¹⁸⁰⁵ M. TROPER, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit » in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2^e éd., 2015, p. 212.

¹⁸⁰⁶ M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1995, coll. « Bibliothèque des Histoires », p. 184.

¹⁸⁰⁷ M. TROPER, « Actualité de la séparation des pouvoirs » in *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 228 et « L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16 », *Droits*, n° 8, 1988, p. 121.

¹⁸⁰⁸ M. LAHMER, « Le Moment 1789 et la séparation des pouvoirs », *Jus Politicum*, n° 12, 2014 [en ligne].

¹⁸⁰⁹ V. C. EISENMANN, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs » in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Édition Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2002, p. 565 ; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980, rééd. LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2015.

¹⁸¹⁰ M. LAHMER, « Le Moment 1789 et la séparation des pouvoirs », art. cité, p. 6 [En ligne].

Une telle vision procède d'une « conception mécaniste de la Constitution », conçue comme « un mécanisme qui déploie ses effets de manière “causale”, c'est-à-dire indépendante du bon vouloir des autorités instituées »¹⁸¹¹. Dès lors, ce qui différencie la constitution des autres règles, c'est qu'elle ne nécessite pas de garantie car « les qualités intrinsèques de la mécanique » permettent seules de la rendre obligatoire¹⁸¹². Ce sont les techniques que la constitution renferme, comme la balance des pouvoirs, qui mettent en œuvre cette mécanique et permettent d'assurer sa garantie, ce qui explique que la mise en place d'un gardien de la constitution n'apparaisse nullement pertinente¹⁸¹³. Au surplus, le pouvoir judiciaire ne dispose d'aucune faculté d'empêcher l'action des autres pouvoirs dans la pensée révolutionnaire¹⁸¹⁴.

414. Cette doctrine du premier constitutionnalisme libéral issu de la Révolution est toutefois porteuse d'importantes contradictions, que la pensée du début du XIX^e siècle tentera de surmonter. Elle se heurte en effet à la question juridico-philosophique des rapports de la loi et de la liberté¹⁸¹⁵. La nomophilie qui se propage durant la seconde moitié du XVIII^e siècle pour culminer à la Révolution¹⁸¹⁶ s'opposera en effet, surtout à partir du XIX^e siècle, au constitutionnalisme libéral tendant à limiter le pouvoir, y compris législatif¹⁸¹⁷. Autrement dit, le légicentrisme contrarie le constitutionnalisme libéral¹⁸¹⁸. Le sens de cette opposition tient à ce que la promotion de la loi s'accompagne inévitablement d'une exaltation de la volonté ; ladite volonté étant consubstantiellement associée à la technique législative comme mécanisme

¹⁸¹¹ A. PAPTOLIAS, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, Athènes-Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas-Bruylant, coll. « Bibliothèque européenne droit constitutionnel-science politique », 2000, p. XVIII. Notons que, pour Sieyès, la conception mécaniste de la constitution, prend la forme du système de « l'unité d'action », qui consiste à affirmer que chaque organe de la constitution n'est que le rouage d'une même mécanique d'ensemble tendant vers un seul objet, un seul résultat : l'expression et la concrétisation de la volonté générale. V. sur ce point, B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, Thèse dactyl., Université Lyon 3, 2019, p. 614-617.

¹⁸¹² *Ibid.*, p. 52-57.

¹⁸¹³ En 1791, « la constitution proprement dite est [...] essentiellement une mécanique institutionnelle qui, grâce à une saine distribution des pouvoirs, permet d'atteindre la fin qu'est la protection des droits. Or, s'il s'agit d'une simple finalité à laquelle on doit parvenir si la mécanique fonctionne convenablement, il ne saurait s'agir d'une garantie juridique au sens d'une obligation de résultat, mais d'une conviction politique au sens d'une obligation de moyen », F. SAINT-BONNET, « La protection juridique des droits en 1791. Les *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution* en débat » in *Études à la mémoire du Professeur François Burdeau*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 368.

¹⁸¹⁴ V. *supra*, § 98 *sqq.*

¹⁸¹⁵ H. BATIFFOL, « La loi et la liberté », *APD*, Tome 25, 1980, p. 79.

¹⁸¹⁶ Sur ce point, v. les contributions du numéro de *Jus Politicum* consacré à la volonté générale, *Jus Politicum*, n° 10, 2014 [en ligne]. V. également, M.-L. DUCLOS-GRÉCOURT, *L'idée de loi au XVIII^e siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, Poitiers-Issy-les-Moulineaux, Faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers-LGDJ-Lextenso éditions, « Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 2014.

¹⁸¹⁷ P. RAYNAUD, « Constitutionnalisme » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique op. cit.*, p. 268-270.

¹⁸¹⁸ Remarquable à cet égard est le raisonnement antagonique entre, d'un côté, un constitutionnalisme désignant la limitation des pouvoirs et, de l'autre, un légicentrisme désignant une absence de limitation des pouvoirs au profit du législateur.

de production juridique¹⁸¹⁹. Le volontarisme juridique, outre la question fondamentale de l'interprétation¹⁸²⁰, pose en effet la question fondamentale de sa compatibilité avec l'existence d'une limitation libérale du pouvoir. En ce sens, la « primauté de la loi », caractéristique de la tendance « individualiste » décrite par Georges Burdeau, diffère pour l'auteur de la « primauté du législateur », caractéristique de la « tendance étatiste »¹⁸²¹. Tout oppose donc, d'un côté, le légicentrisme qui confère à la volonté une place privilégiée au sein de l'ordre juridique et politique et, de l'autre, le libéralisme, qui « est anti-étatiste »¹⁸²². La possibilité pour les individus de vouloir est certes synonyme de liberté, mais la volonté générale heurte la liberté – individuelle, et non politique – lorsqu'elle se traduit par le règne de la majorité. Or, la difficulté tient ici à ce que la volonté générale doit être entendue dans son sens révolutionnaire. Dans la pensée des Lumières, en effet, la volonté générale est associée à l'idée de raison¹⁸²³, dans la mesure où les Constituants considèrent que « la loi parfaite, en réalisant la rationalisation du droit, assurera inévitablement la garantie des droits et réconciliera l'homme et le citoyen, c'est-à-dire l'homme et l'État »¹⁸²⁴. On peut en ce sens relever le lien de consubstantialité entre la loi – positive, et non naturelle¹⁸²⁵ – et la liberté, déjà bien présente chez Locke et

¹⁸¹⁹ Dans le même sens, François Saint-Bonnet considère que « les textes fondateurs sur lesquels s'appuie le droit constitutionnel dans sa version contemporaine ne rendent pas compte de la rencontre entre la volonté d'assujettir les gouvernants et l'administration au droit et celle de leur opposer la constitution. Sans revenir sur les vicissitudes des constitutions du XIX^e siècle, on peut simplement constater que l'ambition juridique véhiculée en 1789 est mise à mal très tôt après la Révolution. Nombre d'entre elles sont englouties derrière le primat du politique : les constitutions – quand les normes réglant l'organisation des pouvoirs publics portent ce nom – sont considérées comme des instruments au service de tels gouvernants ou de telle idéologie politique, non comme des normes suprêmes qui s'imposent quelles que soient les circonstances », F. SAINT-BONNET, « Le droit contre la loi. Regard sur les mutations du droit constitutionnel au XX^e siècle » in S. GOYARD-FABRE (dir.), *L'État au XX^e siècle. Regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, coll. « Histoire des idées et des doctrines », 2004, p. 114.

¹⁸²⁰ Sur ce point, v. O. PFERSMANN, « Volonté » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1527.

¹⁸²¹ G. BURDEAU, « Étude sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *APD*, Tome 9, 1939, p. 10. Il propose ainsi de définir la loi révolutionnaire comme « la raison humaine manifestée par la volonté générale en qui elle s'incarne et exprimée par les représentants du peuple ». Sur cette opposition entre individualisme et étatisme, il dressera le constat selon lequel « c'est l'impossibilité de les concilier qui causera [la] ruine » de la loi, *ibid.*, p. 12. V. également sur ce point, P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, 1968, rééd. Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2015, p. 11.

¹⁸²² P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, coll. « Cours Dalloz », 8^e éd., 2017, p. 25.

¹⁸²³ G. BURDEAU, « Étude sur l'évolution de la notion de loi en droit français », art. cité, p. 13 ; M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *APD*, Tome 3, 1957, p. 95.

¹⁸²⁴ S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 371.

¹⁸²⁵ À propos de la conception révolutionnaire du droit naturel, Philippe Pichot-Bravard précise ainsi : « Ce droit naturel ne résulte plus d'un ordre des choses établi par Dieu mais d'une observation intellectuelle et scientifique de la nature. Il est constitué de principes que l'on pense attachés à la nature de l'homme. Il est subjectif. Or, tandis que le droit naturel thomiste s'imposait dans l'ancienne France par sa seule existence, le droit naturel subjectif des hommes de 1789 n'a de force juridique que si la loi positive lui en donne une. Dès lors, il n'est pas possible d'affirmer que le droit naturel fonde l'ordre juridique révolutionnaire car aucun conflit juridique entre le droit naturel et le droit positif ne peut être tranché au détriment de ce dernier, alors même que, dans une logique de droit naturel, tout conflit entre la loi positive et la loi naturelle devrait conduire à l'effacement de la loi positive devant la loi naturelle », P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les*

Montesquieu¹⁸²⁶ : « la loi est ontologiquement libératrice et créatrice de bonheur »¹⁸²⁷. La *volonté générale* se distingue dès lors du *volontarisme*¹⁸²⁸. Comment pourtant le volontarisme est-il devenu l'« âme de nos constitutions »¹⁸²⁹ ? L'évolution tient à ce que, même ainsi entendue, la volonté générale nuit au projet libéral de limitation du pouvoir. Si la volonté générale, et donc la loi, est œuvre de raison, il n'est pas possible de lui opposer des limites¹⁸³⁰. Le légicentrisme n'entretient pas, comme le constitutionnalisme libéral, des rapports orageux avec la souveraineté. Tandis que « les théories de la souveraineté envisagent la politique du point de vue du pouvoir, les conceptions libérales se mettent du point de vue des gouvernés »¹⁸³¹. Or les révolutionnaires n'avaient pas pour projet d'annihiler la souveraineté au profit des libertés individuelles. Au contraire, pour les révolutionnaires, la protection des libertés individuelles était garantie *par* la loi, donc *par* le pouvoir¹⁸³².

415. C'est contre cette vision que le premier constitutionnalisme libéral évoluera au cours des deux premiers tiers du XIX^e siècle. Opposant l'« *exercice* » de la liberté des anciens, qui aboutit à « l'assujettissement complet de l'individu à l'autorité de l'ensemble », à la « *jouissance* » de la liberté des modernes, qui permet le plein exercice de la liberté individuelle¹⁸³³, Benjamin Constant conçoit la constitution comme l'instrument archétypique de

organes et les procédés juridiques, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain », 2011, p. 348.

¹⁸²⁶ V. en ce sens, L. JAUME, « Les droits contre la loi ? Une perspective sur l'histoire du libéralisme », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2005, p. 22-27.

¹⁸²⁷ S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 372.

¹⁸²⁸ Sur les rapports de la volonté et du volontarisme, ainsi que sur l'influence de Rousseau sur la Déclaration de 1789, v. *ibid.*, p. 420-424, note 30. C'est sans doute en ce sens que Rousseau distingue la « volonté générale » de la « volonté de tous », J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique* [1762] in *Œuvres complètes*, Tome III. *Du contrat social, Écrits politiques*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1964, Livre II, Chap. III, p. 371. Rudolf Stammler précise à ce propos que la volonté générale « *est en effet une volonté d'une espèce spéciale, son critère est qualitatif, tandis que la volonté de tous conduit à une considération quantitative* », R. STAMMLER, « Notion et portée de la "volonté générale" chez Jean-Jacques Rousseau », *Revue de Métaphysique et de Morale*, Tome XX, 1912, p. 385.

¹⁸²⁹ M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », art. cité, p. 91.

¹⁸³⁰ C'est en ce sens que certains historiens contemporains parlent de « droit » – ou « droits » – « contre la loi », L. JAUME, « Les droits contre la loi ? Une perspective sur l'histoire du libéralisme », art. cité, p. 21. V. aussi, F. SAINT-BONNET, « Le droit contre la loi. Regard sur les mutations du droit constitutionnel au XX^e siècle », art. cité, p. 87.

¹⁸³¹ L. JAUME, « Les droits contre la loi ? Une perspective sur l'histoire du libéralisme », art. cité, p. 26.

¹⁸³² Lucien Jaume souligne en effet « l'importance de la souveraineté » chez les révolutionnaires : « *les droits de l'homme sont en effet les droits de la nation souveraine* : contrairement à une vision "individualiste" postérieure, les hommes de 1789 furent convaincus de l'identité fondamentale entre les libertés individuelles et la liberté de la nation », L. JAUME, *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard, 2000, p. 337. S'appuyant sur la déclaration des 1789 et les débats révolutionnaires, l'auteur démontre que « l'esprit libéral de la Révolution française à ses débuts réside [...] dans cette équation qui peut surprendre mais que les textes attestent sans équivoque : c'est en tant que soumis à la *souveraineté* que les individus peuvent jouir de la liberté, parce que cette souveraineté a pour instrument la loi juste », *ibid.*, p. 342.

¹⁸³³ B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. Discours prononcé à l'Athénée de Paris* in *Œuvres complètes*, op. cit., p. 591. Nous soulignons. V. sur ce discours, S. HOLMES, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne* [1984], Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, trad. O. Champeau ; O. MEUWLY,

réalisation de la seconde. Dans cette perspective, et empruntant la voie tracée par la pensée libérale et individualiste du XVII^e siècle qui appréhende l'État comme un appareil *a priori* nuisible pour les libertés individuelles¹⁸³⁴, la Constitution de Constant a pour fonction de limiter les organes de l'État ; limitation permettant précisément d'assurer la liberté des individus. La seule mécanique constitutionnelle de balance des pouvoirs apparaît à cet égard, pour l'auteur, insuffisante à la protection des libertés¹⁸³⁵. C'est la souveraineté qu'il s'agit de limiter, de circonscrire dans « les bornes que lui tracent la justice et les droits des individus »¹⁸³⁶. Toutefois, le respect de la constitution n'impose pas, contrairement aux théories constitutionnelles ultérieures, une protection juridictionnelle. La garantie de la limitation du pouvoir doit, pour Constant, être confiée à un « pouvoir neutre »¹⁸³⁷. L'auteur avait d'abord imaginé un corps élu pour incarner ce « pouvoir préservateur » situé au-dessus des autres pouvoirs¹⁸³⁸. S'inspirant de la monarchie anglaise, il attribua par la suite ce rôle de « pouvoir neutre » au Monarque¹⁸³⁹. On le voit, l'option juridictionnelle est ici dédaignée¹⁸⁴⁰. Le contrôle juridictionnel serait en effet par nature distinct du contrôle politique, que le constitutionnalisme naissant envisageait comme

Liberté et société. Constant et Tocqueville face aux limites du libéralisme moderne, Genève, Librairie Droz, 2002, p. 31-39.

¹⁸³⁴ C. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État. Introduction à l'étude du droit*, Paris, Arthur Rousseau, 3^e éd., 1920, p. 77.

¹⁸³⁵ « 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 », B. CONSTANT, *Principes de politique. Applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France* [1815] in *Écrits politiques*, op. cit., p. 317.

¹⁸³⁶ *Ibid.*, p. 319.

¹⁸³⁷ Sur la théorie du pouvoir neutre de Constant, v. notamment J.-P. FELDMAN, « Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant », *RFDC*, 2008, p. 692-695 ; P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, op. cit., p. 441-450. Cette théorie du « pouvoir neutre » fut reprise par Carl Schmitt pour justifier un gardien de la Constitution en la personne du Président du Reich. V. en ce sens, A. LE DIVELLEC, « Le gardien de la Constitution de Carl Schmitt. Éléments sur les paradoxes d'une "théorie" constitutionnelle douteuse » in O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2007, p. 48 sqq.

¹⁸³⁸ Plus précisément, « un conseil suprême de personnalités inamovibles, âgées de plus de quarante ans, élues à vie par le peuple dans chaque département, et dotées généreusement de biens censés garantir leur indépendance et leur prestige », P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, op. cit., p. 447.

¹⁸³⁹ Dans le cadre de la monarchie constitutionnelle, nous dit Constant, le chef de l'État est un « pouvoir neutre », arbitrant les relations entre les autres pouvoirs. Au-dessus des autres pouvoirs, il est une « autorité à la fois supérieure et intermédiaire, sans intérêt à déranger l'équilibre, mais ayant au contraire tout intérêt à le maintenir », B. CONSTANT, *Principes de politique. Applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France* [1815] in *Écrits politiques*, op. cit., p. 325.

¹⁸⁴⁰ Si le penseur libéral ne plaiderait pas en faveur d'un contrôle juridictionnel des actes du Parlement, sa pensée est néanmoins au fondement de la construction intellectuelle de l'État de droit, c'est-à-dire de la limitation du pouvoir de l'État par le droit. En ce sens, Carl Schmitt montre que l'État de droit présuppose toujours un « principe de répartition (*Verteilungsprinzip*) » entre le pouvoir limité de l'État – sa « mesurabilité (*Messbarkeit*) » – et la liberté illimitée de l'individu, C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1993, trad. L. Deroche-Gurcel, p. 264-269. Tel était bien le postulat de Constant.

se déployant mécaniquement par une juste balance des pouvoirs. Ces garanties internes ne s'étant pas montrées particulièrement efficaces, la pensée constitutionnelle va tenter d'envisager des garanties externes, et c'est ainsi qu'émergera la nécessité d'un tiers pouvoir, dont la nature serait nécessairement politique. Ce pouvoir dit préservateur ou neutre, pour être véritablement tiers, ne peut relever du pouvoir judiciaire, pas plus que des pouvoirs exécutif ou législatif. Le tiers pouvoir, qui n'avait pas vocation à trancher juridictionnellement les litiges, était en effet conçu comme pouvoir politique absolument assumé¹⁸⁴¹. À la suite de Constant, Édouard Laboulaye a, lui aussi, fortement plaidé pour une limitation des pouvoirs de l'État. Résolument anti-rousseauiste¹⁸⁴², la limitation prônée par l'auteur se justifie par une négation du caractère absolu de la souveraineté¹⁸⁴³. Libéralisme n'est pas démocratie¹⁸⁴⁴ : si elle relève de l'évidence, cette précision souligne toutefois combien le constitutionnalisme libéral compose difficilement avec le constitutionnalisme de la volonté.

416. Plus tard, durant le dernier tiers du XIX^e siècle, les fondements du constitutionnalisme libéral se verront altérés. À travers le passage de la constitution comme mécanisme à une conception de la constitution comme règle¹⁸⁴⁵, la limitation ne sera plus supposée découler naturellement de l'agencement des pouvoirs et de l'existence même d'une constitution, mais nécessitera l'intervention du juge. La finalité ne résidera alors plus dans la promotion des libertés *individuelles*, mais dans la protection des libertés *publiques*. Autrement

¹⁸⁴¹ P. ROLLAND, « Comment préserver les institutions politiques ? La théorie du pouvoir neutre chez B. Constant », *RFHIP*, n° 27, 2008, p. 55. « Cette absence de formes ou de procédures, ajoute l'auteur, indique bien que Constant ne se situe pas dans l'hypothèse d'un contrôle de constitutionnalité au sens moderne », *ibid.*, p. 62.

¹⁸⁴² Laboulaye n'aura ainsi pas de mots assez durs pour fustiger le *Contrat social*, affirmant ainsi : « on se demande comment des modernes se sont laissés prendre à ces pastiches de l'antiquité, à ces sophismes transparents ; cependant il est visible que la doctrine de Rousseau, si fautive qu'elle soit, n'a rien perdu de son influence. On la trouve au fond de toutes nos révolutions ; c'est toujours la théorie païenne : la liberté, c'est la souveraineté ; le droit, c'est la volonté de la nation », E. LABOULAYE, *L'État et ses limites*, Paris, Charpentier, 1863, p. 37.

¹⁸⁴³ À cet égard, il n'est pas anodin qu'en admirateur du régime américain, il admette que la souveraineté puisse se voir limitée par le droit. Il affirmera en ce sens : « Au risque de passer pour faux prophète, je me propose d'étudier une idée qui, méconnue aujourd'hui, réussira, selon moi, dans un prochain avenir. Cette idée, qui du reste n'est pas nouvelle, mais dont l'heure n'a pas encore sonné, c'est que l'État, ou si l'on veut la souveraineté, a des limites naturelles où finit son pouvoir et son droit », E. LABOULAYE, *L'État et ses limites*, *op. cit.*, p. 6. Michel Troper considère d'ailleurs que le constitutionnalisme s'oppose par nature à la théorie de la souveraineté, M. TROPER, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », art. cité, p. 206-207.

¹⁸⁴⁴ Comme le relève à cet égard François Saint-Bonnet, « les défenseurs des libertés individuelles de la première moitié du XIX^e siècle tiennent la démocratie (entendue comme le suffrage universel) en horreur : elle est pour eux synonyme de fanatisme jacobin, de vulgarité anarchique et de Terreur », F. SAINT-BONNET, « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire. Les "libertés sociales" comme dépassement de l'alternative entre libertés individuelles et libertés politiques », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, p. 3 [en ligne]. Dans un sens similaire, Jean-Fabien Spitz affirme que « la figure de la souveraineté législative comme source unique d'arbitrage et de décision, paraît [...] appelée par la synthèse libérale, qui souligne volontiers que les sujets peuvent et doivent être représentés sans participer », J.-F. SPITZ, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1995, p. 36.

¹⁸⁴⁵ B. MANIN, « Les deux libéralismes : la règle et la balance » in C. BIET, I. THÉRY (dir.), *La Famille, la Loi, l'État. De la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie nationale-Centre Georges Pompidou, 1989, p. 372.

dit, le second constitutionnalisme libéral évoluera de l'exaltation de libertés individuelles simplement reconnues à des libertés publiques effectivement protégées.

B. La limitation juridictionnelle des pouvoirs du second constitutionnalisme libéral

417. Le second constitutionnalisme libéral associe l'idée de limitation à celle de contrôle juridictionnel, considérant ce dernier comme le seul mécanisme permettant de protéger les libertés publiques¹⁸⁴⁶. Ces dernières, entendues comme « *des obligations juridiques de l'État constitutives de droits au profit des particuliers* »¹⁸⁴⁷, seront promues à la fin du XIX^e siècle par la doctrine publiciste, singulièrement dans le cadre de l'enseignement du droit administratif. Pour les administrativistes, en effet, la défense des libertés publiques passait par la promotion du juge administratif, « dont ils souhaitent le développement, l'affermissement et surtout l'indépendance »¹⁸⁴⁸. Davantage que le droit constitutionnel, le droit administratif défendra donc à la fin du XIX^e siècle et durant la première moitié du XX^e siècle la limitation juridictionnelle des pouvoirs, singulièrement de l'administration¹⁸⁴⁹. Le principe de légalité – entendu alors de façon stricte, c'est-à-dire celui « qui se fonde sur la notion de loi » et non de façon générale sur l'ensemble des règles de droit en vigueur¹⁸⁵⁰ –, protégé par le juge administratif comme « le

¹⁸⁴⁶ La doctrine allemande du XIX^e siècle sera elle aussi marquée par le passage de « l'État de droit "administratif" » à « l'État de droit "juridictionnel" », O. JOUANJAN, « Présentation » in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit. Le "Rechtsstaat" dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelles de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, « Collection de l'Université Robert Schuman », 2001, p. 33-41. Sur le « contrôle juridictionnel de l'administration » comme « critère principal de l'État de droit » dans la doctrine allemande, v. C. ARGYRIADIS-KERVÉGAN, « Rudolf Gneist : La justice administrative, institution nécessaire de l'État de droit » in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit. Le "Rechtsstaat" dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelles de l'Allemagne*, op. cit., p. 235.

¹⁸⁴⁷ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, op. cit., p. 41. Nous ne nous attarderons pas sur le désaccord qu'a pu formuler Jean Rivero quant à la définition retenue par Philippe Braud. Nous retenons toutefois la critique formulée par Rivero, selon laquelle le fait de définir les libertés publiques comme des « obligations négatives » - entendues par l'auteur comme « une abstention d'action » tend à exclure la protection juridictionnelle des libertés, J. RIVERO, *Les libertés publiques. Tome I : Les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1974, p. 23. En ce sens, nous ne retenons pour notre part que la « définition provisoire » proposée par Philippe Braud, qui permet d'appréhender les libertés publiques comme les libertés effectivement protégées par l'État, singulièrement par voie juridictionnelle. Déjà en 1925, Léon Duguit critiquait cette conception des libertés publiques : en sus des obligations négatives, « il existe pour l'État des obligations positives qui l'astreignent notamment à mettre chacun en situation de pouvoir développer son activité », L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. Les libertés publiques*, Tome V, Paris, E. de Boccard, 2^e éd., 1925, p. 3. Une telle conception est à cet égard corrélative à l'évolution de la conception de l'État de droit : d'une abstention pour l'État d'agir à une obligation positive d'assurer la protection des droits et libertés.

¹⁸⁴⁸ M. TOUZÉIL-DIVINA, *La doctrine publiciste. 1800-1880*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2009, p. 181.

¹⁸⁴⁹ En Allemagne, le concept d'État de droit est, au XIX^e siècle, consubstantiel à la promotion du contrôle juridictionnel de l'administration. V. sur ce point, A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2012.

¹⁸⁵⁰ C. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, p. 25.

principe le plus important peut-être de notre droit public »¹⁸⁵¹, servira ainsi de support à la promotion administrativiste des libertés publiques¹⁸⁵². Le droit administratif est en conséquence, dès la III^e République délibérément libéral. L'essor, au début du XX^e siècle, du recours pour excès de pouvoir, mécanisme qui « symbolise la démocratie libérale »¹⁸⁵³ et « maintient, au-dessus des contingences, le principe que l'Administration est soumise au droit »¹⁸⁵⁴, favorisera l'émergence d'une forme nouvelle de discours : un discours qui place le juge comme protecteur des libertés publiques¹⁸⁵⁵. Autrement dit, émergera dans la doctrine l'idée d'un « libéralisme par l'État, et non contre l'État »¹⁸⁵⁶. Analysant le système de protection des libertés en France, Prosper Weil conteste ainsi l'idée répandue selon laquelle le régime français « excellerait davantage dans la définition des libertés que dans leur protection effective », contrairement au régime anglais « plus avare certes en proclamations mais tellement plus riche en protections »¹⁸⁵⁷. Certes, nous dit l'auteur, le droit constitutionnel n'assure pas une protection effective des libertés, mais « *d'autres secteurs juridiques* » s'en chargeront, singulièrement le droit administratif et le droit civil. Le premier contient en effet pour la doctrine administrativiste « les plus grandes techniques opérationnelles de protection des libertés »¹⁸⁵⁸. Le constat de la

¹⁸⁵¹ Comme l'affirme le commissaire du gouvernement Delvolvé sur la décision *Dame Lamotte*, pour qui le principe de légalité est un « principe antérieur à la législation républicaine elle-même et dont [tout l'effort du Conseil d'État] depuis 150 ans a tendu à imposer le respect à toutes les autorités administratives, si haut placées qu'elles fussent et quel que fut leur caractère, au Président de la République lui-même, agissant en vertu d'une loi de pleins pouvoirs ou comme législateur colonial [...]. Il constitue la garantie essentielle des citoyens et de la cité. Il s'impose au législateur lui-même parce qu'une loi qui le méconnaîtrait contiendrait en elle-même un principe de contradiction, puisqu'elle permettrait aux autorités administratives d'agir arbitrairement au mépris des règles de fond ou de forme posées par elle », J. DELVOLVÉ, Conclusions sur CE, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, *RDP*, 1951, p. 484.

¹⁸⁵² Un chapitre sera à cet égard d'ordinaire consacré à ces dernières au sein des manuels de droit administratif de la III^e République. Ainsi par exemple de la première édition du *Traité élémentaire de droit administratif* de Henri Berthélemy en 1900, dont le premier titre du livre, sur l'action administrative, est consacré aux « libertés publiques », H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau, 1900, p. 216. Plus tôt, Théophile Ducrocq, dans son *Cours de droit administratif*, consacre un chapitre aux « principes du droit public de l'ordre naturel ou civil » au sein duquel il formule une liste de différentes libertés, T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, Tome I, Paris, Ernest Thorin, 6^e éd., 1881, p. 691 et suivants.

¹⁸⁵³ P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1968, p. 484.

¹⁸⁵⁴ J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Recueil Dalloz*, 1962, p. 39.

¹⁸⁵⁵ « Que la justice administrative soit appelée dans notre pays à un rôle de premier ordre pour la défense des libertés publiques et des droits de l'homme, c'est à la fois *le plus banal des lieux communs et le plus éclatant des paradoxes historiques* [...]. La justice administrative s'est développée au XIX^e siècle à mesure qu'était consacrée et étendue l'idée que l'individu peut avoir des droits contre l'État, et que ces droits exigent la sanction d'un juge : elle est ainsi, dans son principe et dans son essence même une institution libérale », J. DONNEDIEU DE VABRES, « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *EDCE*, 1949, p. 30.

¹⁸⁵⁶ L. JAUME, « L'État administratif et le libéralisme : une histoire française » in *Innovation politique 2011*, Paris, PUF, coll. « L'Innovation politique », p. 636.

¹⁸⁵⁷ P. WEIL, « Les techniques de protection des libertés publiques en droit français » in *Mélanges Marcel Bridel*, Lausanne, Université de Lausanne, 1968, p. 609.

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 611.

« “déconstitutionnalisation” des techniques de protection des libertés publiques »¹⁸⁵⁹ bénéficie en ce sens assez largement au droit administratif, puisqu’il dispose d’un juge chargé d’encadrer les pouvoirs de l’administration¹⁸⁶⁰. La doctrine civiliste, quant à elle, est restée profondément légicentriste en raison de son attachement au Code civil ainsi qu’à l’influence de l’école de l’exégèse. Soucieux des libertés, dont la première est la propriété, les civilistes considèrent que la loi libère, émancipe et protège, ce qui n’est pas le cas de la constitution, qui est source de désordre politique et d’instabilité¹⁸⁶¹.

418. L’expansion spectaculaire du droit administratif et la longévité du Code civil ne suffiront toutefois pas à combler les vœux de la doctrine libérale. Très vite, sous la III^e République, la révérence à l’égard de la loi – ou plutôt, en réalité, la prééminence du Parlement – sera fâcheusement perçue. Si la loi demeure l’instrument privilégié de la liberté¹⁸⁶², le législateur, quant à lui, apparaît comme potentiellement liberticide. Imposer à l’administration le respect de la loi ne peut dès lors suffire : il faut imposer au Parlement le respect de la constitution afin de parvenir à la réalisation de l’État de droit¹⁸⁶³. Autrement dit, l’exercice de la souveraineté doit être limité. Déjà au commencement du XX^e siècle, Charles Benoist considérait que « le débat est à présent entre la démocratie absolue et la démocratie constitutionnelle »¹⁸⁶⁴. La réalisation de l’État de droit n’apparaîtra toutefois possible qu’avec la mise en place d’une limitation juridictionnelle du pouvoir législatif¹⁸⁶⁵. Les excès du

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*, p. 618.

¹⁸⁶⁰ L’auteur formule ainsi la conclusion suivante : « la protection des libertés ne constitue pas en droit français, en dépit de l’abondance des dispositions constitutionnelles relatives aux libertés, une matière constitutionnelle », *ibid.*, p. 629.

¹⁸⁶¹ Cette vision, au reste, semble perdurer aujourd’hui pour une partie de la doctrine civiliste. Le « temps politique » serait un temps court et le « temps civil » un temps long, car « la constitution civile structure et organise finalement davantage une nation que sa constitution politique », Y. GAUDEMET, « Le Code civil, “constitution civile de la France” » in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 298. C’est sans doute l’attachement de la doctrine civiliste à la loi davantage qu’à la Constitution qui peut constituer l’une des explications de la réaction hostile de celle-ci lors de la réforme de la question prioritaire de constitutionnalité. Pourtant, il n’est plus possible actuellement d’opposer la stabilité de la loi à l’instabilité constitutionnelle : « depuis l’avènement de la constitution de la V^e République, c’est un peu l’inverse qui se produit : stabilité institutionnelle et instabilité législative », P. MAZEAUD, « Le code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs*, n° 110, 2004, p. 155.

¹⁸⁶² Véronique Champeil-Desplats relève à cet égard à propos de Duguit et Hauriou que « lorsque ces deux auteurs évoquent le contrôle de constitutionnalité au milieu des années 1920, c’est davantage dans l’esprit d’encadrer certaines formes d’exercice du pouvoir du Parlement de la III^e République, plutôt que de remettre en cause la vocation libérale de la loi », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie générale de l’État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, p. 9 [en ligne].

¹⁸⁶³ « On a mis du temps à se rendre compte que le pouvoir législatif est plus dangereux encore pour les libertés individuelles que le pouvoir administratif », M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz, 2015, p. 731.

¹⁸⁶⁴ C. BENOIST, « Les deux parlementarismes. La Cour suprême des États-Unis », *Revue des deux mondes*, 1902, Tome VII, p. 308.

¹⁸⁶⁵ Cette vision s’apparente à ce que Michel Troper qualifie de « constitutionnalisme *strictissimo sensu* », M. TROPER, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », art. cité, p. 204.

« parlementarisme absolu »¹⁸⁶⁶ sous la III^e République donneront ainsi naissance à un courant analysé par François Saint-Bonnet comme « anti-volontariste ». La critique de la souveraineté – en tant que titre et dans son exercice – révèle en effet, nous dit l’auteur, une critique de la volonté, singulièrement de la volonté législative. Dans l’exercice du pouvoir, les chambres législatives s’approprient la souveraineté ; or, les auteurs du début du XX^e siècle s’attacheront précisément à dissocier le principe et l’exercice de la souveraineté¹⁸⁶⁷. Il en ressort que c’est bien la volonté législative qui se verra remise en cause par la doctrine¹⁸⁶⁸. Ainsi de Léon Duguit, qui, s’opposant fermement aux théories allemandes de l’autolimitation, affirmait qu’en sus de l’organisation du régime politique, cette limitation devrait passer par la soumission de tous les organes aux tribunaux chargés de sanctionner le non-respect du droit¹⁸⁶⁹. Il plaidait par conséquent pour que les juridictions ordinaires puissent soumettre la volonté subjective de l’État législateur au droit objectif¹⁸⁷⁰. Puisqu’« un pays dans lequel on ne reconnaît pas ce droit aux juridictions ne vit pas véritablement dans un régime d’État de droit »¹⁸⁷¹, le contrôle de constitutionnalité des lois par les juges apparaît, pour Duguit, consubstantiel à l’État de droit. Le doyen Hauriou développait une théorie similaire. Se demandant « qui va modérer le pouvoir législatif ? », il militait pour l’introduction d’un contrôle juridictionnel de constitutionnalité diffus, qui serait seul à même de permettre à l’État d’être « entièrement sous le régime du *Rechtsstaat* »¹⁸⁷². Enfin, Carré de Malberg identifiait la limitation de l’État au respect du droit, en ce sens que la souveraineté doit être « une puissance soumise à l’emprise du droit ». À l’État légal, celui de la III^e République, il opposait l’idéal de l’État de droit¹⁸⁷³. À cet égard, il conviendrait, pour remédier à l’artificialité de cette distinction, de substituer au qualificatif d’État de droit celui d’État constitutionnel, ou « d’État de droit constitutionnel »¹⁸⁷⁴. En effet,

¹⁸⁶⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931, rééd. Paris, Economica, coll. « Classiques », Série Politique et constitutionnelle, 1984, p. 196.

¹⁸⁶⁷ F. SAINT-BONNET, « Le droit contre la loi. Regard sur les mutations du droit constitutionnel au XX^e siècle », art. cité, p. 117-124.

¹⁸⁶⁸ François Saint-Bonnet souligne toutefois que la critique de la volonté au début du XX^e siècle aura des implications sur le contrôle de l’administration par le juge administratif, et non le contrôle de la loi, *ibid.*, p. 124.

¹⁸⁶⁹ Chez l’auteur, cette critique se double d’un anti-subjectiviste très prononcé, qui s’exprime notamment dans L. DUGUIT, *Souveraineté et liberté. Leçons faites à l’Université de Columbia (1920-1921)*, Paris, La mémoire du droit, coll. « Bibliothèque Léon Duguit », 2002.

¹⁸⁷⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, La théorie générale de l’État*, Tome III, Paris, E. de Boccard, 1930, p. 589 *sqq.*

¹⁸⁷¹ *Ibid.*

¹⁸⁷² M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, rééd. Paris Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz, 2010, p. 75.

¹⁸⁷³ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, Tome I, Sirey, 1920-1922, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, p. 490-494. V. *supra*, § 117-118.

¹⁸⁷⁴ F. SAINT-BONNET, « Le droit contre la loi. Regard sur les mutations du droit constitutionnel au XX^e siècle », art. cité, p. 128-140.

l'État dit « de droit » ne se différencie en réalité de l'État légal que par le fait que la soumission au droit est constitutionnelle, et non plus légale. En d'autres termes, l'État légal est aussi un État de droit. Au sein de l'État légal, les pouvoirs constitués sont soumis au principe de légalité ; au sein de l'État constitutionnel, ils sont soumis au « principe de constitutionnalité »¹⁸⁷⁵. Or, pour Carré de Malberg, un État véritablement limité est un État au sein duquel la Constitution s'impose à tous ses organes¹⁸⁷⁶. Le contrôle de constitutionnalité des lois sera alors présenté comme un instrument permettant d'assurer la séparation entre pouvoir législatif et pouvoir constituant¹⁸⁷⁷.

419. Le passage de l'État légal à l'État constitutionnel apparaît ainsi comme une conversion opportune. C'est ce que révèle la démonstration de Philippe Blachère, selon laquelle « la “résurrection” de la notion de Constitution constitue la réponse de la doctrine contemporaine à la crise de la rationalité législative »¹⁸⁷⁸. La « logique constitutionnaliste » tend en effet à faire admettre que « sans contrôle juridictionnel de constitutionnalité, le législateur n'est pas véritablement soumis au respect juridique de la Constitution »¹⁸⁷⁹. En sus de la séparation entre pouvoir législatif et pouvoir constituant, le contrôle juridictionnel des lois est donc présenté par la rhétorique classique comme étant plus généralement un instrument de garantie de la séparation des pouvoirs. Le paradoxe de cette justification tient à ce qu'auparavant, c'était précisément au nom de la séparation des pouvoirs que le contrôle de constitutionnalité des lois paraissait aberrant¹⁸⁸⁰. Or, comment un mécanisme décrit comme *attentatoire* à ce principe est-il devenu *son instrument de protection* ? Le fondement théorique

¹⁸⁷⁵ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 33.

¹⁸⁷⁶ Or, ainsi entendue, la limitation des pouvoirs, qu'elle soit constitutionnelle ou juridictionnelle, s'avère peu pertinente sous la III^e République. Comme le souligne en effet Carré de Malberg, avec l'absence de séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant, contenu à l'alinéa 1^{er} de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, « on ne voit pas [...] comment les tribunaux français pourraient défendre la Constitution contre la volonté parlementaire, alors que cette volonté est elle-même maîtresse des lois constitutionnelles », R. CARRÉ DE MALBERG, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927, Tome 32, p. 350.

¹⁸⁷⁷ Séparation qui était, pour Carré de Malberg, la condition de réalisation de la limitation de la « puissance de l'État », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome I, *op. cit.*, p. 233.

¹⁸⁷⁸ Ph. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, p. 65.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 69.

¹⁸⁸⁰ C'est d'ailleurs notamment au nom du principe de la séparation des pouvoirs que Carl Schmitt rejetait l'idée d'un gardien en la forme juridictionnelle de la Constitution, S. BAUME, « Introduction » in H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, *op. cit.*, p. 14. Il y a là une incohérence dans sa pensée puisque, dans sa *Théorie de la Constitution*, publiée avant son article sur *Le Gardien de la Constitution*, il considérait que le pouvoir du juge de contrôler la constitutionnalité des lois ne peut porter atteinte à la séparation des pouvoirs. Pour lui, le juge ne peut en effet « empiéter » sur le législateur, dans la mesure où il « et soumis à la loi, et même s'il tranche le doute sur la validité d'une loi il ne sort pas du domaine de la pure normativité ; il fait obstacle mais n'ordonne pas ». On retrouve ici de manière assez surprenante la théorie du « législateur négatif » conceptualisée par Kelsen, C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 333.

de ce renversement paradigmatique semble être issu d'une instrumentalisation de la pensée de Montesquieu. Pour lui, puisque la limitation du pouvoir est consubstantielle à l'exercice de la liberté politique, il est nécessaire que « par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »¹⁸⁸¹. Dans cette perspective, la Constitution permet de rendre effective la séparation – ou, plutôt, la *division* – des fonctions entre plusieurs organes¹⁸⁸². Or, outre que dans la pensée de l'auteur, le juge n'est pas un « pouvoir », sa pensée mécaniste se voit surtout transformée en une pensée normative. En d'autres termes, alors que pour Montesquieu, le pouvoir s'arrête par lui-même, pour le second constitutionnalisme libéral, un tiers doit intervenir pour s'assurer que le pouvoir arrête effectivement le pouvoir. La pensée de l'auteur libéral est ainsi détournée, puisqu'à un contre-pouvoir politique s'est substitué un contre-pouvoir juridictionnel¹⁸⁸³.

420. La limitation juridictionnelle des pouvoirs du second constitutionnalisme libéral aboutit, en définitive, non pas à la limitation des pouvoirs, mais à la limitation d'un pouvoir : le pouvoir législatif. La limitation juridictionnelle du pouvoir se heurte ainsi à une objection fondamentale : comment conditionner la limitation des pouvoirs constitués à un contrôle effectué par un pouvoir lui-même constitué ? Autrement dit, si la constitution est envisagée comme une règle, pour quelle raison un pouvoir constitué serait plus qualifié qu'un autre pour imposer le respect d'une règle s'imposant à tous ? Sur ce point, semble résider l'aporie fondamentale de toute réflexion sur le constitutionnalisme¹⁸⁸⁴. La limitation constitutionnelle des pouvoirs du premier constitutionnalisme libéral semblait déjà, de ce point de vue, problématique. Elle a pu se voir justifiée par la conception mécaniste de la constitution tendant à considérer que la limitation serait permise par les rouages que la constitution elle-même met en place, c'est-à-dire par une distribution des pouvoirs permettant un équilibre des fonctions. Toutefois, si l'on prétend limiter les pouvoirs constitués sur le fondement de la souveraineté du pouvoir constituant, l'on ne voit pas bien comment admettre qu'un autre pouvoir constitué puisse interpréter cette volonté souveraine : seul l'auteur de la Constitution devrait être en mesure de vérifier le respect de la règle qu'il a édictée. Or, le peuple ne peut vérifier que chaque acte, notamment législatif, soit conforme à la Constitution dont il est l'auteur.

¹⁸⁸¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* [1758], in *Œuvres complètes*, Tome II, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1951, Livre XI, chapitre IV, p. 395.

¹⁸⁸² Sous la V^e République, le Conseil constitutionnel serait ainsi doté de la « faculté d'empêcher » que Montesquieu attribuait à l'Exécutif, *ibid.*, Livre XI, chapitre VI, p. 401.

¹⁸⁸³ Ce détournement fut opéré par Kelsen, dès 1928, lorsqu'il considérait que la justice constitutionnelle est une « affirmation » de la séparation des pouvoirs, H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 204.

¹⁸⁸⁴ Aporie renvoyant à la question que formulait Juvénal : « *Quis custodiet ipsos custodias ?* », autrement dit qui gardera le gardien ?

421. Le second constitutionnalisme libéral se heurte donc à la question de la limitation du juge, qui ne semble pas pouvoir être résolue par l’invocation de la théorie allemande de l’autolimitation. Associée au concept d’État de droit, la théorie de l’autolimitation a en effet été formulée par Georg Jellinek à l’égard de l’État en tant que pouvoir souverain. Selon cette théorie, la souveraineté n’est pas une puissance sans limites, mais une puissance autolimitée par le droit. L’État dispose du pouvoir de définir des compétences, il a la « compétence de sa compétence ». L’autolimitation est ainsi une manifestation de souveraineté, car c’est le souverain qui décide, par le droit, de se limiter¹⁸⁸⁵. Cependant, une fois ces compétences déterminées, l’État est tenu de respecter les règles qu’il s’est fixé à lui-même. Appliquée au juge, cette théorie conduit à admettre que la limitation juridictionnelle puisse se justifier par la prudence des solutions jurisprudentielles du juge constitutionnel, si bien que « le nouveau front qui s’ouvre à la réflexion sur les limites du pouvoir » concernerait « le pouvoir des juges et implique d’apporter des éléments pour surveiller le surveillant, ou pour rationaliser la volonté du rationalisateur »¹⁸⁸⁶. La théorie de l’autolimitation viendrait en ce sens grandement contester l’accusation de gouvernement des juges¹⁸⁸⁷. Cette thèse de l’autolimitation du juge constitutionnel n’est toutefois pas sans poser d’importantes difficultés théoriques. Elle paraît en effet assez inadéquate, dans la mesure où l’autolimitation n’a de sens que si elle s’applique à une entité qui ne peut se voir limitée par d’autres organes. En d’autres termes, seul le Souverain, qui dispose d’une « puissance absolue et perpétuelle »¹⁸⁸⁸ et ne souffre aucune volonté supérieure à la sienne, peut, par sa propre volonté, s’autolimiter. L’autolimitation s’inscrit dans un cadre théorique propre à la question du pouvoir souverain et de ses limites ; elle n’a de sens

¹⁸⁸⁵ « Des limitations de fait du pouvoir d’un État souverain sont, sans doute, possibles, mais ces limitations ne peuvent prendre un caractère de limitation juridique que par le propre vouloir de l’État », G. JELLINEK, *L’État moderne et son droit*. Deuxième partie, *Théorie juridique de l’État*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1913, rééd. Paris, Editions Panthéon-Assas, 2005, coll. « Les introuvables », p. 135 ; « La souveraineté n’est pas le pouvoir sans limite, mais la capacité de se déterminer soi-même exclusivement, c’est par suite la limitation autonome du pouvoir politique, ne connaissant juridiquement aucun lien émanant de pouvoirs étrangers, mais s’en imposant lui-même par l’établissement d’un ordre juridique qui seul permet d’apprécier l’activité de l’État au point de vue juridique. En résumé, la souveraineté, c’est le caractère d’un pouvoir politique en vertu duquel ce pouvoir a la capacité exclusive de se déterminer et de se lier soi-même au point de vue du droit », *ibid.*, p. 135-137. Cette théorie de l’autolimitation de l’État fut difficilement acceptée par la doctrine française en raison de ses présupposés. Elle est notamment critiquée au début du XX^e siècle par Henry Berthélemy, pour qui cette théorie est une expression « barbare » et une doctrine « fragile », « funeste », et « fausse ». Il ajoute : « Imaginer la souveraineté étatique usant de la toute-puissance dont elle dispose pour se démembrer elle-même et pour se soumettre volontairement à l’observation du droit, c’est accepter pour base de toute organisation politique un postulat enfantin, c’est prendre une constatation pour une explication, c’est remplacer le raisonnement scientifique par un mystère ou par un mythe », H. BERTHÉLÉMY, « Le fondement de l’autorité politique », *RDP*, 1915, p. 678.

¹⁸⁸⁶ G. PECES-BARBA, « Droit et pouvoir : le pouvoir et ses limites », *RDP*, n° 5, 1999, p. 1275.

¹⁸⁸⁷ V. notamment, H. ROUSSILLON, P. ESPLUGAS, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 7^e éd, 2011, p. 104.

¹⁸⁸⁸ J. BODIN, *Les Six Livres de la République* [1576], Paris, Fayard, coll. « Corpus des œuvres de philosophie en langue française », 1986, Livre I, p. 179.

qu'à l'égard d'un pouvoir qui ne peut se voir limiter de l'extérieur. Gardien de cette Constitution, le juge constitutionnel dispose quant à lui, en tant qu'organe constitué, d'une compétence fixée par elle, si bien qu'il n'est pas question d'autolimitation, mais seulement de limitation à son égard¹⁸⁸⁹.

422. La rhétorique moderne consiste donc à s'interroger sur les mécanismes susceptibles de limiter les pouvoirs. L'idée d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois est donc née du constitutionnalisme libéral, initialement réfractaire puis favorable à cette idée : entre le XVIII^e et la première moitié du XX^e siècle, ce n'est plus la constitution, mais son juge, qui sera présenté comme le plus apte à permettre le triomphe des valeurs libérales de limitation des pouvoirs et de garantie des libertés individuelles. Toutefois, la garantie des droits ne constituera pas encore l'argument principal de ce constitutionnalisme libéral¹⁸⁹⁰. Ce sera au constitutionnalisme contemporain d'en assurer l'expansion, en renouvelant les thèmes du constitutionnalisme classique. À cet égard, ce n'est qu'à partir de la seconde moitié du XX^e siècle, et singulièrement en France à partir des années 1970, que les droits et libertés seront au centre de la rhétorique constitutionnelle, faisant émerger une nouvelle forme de constitutionnalisme.

§ 2. – La rhétorique contemporaine : l'expansion du constitutionnalisme juridictionnalisé

423. La rhétorique contemporaine, qui complète la rhétorique moderne, consiste en la promotion de ce que nous appellerons le *constitutionnalisme juridictionnalisé*, qui vise à promouvoir la protection juridictionnelle des droits et libertés garantis par la Constitution et se distingue du « néo-constitutionnalisme » (A). Cette doctrine tend à régénérer la garantie des droits comme fondement du constitutionnalisme (B).

¹⁸⁸⁹ On ne voit pas, au reste, ce qui justifierait de considérer que le Conseil constitutionnel pourrait se limiter de sa propre volonté quand le législateur, à qui l'on dénie cette faculté de s'autolimiter, devrait être limité de l'extérieur. Olivier Cayla relève en ce sens la difficulté à concevoir le juge constitutionnel comme « un organe occupant une *position véritablement tierce* par rapport à l'organe parlementaire dont il a la prétention de juger les actes ». Le juge est en effet au même titre que le Parlement « un *organe étatique* », si bien que son contrôle « revient évidemment à un *contrôle que l'État exerce sur lui-même* », O. CAYLA, « Les deux figures du juge », *Le Débat*, n° 74, 1993, p. 158.

¹⁸⁹⁰ À l'exception, peut-être, de Tocqueville. Ainsi que l'a relevé Philippe Pichot-Bravard, « alors que tous ceux qui ont proposé jusque-là l'institution d'un pouvoir conservateur de la constitution entendaient veiller à ce que les pouvoirs constitués respectent le cadre qui leur est assigné par la Constitution, Tocqueville lie conservation de la constitution et garantie effective des droits », P. PICHOT-BRAVARD, *Conservier l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, op. cit., p. 460.

A. Le constitutionnalisme juridictionnalisé : justification terminologique

424. L'apparition du contrôle de constitutionnalité des lois sous la V^e République et son évolution vers une garantie juridictionnelle des droits et libertés contenus dans le Préambule de la Constitution a généré en France une doctrine nouvelle, dont le discours tend à la promotion des droits fondamentaux. Cette doctrine, que nous proposons d'appeler le *constitutionnalisme juridictionnalisé*, prolonge – voire radicalise – le constitutionnalisme libéral. En effet, et aux yeux des promoteurs de ce nouveau constitutionnalisme, la seule limitation des pouvoirs fait figure de rempart inapte à protéger de façon satisfaisante les droits et libertés. Cette forme doctrinale, qui émergea dans les années 1970, se propagera surtout à partir des années 1990, lorsque le discours sur les libertés publiques évoluera en un discours sur les droits fondamentaux¹⁸⁹¹ – à l'image du discours allemand d'où l'expression tire son origine¹⁸⁹². Cette mutation terminologique s'explique par le fait que l'expression de libertés publiques se limite pour une partie de la doctrine à la protection légale des libertés¹⁸⁹³, tandis que la dénomination « droits fondamentaux » aurait été adoptée subséquemment à l'avènement du contrôle de constitutionnalité – mais aussi de conventionnalité – des lois¹⁸⁹⁴. Les libertés publiques caractériseraient ainsi l'État légal quand les droits fondamentaux, ou libertés fondamentales, singulariseraient l'État constitutionnel¹⁸⁹⁵. Aussi Louis Favoreu définit-il les droits

¹⁸⁹¹ « Depuis le début des années 1990, les cours de “libertés publiques” ont été progressivement dénommés “Droit des libertés fondamentales” », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Des “libertés publiques” aux “droits fondamentaux” : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, p. 1 [en ligne]. V. également, A. VIALA, « Droits fondamentaux (Notion) » in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2010, p. 303 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification » in A. LYON-CAEN, P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 11.

¹⁸⁹² A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, op. cit., p. 188.

¹⁸⁹³ « L'appellation de *libertés publiques* n'est, en réalité, compréhensible que si elle est rapportée à un moment particulier de l'histoire de la proclamation et de la protection des droits et libertés. Elle semble correspondre à une époque où la défense des droits et libertés relevait avant tout du législateur et des juges administratif [...] et judiciaire », M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Nemesis, coll. « Droit et justice », 4^e éd., 2012, p. 72.

¹⁸⁹⁴ Véronique Champeil-Desplats formule à cet égard une analyse critique de cette évolution terminologique. Elle admet que les libertés publiques se soient originellement fondées sur une certaine idée de la loi, mais remet en cause la réduction des libertés publiques à cette dernière. La constitutionnalisation des droits et libertés n'exige pas pour l'auteur le passage à la dénomination de « droits fondamentaux », cette dernière étant en réalité désormais utilisée par les constitutionnalistes dans un but de promotion de la justice constitutionnelle et s'avère « en complet décalage avec la terminologie utilisée par des acteurs du droit », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Des “libertés publiques” aux “droits fondamentaux” : effets et enjeux d'un changement de dénomination », art. cité, p. 10-11, note 34 [en ligne].

¹⁸⁹⁵ Ce postulat est formulé sans ambages dans l'introduction du manuel de *Droit des libertés fondamentales*, dont il convient de restituer l'argumentation : « L'enseignement des “libertés publiques” se développe dans un contexte particulier, essentiellement baigné des principes et des concepts de droit administratif, ce qui explique d'ailleurs que la plupart des auteurs de manuels soient des administrativistes. Les “libertés publiques” se situent dans un système légicentriste à un niveau législatif et apparaissent essentiellement comme des concessions ou des limites

fondamentaux comme « *les droits et libertés constitutionnellement protégés* » par les juridictions constitutionnelles¹⁸⁹⁶. Cette assimilation des droits fondamentaux au droit constitutionnel a pu être critiquée en ce qu'elle ne décrit pas fidèlement la réalité du droit positif. Les droits fondamentaux ne sont en effet pas exclusivement constitutionnels : ils existent tant au niveau infra-constitutionnel que supranational¹⁸⁹⁷, singulièrement à travers les droits conventionnels protégés par la Cour européenne des droits de l'homme. Les droits fondamentaux sont en ce sens « une catégorie juridique spécifique qui ne coïncide que partiellement avec la catégorie juridique des droits constitutionnels »¹⁸⁹⁸. Or, en dépit des critiques, il n'en demeure pas moins, ainsi que l'a relevé Eleonora Bottini, que « l'expression même de “droits fondamentaux” apparaît dans la doctrine comme un signe du passage de l'État de droit législatif à l'État de droit constitutionnel »¹⁸⁹⁹. En réalité, le rattachement des droits fondamentaux à la « supra-légalité » poursuit une visée instrumentale : il s'agit d'empêcher leur remise en cause par le pouvoir politique¹⁹⁰⁰, autrement dit d'instituer une « indisponibilité des droits fondamentaux »¹⁹⁰¹. À cette finalité de garantie des droits fondamentaux, s'associe le moyen que le constitutionnalisme juridictionnalisé envisage pour l'atteindre, à savoir le juge.

425. Le *constitutionnalisme juridictionnalisé*, doctrine proprement française, ne doit toutefois à notre sens pas être assimilé au « néo-constitutionnalisme » qui, quoi que très

arrachées à l'administration par leur principal défenseur, le Conseil d'État ». Les droits fondamentaux, quant à eux, « sont reconnus aux personnes physiques et morales par des textes et normes supralégislatifs comme des “permissions” opposables aux prérogatives des trois pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire) et même à celles des institutions supranationales. Et selon ce que décide la Constitution ou les textes supranationaux, les droits fondamentaux peuvent couvrir un champ beaucoup plus vaste que celui des libertés publiques », L. FAVOREU *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 7^e éd., 2015, p. XVII-XVIII.

¹⁸⁹⁶ Il ajoute que la « protection des droits fondamentaux est assurée essentiellement par le contrôle de constitutionnalité », L. FAVOREU, « Rapport général introductif » in *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, Colloque international, Aix-en-Provence, 19-20-21 février 1981, *RIDC*, 1981, p. 271.

¹⁸⁹⁷ Philippe Blachère formule en ce sens une critique de la classification des droits fondamentaux par « l'évocation des sources du droit », en considérant que « l'examen du droit positif français et étranger révèle que si les droits prétendus fondamentaux possèdent bien souvent une valeur constitutionnelle, il n'est pas exclu de trouver des droits dits fondamentaux de valeur infra-constitutionnelle [...] », Ph. BLACHÈRE, « Droits fondamentaux (Classification) » in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 277. De même, Etienne Picard démontre qu'il existe une « fondamentalité supranationale » et une « fondamentalité infraconstitutionnelle », ce qui ne permet pas d'assimiler le fondamental au constitutionnel, E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 10.

¹⁸⁹⁸ Ph. BLACHÈRE, « Droits fondamentaux (Classification) », art. cité, p. 277.

¹⁸⁹⁹ E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016, p. 560.

¹⁹⁰⁰ « Cette valeur supra-légale permet [...] de placer les droits fondamentaux hors de portée de l'exécutif et du législatif. Voilà l'enjeu d'une telle qualification. Peu importe la place de la norme supérieure qui les consacre dans l'ordre juridique. Elle peut être constitutionnelle comme elle peut émaner de traités européens ou internationaux. L'essentiel est que le juge puisse prendre appui sur cette norme pour écarter toute disposition réglementaire ou législative qui empêcherait l'exercice d'un droit fondamental », E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 750.

¹⁹⁰¹ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 105.

similaire, s'en distingue toutefois¹⁹⁰². Certes, le doyen Favoreu, figure emblématique du constitutionnalisme juridictionnalisé, s'est lui-même qualifié de « néo-constitutionnaliste »¹⁹⁰³. Pourtant, cette doctrine se rattache surtout à la culture juridique italienne, au sein de laquelle elle est très ancrée¹⁹⁰⁴, ainsi qu'à certains auteurs emblématiques, comme l'américain Ronald Dworkin, les allemands Jürgen Habermas et Robert Alexy, ainsi que l'argentin Carlos S. Nino¹⁹⁰⁵. La diversité des auteurs et des débats autour de ce courant doctrinal rend néanmoins son identification malaisée, si bien que Riccardo Guastini a pu considérer qu'il ne s'agissait pas à proprement parler d'une nouvelle philosophie du droit mais « d'un conglomerat (aux contours flous) de positions axiologiques et de thèses normatives, parmi lesquelles une thèse proprement théorique et susceptible d'être discutée a du mal à émerger »¹⁹⁰⁶. Certes, de prime abord, la définition qui a pu être proposée du néo-constitutionnalisme invite à l'assimiler au constitutionnalisme juridictionnalisé : il s'agit d'un « ensemble de doctrines post-positivistes qui ont pour signe distinctif l'importance accordée au processus contemporain de constitutionnalisation du droit et au modèle de l'État constitutionnel de droit »¹⁹⁰⁷. Toutefois – outre que cette définition ne fait pas mention du juge – plusieurs auteurs italiens relèvent que le néo-constitutionnalisme s'intéresse habituellement à deux types de problématiques principales : d'une part, les rapports entre droit et morale et, d'autre part, la distinction entre règles et principes¹⁹⁰⁸.

426. Cette doctrine ne semble dès lors pas propre à décrire le mouvement doctrinal français tendant à légitimer le juge par un discours de promotion des droits fondamentaux. À la différence du néo-constitutionnalisme, le lien entre droit et morale est en effet parfaitement négligé par le droit constitutionnel français. Si, dans l'ensemble, la doctrine française se

¹⁹⁰² Nous le distinguons également du « *new constitutionalism* » américain, qui se rattache au « *global constitutionalism* », ou droit constitutionnel global.

¹⁹⁰³ L. FAVOREU, « Propos d'un néo-constitutionnaliste » in J.-L. SEURIN (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, coll. « Politique comparée », 1984, rééd. in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 3.

¹⁹⁰⁴ Le mot « néo-constitutionnalisme » trouve d'ailleurs son origine en Italie, où il est apparu à partir de la fin des années 1990, singulièrement chez Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci et Mauro Barberis, M. BARBERIS, « Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ? », *Revus*, 2015, p. 102 [en ligne]. Les figures de ce courant en Italie sont aujourd'hui Luigi Ferrajoli et Gustavo Zagrebelsky.

¹⁹⁰⁵ V. en ce sens, P. BRUNET, « Remarques critiques sur le constitutionnalisme contemporain » in *Droit et économie, interférences et interactions. Études en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Paris, LexisNexis, 2009, p. 51.

¹⁹⁰⁶ R. GUASTINI, « Sur le néoconstitutionnalisme » in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2013, p. 255.

¹⁹⁰⁷ P. COMANDUCCI, « Contrôle de constitutionnalité et néo-constitutionnalisme » in V. CHAMPEIL-DESPLATS, J.-M. DENQUIN (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme. Retours critiques*, Paris, Mare et Martin, coll. « Néo-Rétro constitutionnalisme », 2018, p. 219.

¹⁹⁰⁸ Mauro Barberis identifie trois « thèses du néoconstitutionnalisme » à savoir : « la connexion droit-morale », « la distinction entre règles et principes » et « la distinction entre application de règles et application de principes », M. BARBERIS, « Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ? », art. cité, p. 109-114 [en ligne].

singularise par un « tabou de la morale »¹⁹⁰⁹ ou revendique, comme en droit fiscal, une nature a-morale¹⁹¹⁰, le droit constitutionnel, sous l'influence manifeste de la pensée de Kelsen¹⁹¹¹, affiche une réserve encore plus marquée que les autres branches du droit, qui ont parfois pu s'intéresser aux rapports du droit et de la morale. Ainsi évidemment en droit pénal¹⁹¹², mais également en droit civil¹⁹¹³, où la faute civile a pu être associée à la morale chrétienne, c'est-à-dire à l'idée de péché¹⁹¹⁴. En droit européen, la morale semble aussi bien imprégner le droit positif de l'Union européenne¹⁹¹⁵ que le droit de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹¹⁶. C'est plus encore le cas en droit international, qui tend depuis la fin de la Seconde guerre mondiale à la promotion de ce qui a pu être qualifié d'« ordre moral international »¹⁹¹⁷. En droit public, le droit administratif s'est depuis longtemps intéressé à cette question, singulièrement en matière de police avec l'extension juridictionnelle de la notion d'ordre

¹⁹⁰⁹ D. FENOUILLET, « Propos introductifs » in D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *Droit et morale. Aspects contemporains*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2011, p. 10. Rares sont en effet les études relatives à la prise en compte de la morale par le droit. V. néanmoins, J. KRYNEN (dir.), *Le droit saisi par la morale*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Les Travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », 2005 ; D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *Droit et morale. Aspects contemporains*, *op. cit.* Pour un point de vue sociologique, v. J. PIAGET, « Les relations entre la morale et le droit » in J. PIAGET, *Études sociologiques*, Genève, Librairie Droz, coll. « Travaux de droit, d'économie, de sociologie et de sciences politiques », 1977, p. 172.

¹⁹¹⁰ « L'a-moralisme » du droit fiscal se manifeste dans la détermination de l'assiette de l'impôt, dans la mesure où les profits tirés d'activités illicites (drogue, prostitution, etc.) sont intégrés aux revenus imposables, O. FOUQUET, « L'a-moralisme du droit fiscal », *Revue administrative*, n° 313, 2000, p. 46.

¹⁹¹¹ V. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, trad. C. EISENMANN, rééd. Bruylant – LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, p. 65-76.

¹⁹¹² V. MALABAT, « Morale et droit pénal » in D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir.), *Droit et morale. Aspects contemporains*, *op. cit.*, p. 219. L'auteur considère toutefois que « si le droit pénal est sans doute la discipline juridique la plus proche de la morale tant par les interdits qu'il impose que par le jugement de valeur qu'il implique sur le comportement du coupable, le droit pénal n'est pas réductible ni assimilable à la morale pour la simple raison qu'il est une discipline juridique, qu'il ne se préoccupe donc pas de la conscience morale des individus et que son jugement doit s'arrêter à leur comportement objectif ou social ».

¹⁹¹³ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles* [1949], rééd. Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2013 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 10^e éd., 2014, p. 94-103.

¹⁹¹⁴ P. ESMEIN, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *RTD civ.*, 1949, p. 482.

¹⁹¹⁵ J.-F. COUZINET, J. MOLINIER, M. MANKOU, « Les valeurs fondamentales dans le droit et l'action de l'Union européenne » in J. KRYNEN (dir.), *Le droit saisi par la morale*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁹¹⁶ E. BIRDEN, *La limitation des droits de l'homme au nom de la morale. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Collection des Thèses », 2015.

¹⁹¹⁷ G. PUPPINCK, *Les droits de l'homme dénaturé*, Paris, Cerf, 2018, p. 15-24. La morale en droit international occupe en réalité une place particulière bien avant le XX^e siècle. Voir par exemple l'étude de Michel Villey relative aux rapports du droit et de la morale chez Grotius, où l'auteur démontre la transformation de la morale internationale au droit international ; droit imprégné chez Grotius, protestant calviniste, de « morale stoïcienne », c'est-à-dire une morale « qui a pour caractère spécifique de se proposer pour seule fin la vertu de l'individu, la valeur de l'individu », M. VILLEY, « Morale et droit (Sur un texte de Grotius) » in *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1969, p. 107-120.

public, qui a pu déplacer le débat vers la « moralité publique »¹⁹¹⁸, voire « l'ordre moral »¹⁹¹⁹. Les réflexions autour de l'extension de l'ordre public à la dignité humaine n'ont d'ailleurs pas manqué de susciter des question sur les rapports du droit et de la morale¹⁹²⁰. En revanche, en dépit d'études relatives à la « moralisation de la vie politique »¹⁹²¹ et, plus largement, à la déontologie¹⁹²², forme de « *morale publique* »¹⁹²³, la morale n'intéresse pas le savoir constitutionnel.

427. Ce qui, toutefois, permet d'apparenter le néo-constitutionnalisme au constitutionnalisme juridictionnalisé est la promotion des valeurs. En ce sens, Pierre Brunet considère que le néo-constitutionnalisme se représente « la constitution comme norme axiologique »¹⁹²⁴. C'est une « *théorie* du droit de l'État constitutionnel, qui en tant que telle pourrait être tout à fait semblable à celle fournie par le positivisme méthodologique, mais qui aboutit au contraire à violer le principe de la neutralité axiologique (*Wertfreiheit*) – cœur de la *méthodologie* positiviste –, et risque toujours de se précipiter dans une *idéologie* favorable à toute constitution en tant que telle »¹⁹²⁵. Comme le constitutionnalisme juridictionnalisé,

¹⁹¹⁸ N. ACH, « Police et morale » in C. VAUTROT-SCHWARZ (dir.), *La police administrative*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2014, p. 99 ; M.-O. PEYROUX-SISSOKO, *L'ordre public immatériel en droit public français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2018.

¹⁹¹⁹ G. LEBRETON, « Le juge administratif face à l'ordre moral » in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 363 et « Ordre public, ordre moral et lancer de nain », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 177 ; B. BONNET, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Paris, Éditions Cujas, « Collections Actes & Études », 2013, p. 117.

¹⁹²⁰ J-P THÉRON, « Dignité et libertés. Propos sur une jurisprudence contestable » in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 295 ; H. MOUTOUH, « La dignité de l'homme en droit », *RDP*, 1999, p. 159 ; B. JORION, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP*, 1999, p. 197 ; M.-L. PAVIA, T. REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999 ; P. MARTENS, « Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte » in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 562 ; C. GIRARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 2005 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Dignité de la personne humaine : peut-on parler d'une exception française ? », *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, PUAM, 2013, p. 173 ; J.-B. D'ONORIO (dir.), *La dignité au regard du droit*, Paris, Pierre Téqui, « Collection de la Confédération des juristes catholiques de France », 2015.

¹⁹²¹ Ph. BLACHÈR, « Moraliser la politique par la loi ? Observations sur les lois "confiance dans la vie politique" », *RDP*, 2018, p. 339.

¹⁹²² Ph. BLACHÈR (dir.), *Déontologie et droit public*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014 ; Ph. BLACHÈR, J.-E. GICQUEL (dir.), *Les grands textes de la déontologie de la vie publique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017.

¹⁹²³ Ph. BLACHÈR, « Moraliser la politique par la loi ? Observations sur les lois "confiance dans la vie politique" », art. cité, p. 340.

¹⁹²⁴ Autrement dit, « la constitution a une valeur en soi », P. BRUNET, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit » in S. HENNETTE-VAUCHEZ, J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », 2011, p. 260-265.

¹⁹²⁵ M. BARBERIS, « Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ? », art. cité, p. 107 [en ligne]. Dans le même sens, Véronique Champeil-Desplats définit le néo-constitutionnalisme comme un modèle de « diffusion des valeurs dont sont porteurs les droits et libertés constitutionnels au sein de l'ordre juridique », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », art. cité, p. 16 [en ligne].

l'absence de neutralité axiologique est donc au cœur du projet néo-constitutionnaliste¹⁹²⁶. Dans une étude sur l'évolution du constitutionnalisme, Mauro Barberis décrit ainsi le néo-constitutionnalisme comme le passage de la « constitution comme norme » à la « constitution comme valeur »¹⁹²⁷. Ces valeurs, qui sont contenues dans les préambules et déclarations des droits, s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics. Cette « constitution comme valeur », que promet également le constitutionnalisme juridictionnalisé, nous paraît pouvoir se rattacher à la « notion idéale de constitution » décrite par Schmitt, qui correspondrait à la mise en œuvre du « programme politique » de l'État¹⁹²⁸. Il montre ainsi que dans un État libéral, la constitution idéale est celle qui admet la « reconnaissance des droits fondamentaux, la séparation des pouvoirs » et « un minimum de participation du peuple au pouvoir législatif par l'intermédiaire d'une représentation populaire »¹⁹²⁹. Plus spécifiquement, la constitution idéale de l'État de droit est celle par laquelle sont assurées la limitation du pouvoir de l'État et la protection des droits¹⁹³⁰. Une telle acception de la constitution est nécessairement axiologiquement déterminée, car sa fonction est de promouvoir les valeurs sur lesquelles l'État se fonde¹⁹³¹. Aussi l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui énonce que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution » conduit-il à considérer qu'un État n'a de Constitution que si elle tend à la promotion de valeurs libérales¹⁹³².

428. En réalité, donc, le constitutionnalisme juridictionnalisé assure la même promotion des valeurs que le néo-constitutionnalisme. Toutefois, à rebours de ce dernier, la dimension

¹⁹²⁶ Eleonora Bottini résume les différentes thèses afférentes au néo-constitutionnalisme par deux « macro-thèses ». La première consiste à rapporter le néo-constitutionnalisme à « une *théorie du droit* qui prend en compte les valeurs comme contenu du droit ». La seconde se caractérise par une « *théorie de l'interprétation* » érigeant les principes en fondement de la rationalité juridique, E. BOTTINI, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, op. cit., p. 493-494.

¹⁹²⁷ M. BARBERIS, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », art. cité, p. 135.

¹⁹²⁸ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 167 sqq.

¹⁹²⁹ *Ibid.*, p. 169.

¹⁹³⁰ *Ibid.*, p. 172.

¹⁹³¹ Pierre Brunet pose ainsi la question suivante : « les droits sont-ils fondamentaux parce que constitutionnalisés ou constitutionnalisés parce que fondamentaux ? ». Si les droits sont fondamentaux parce que constitutionnalisés, alors « le présupposé est [...] clairement positiviste » : un droit est fondamental parce qu'il est inscrit dans la Constitution ou parce que le juge considère que ce droit est fondamental. Dans l'autre cas, cela signifie qu'il existe des droits « par nature fondamentaux », ce qui fait appel aux thèses de droit naturel. Mais l'auteur mentionne l'existence d'une troisième conception, celle du « néoconstitutionnalisme », qui se détache de la thèse jusnaturaliste, P. BRUNET, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », art. cité, p. 258.

¹⁹³² Cette idée se rattache d'ailleurs assez bien à la pensée de Benjamin Constant, pour qui « le bonheur des sociétés et la sécurité des individus reposent sur certains principes positifs et immuables », qui sont « vrais dans tous les climats, sous toutes les latitudes » et ne « peuvent jamais varier, quelle que soit l'étendue d'un pays, sa croyance et ses usages » et qui doivent être garantis par la Constitution, B. CONSTANT, *Réflexions sur les constitutions, La distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, H. Nicolle, 1814, p. 159-160.

axiologique de la Constitution n'est pas proprement assumée par la doctrine constitutionnaliste française, marquée par une *prétention* à l'objectivité du savoir – la « neutralité axiologique » – associée à un « relativisme des valeurs » hérité de Weber¹⁹³³. *Le discours de promotion des valeurs se dissimule en effet derrière une conception formaliste du droit*, soumettant la validité du droit au respect de la norme constitutionnelle¹⁹³⁴. Cette conception formaliste du droit s'illustre de façon éclatante par le débat sur la nature des droits fondamentaux. La doctrine semble en effet difficilement s'entendre sur ce qu'est un droit fondamental et emploie cette expression dans « une cacophonie souvent décourageante »¹⁹³⁵. Il existe schématiquement deux conceptions des droits fondamentaux, pouvant se résumer de la façon suivante : soit leur valeur constitutionnelle rend ces droits fondamentaux, soit c'est leur *fondamentalité* qui explique qu'ils soient érigés au niveau constitutionnel¹⁹³⁶. La doctrine parle ainsi d'une « *conception substantielle* » et d'une « *conception formelle* » des droits fondamentaux¹⁹³⁷. La première, assez isolée de la doctrine majoritaire – elle est surtout défendue par Étienne Picard¹⁹³⁸ – est une « *conception essentialiste* des droits fondamentaux. Ici, la *fondamentalité* est appréhendée comme une propriété constitutive des droits fondamentaux »¹⁹³⁹. La seconde conception, dite formelle, est notamment promue par le doyen Favoreu. On retrouve ainsi dans le manuel aixois de droit constitutionnel l'affirmation selon laquelle « les droits et libertés fondamentaux désignent [...] simplement les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales. Ni plus ni moins »¹⁹⁴⁰. La *fondamentalité* ne tient dès lors pas à la valeur – morale, philosophique ou politique – particulière d'un droit ou d'une liberté dans l'ordre juridique, mais à sa place dans la hiérarchie des normes et à la garantie

¹⁹³³ Mais également de Jellinek et Kelsen. V. en ce sens, L. HEUSCHLING, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus Politicum*, n° 8, 2012 [en ligne]. p. 6 [en ligne].

¹⁹³⁴ Comme l'analyse Christophe Grzegorzczuk, à la suite de Kelsen, l'une des démarches des juristes « confrontés à la théorie des valeurs » est « d'essayer de contourner la difficulté, en enfermant les valeurs à l'intérieur du système normatif, à en faire des valeurs infra-juridiques dérivées des normes et subordonnées à celles-ci », C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1982, p. 27.

¹⁹³⁵ A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) » in D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, op. cit., p. 288.

¹⁹³⁶ S. ETOA, *Le passage des libertés publiques aux droits fondamentaux. Analyse des discours juridiques français*, Thèse dactyl., Caen, 2010, p. 12-13.

¹⁹³⁷ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, op. cit., p. 102-115.

¹⁹³⁸ V. son article de référence, E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », art. cité, p. 6.

¹⁹³⁹ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, op. cit., p. 108. Cette vision est notamment critiquée par Alexandre Viala, qui dénonce le caractère inévitablement subjectif de la *fondamentalité* : celle-ci ne sera en effet non seulement pas appréhendée de la même manière selon les juges ou les auteurs, mais est au surplus imprégné de « relativisme culturel », A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », art. cité, p. 295.

¹⁹⁴⁰ L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 22^e éd., 2020, p. 938.

juridictionnelle dont ce droit ou cette liberté dispose¹⁹⁴¹. Cette conception *affiche* une « phobie juridique des valeurs »¹⁹⁴² ; posture propre à la doctrine française. Or, cette « démarche volontariste » et ce « décisionnisme judiciaire » ont pour effet de « banaliser la fundamentalité » car, à travers le procédé de la conciliation des droits et libertés par le juge, « aucun droit fondamental ne dispose à lui seul du privilège de prévaloir systématiquement sur tous les autres »¹⁹⁴³.

429. Dans le cadre spécifique du constitutionnalisme juridictionnalisé, il s'agit de protéger les droits fondamentaux, non parce qu'ils sont porteurs de certaines valeurs fondamentales, mais parce qu'ils sont consacrés par la constitution ; constitution qui devient alors elle-même une valeur¹⁹⁴⁴. Mais cette vision reste teintée de positivisme¹⁹⁴⁵, en particulier de formalisme. Dissimulées, ces valeurs, qui ne reposent pas sur des finalités de justice ou de raison – présupposés téléologiques propres au droit naturel¹⁹⁴⁶ –, conduisent cette doctrine à servir un projet axiologiquement indéterminé. Cette indétermination résulte du « polythéisme des valeurs » wébérien¹⁹⁴⁷, qui aboutit désormais à « une désertion des valeurs imputables à la montée en puissance de l'individualisme au nom duquel chaque membre de la société peut légitimement revendiquer le droit de vivre selon son propre système de valeurs »¹⁹⁴⁸. Le juge

¹⁹⁴¹ Philippe Ardant et Bertrand Mathieu adoptent une position similaire : « Les droits fondamentaux sont, en principe, ceux qui sont inscrits dans un texte constitutionnel ou un texte international dont l'objet est de dresser la liste de ces droits. Ces principes sont ainsi protégés en vertu d'une norme juridique supérieure, en fonction de la place qu'occupe cette norme dans la hiérarchie des normes juridique et des instruments de protection, notamment juridictionnels, dont est assortie cette norme. En ce sens, la fundamentalité d'un droit n'est pas nécessairement liée à la fundamentalité que représente ce droit dans un système de valeurs », P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 29^e éd., 2017, p. 143.

¹⁹⁴² E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », art. cité, p. 36.

¹⁹⁴³ A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », art. cité, p. 295-296.

¹⁹⁴⁴ Comme dans la pensée néoconstitutionnaliste, « la Constitution est désormais une norme supérieure à la loi non pas seulement d'un point de vue juridique, mais aussi d'un point de vue axiologique », P. BRUNET, « Remarques critiques sur le constitutionnalisme contemporain », art. cité, p. 51.

¹⁹⁴⁵ En effet, selon cette conception formelle, « c'est le droit objectif – la Constitution – qui donne leur valeur aux choses et donc aux droits ; on admet que le droit est un système normatif autonome et indépendant des autres systèmes de normes ; le présupposé est donc clairement positiviste », P. BRUNET, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », art. cité, p. 258.

¹⁹⁴⁶ V. en ce sens, H. RABAULT, « Droit et axiologie : la question de la place des "valeurs" dans le système juridique », VIII^e Congrès français de droit constitutionnel, Nancy, 2011, [en ligne].

¹⁹⁴⁷ Cette expression wébérienne tend à exprimer « la dispersion de l'opinion en un pluralisme des valeurs, chacune revendiquant une légitimité concurrente de celle des autres, dans le contexte d'un antagonisme généralisé qui peut donner lieu à une rivalité intellectuelle ou à un combat belliqueux. La communauté de la foi s'étant détériorée, la prétention à la légitimité de chaque valeur ne peut se fonder que sur une conviction subjective », J. FREUND, « Le Polythéisme chez Max Weber », *Archives de sciences sociales des religions*, n^o 61, 1986, p. 55.

¹⁹⁴⁸ A. VIALA, « Valeurs et principes (Distinction) » in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2008, p. 973. Aussi, « à défaut de s'inscrire dans cette antique perspective finaliste dont la vocation était de permettre à ses membres d'atteindre collectivement l'idéal du bien commun auquel plus personne n'accorde aujourd'hui la même définition, elle adopte aujourd'hui une démarche tendant à garantir à chacun la défense de ses droits individuels », *Ibid.*, p. 974. C'est ce relativisme qui conduit notamment le *Précis* aixois à rejeter les valeurs de l'étude du droit : « En définitive, chacun est libre d'établir sa propre liste des droits fondamentaux en relation avec sa propre conception des valeurs fondamentales. Mais ce ne

est alors appelé à opérer une conciliation entre différents principes constitutionnels d'égal niveau. Vaine serait alors l'ambition de hiérarchiser les valeurs si tout droit qualifié de fondamental peut se voir concilié avec un autre¹⁹⁴⁹. En effet, « dès l'instant où presque tous les droits sont qualifiés de fondamentaux, il devient impossible de tous les considérer comme intangibles »¹⁹⁵⁰. Il en résulte que *la doctrine constitutionnaliste se livre à une étonnante acrobatie intellectuelle, l'axiologie des droits fondamentaux se déguisant derrière un discours formaliste de protection de la constitution normative*¹⁹⁵¹. Parce que « les valeurs constitutionnalisées ont un caractère normatif »¹⁹⁵², l'axiologie constitutionnaliste se focalise sur la garantie juridictionnelle des droits et libertés¹⁹⁵³.

B. La garantie juridictionnelle des droits et libertés au fondement du constitutionnalisme juridictionnalisé

430. Le constitutionnalisme juridictionnalisé se caractérise par un discours présentant le contrôle juridictionnel des lois comme seul à même d'assurer la protection des droits et libertés des individus ; protection elle-même présentée comme finalité du constitutionnalisme contemporain¹⁹⁵⁴. Il excède ainsi le cadre constitutionnaliste de limitation du pouvoir pour aboutir à une garantie effective des droits et libertés fondamentaux ; droits et libertés désormais érigés en valeurs ultimes du droit constitutionnel. Au constitutionnalisme libéral qui prescrivait une interdiction d'agir contrairement au droit, de ne pas outrepasser les compétences que la

peut être la démarche d du juriste car au concept tel qu'il est consacré en droit comparé, correspond désormais une série de traits et un régime uniquement concevables dans un cadre constitutionnel ou international (européen) », L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 940.

¹⁹⁴⁹ « On ne peut [...] pas dire a priori qu'il existe une hiérarchie entre les principes constitutionnels. Seule la conciliation est possible, faite par le juge constitutionnel ». Or, ajoute Guillaume Drago, « dans le raisonnement du juge constitutionnel, la conciliation entre principes constitutionnels s'opère en faisant varier le *degré de protection* d'une norme constitutionnelle selon les espèces auxquelles cette norme s'applique. [...] Mais la différence dans le degré de protection ne conduit pas à l'établissement d'une hiérarchie, ni matérielle, ni formelle. Les droits et libertés ont toujours la même valeur », G. DRAGO, « La conciliation entre principes constitutionnels », *Recueil Dalloz*, 1991, p. 265.

¹⁹⁵⁰ A. VIALA, « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », art. cité, p. 296.

¹⁹⁵¹ La position formaliste et la position axiologique sont pourtant, au départ, opposées, ce que souligne Alexandre Viala lorsqu'il affirme que la prise en compte « des valeurs pour définir le droit [...] ressort de tout discours aux accents substantialistes que tiennent, sous la bannière des droits de l'homme, ceux que ne saurait satisfaire une approche formaliste du phénomène juridique dont le défaut serait, aux yeux de ces derniers, de rattacher la validité des normes au seul critère de la compétence quitte à faire passer le plus cruel des régimes despotiques pour un ordre juridique comme les autres », A. VIALA, « Valeurs et principes (Distinction) », art. cité, p. 971.

¹⁹⁵² S. PIERRÉ-CAPS, « La Constitution comme ordre de valeurs » in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 287.

¹⁹⁵³ Autrement dit sur « la Constitution matérielle, tout entière confondue avec le système des droits et libertés », *ibid.*, p. 292.

¹⁹⁵⁴ Les droits et libertés fondamentaux constituent en effet « un nouveau paradigme d'analyse du droit, en particulier du droit constitutionnel », B. DAUGERON, « De la démocratie aux droits fondamentaux : transition ou substitution ? », *Politeia*, n° 30, 2016, p. 231.

constitution délimite, le constitutionnalisme juridictionnalisé oppose une obligation d’agir pour assurer efficacement la protection des droits et libertés. Depuis l’incorporation du Préambule de la Constitution dans les normes de référence de son contrôle, le juge constitutionnel se présente comme le gardien des droits de l’homme contre la volonté potentiellement dangereuse des représentants élus – ce qui explique la dimension tout à la fois axiologique et formaliste de ce discours sur le juge. Dépassant le seul cadre de l’État de droit, la rhétorique contemporaine présente le juge constitutionnel comme le garant de l’État juridictionnel, c’est-à-dire un État qui tend, par le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, à la fois à prémunir les citoyens des atteintes portées par le pouvoir à leurs droits et à conférer aux individus de nouveaux droits¹⁹⁵⁵. Aussi le passage de la constitution-norme à la constitution-axiologique est-il déterminant dans la promotion du phénomène doctrinal de juridictionnalisation. Le constitutionnalisme juridictionnalisé ne peut toutefois être considéré comme une doctrine proprement nouvelle, les droits de l’homme étant associés au libéralisme¹⁹⁵⁶. En effet, « la garantie des droits n’est ni une préoccupation récente liée à la justice constitutionnelle, ni même une invention de la Révolution. Elle est à l’origine même de la théorie moderne de l’État »¹⁹⁵⁷. Si la pensée de la garantie des droits n’est pas nouvelle, la nouveauté réside cependant dans les moyens pensés pour la mettre en œuvre. Plus exactement, dans les moyens pensés en tant que *seuls* moyens de garantie. Il en résulte une réduction du « droit des libertés publiques au droit de la *protection* des libertés publiques »¹⁹⁵⁸.

431. Dans son manuel de *Droit constitutionnel*, Elisabeth Zoller symbolise cette doctrine du constitutionnalisme juridictionnalisé. À propos de la constitution normative, l’auteur affirme en effet que « le contenu d’une constitution normative n’est pas indéterminé. La constitution normative est la constitution de la liberté ». Ainsi, cette constitution « n’a pu naître à la vie juridique qu’avec l’avènement de la philosophie politique moderne et l’affirmation des droits de l’homme »¹⁹⁵⁹. Il faut toutefois reconnaître que, dans l’ensemble,

¹⁹⁵⁵ Sur l’État juridictionnel, v. notamment *supra*, § 218-220.

¹⁹⁵⁶ Les droits de l’homme sont du reste « Dans l’esprit de nombre de nos contemporains, mais surtout chez les philosophes anglais ou américains, le libéralisme politique s’identifie en grande partie aux droits de l’homme, dont la protection a été institutionnalisée par le juge constitutionnel, voire le juge judiciaire (comme dans l’exception d’inconstitutionnalité), et en France par le recours au juge administratif (les “principes généraux du droit”) », L. JAUME, *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, *op. cit.*, p. 313.

¹⁹⁵⁷ P. PASQUINO, « Le contrôle de constitutionnalité : généalogie et morphologie », *CCC*, n° 28, 2010 [en ligne].

¹⁹⁵⁸ O. BEAUD, « Remarques introductives sur l’absence d’une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. Ouverture d’un colloque de l’Institut Villey », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, p. 2-3 [en ligne]. Véronique Champeil-Desplats évoque en ce sens un « processus d’axiologisation des ordres juridiques étatiques » pour signifier la place prépondérante prise par les droits et libertés constitutionnels, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie générale de l’État est aussi une théorie des libertés fondamentales », art. cité, p. 14 [en ligne].

¹⁹⁵⁹ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 1999, p. 33.

cette dimension axiologique est peu perceptible. L'examen des manuels de droit constitutionnel permet en effet difficilement d'identifier un discours de promotion des droits et libertés comme *valeur*, tandis que la dimension formaliste est franchement assumée. Elle se laisse percevoir toutefois de façon sous-jacente, parfois timidement, derrière l'affirmation selon laquelle les droits et libertés figurent parmi les fondements du droit constitutionnel¹⁹⁶⁰ et que la liberté est la « signification du droit constitutionnel »¹⁹⁶¹. Elle joue également en sourdine derrière le propos selon lequel « le droit n'est plus seulement légitime parce qu'il exprime la volonté du peuple qui s'est majoritairement exprimée dans l'acte constituant, mais aussi parce qu'il est conforme aux buts et aux principes fixés dans la Constitution »¹⁹⁶², ou encore que « les droits fondamentaux sont devenus plus qu'un ensemble de règles fixées par la Constitution, ils incarnent l'un des fondements sur lesquels doit se construire et s'appuyer le pouvoir »¹⁹⁶³. Elle peut en revanche se laisser apercevoir de façon plus franche derrière l'association de l'instrument étatique à la promotion d'une « philosophie humaniste et libérale plaçant au premier plan la dignité et le mieux-être de la personne »¹⁹⁶⁴. Elle peut aussi être formulée sans ambages, par un exposé sur « les valeurs de la République »¹⁹⁶⁵. Elle peut enfin, de façon très isolée, être critiquée¹⁹⁶⁶, ou relativisée¹⁹⁶⁷.

432. Deux auteurs, le doyen Favoreu et Dominique Rousseau, formulent des thèses relevant explicitement de ce constitutionnalisme juridictionnalisé ; thèses qui ne doivent toutefois pas être assimilées. Le discours du doyen Favoreu consiste à partir de la constitution normative pour aboutir à la constitution comme instrument de protection des droits et libertés,

¹⁹⁶⁰ J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Précis Domat droit public », 33^e éd., 2019, p. 109 *sqq.*

¹⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 40 *sqq.*

¹⁹⁶² M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 2015, p. 40-41.

¹⁹⁶³ P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 141.

¹⁹⁶⁴ « S'il est nécessaire, que les titulaires du pouvoir politique voient leur liberté d'action encadrée et parfois verrouillée par un réseau de normes hiérarchisées sous le contrôle de l'autorité juridictionnelle, cela ne saurait être considéré comme suffisant pour la mise en œuvre d'un véritable État de droit. Celui-ci implique que le tissu normatif soit inspiré par une philosophie humaniste et libérale plaçant au premier plan la dignité et le mieux-être de la personne ». Dès lors, « l'État n'est pas une fin en soi mais un instrument au service du bien commun », si bien que « tout État démocratique et pluraliste doit nécessairement avoir pour support un corps de principes fondamentaux affirmant les libertés et les droits des citoyens », F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, P. PACTET, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Sirey Université », 37^e éd., 2019, p. 124.

¹⁹⁶⁵ V. CONSTANTINESCO, S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 7^e éd., 2016, p. 496-516.

¹⁹⁶⁶ C'est le cas d'Anne-Marie le Pourhiet, qui critique l'évolution vers ce constitutionnalisme juridictionnalisé en fustigeant un « nouveau catéchisme moralisateur », A.-M LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Corpus Droit public », 9^e éd., 2018, p. 17.

¹⁹⁶⁷ Ainsi de Francis Hamon et Michel Troper, qui soulignent ce relativisme des valeurs constitutionnelles en affirmant que « ceux qui rédigent les constitutions appartiennent à des forces politiques qui se réclament de conceptions différentes de la liberté, des droits fondamentaux à préserver ou de la démocratie », F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Manuel », 40^e éd., 2019, p. 61.

permise par la décision *Liberté d'association*. La constitution est alors présentée comme une norme obligatoire qui tend à la fois à limiter le pouvoir législatif et à protéger les droits fondamentaux. En effet, la constitutionnalité a pour fonction d'« être la source des sources et le véhicule des valeurs essentielles ou fondamentales »¹⁹⁶⁸. Cette amphibologie n'est pas sans susciter des difficultés, puisqu'elle procède à une association singulière du positivisme et d'une promotion des valeurs : la norme – la constitution – est le moyen, et les valeurs – les droits et libertés – correspondent aux fins. Le second discours, plus radical, est formulé par Dominique Rousseau. Pour lui, la constitution a *surtout* pour mission la protection des droits, puisqu'elle se définit comme la « Charte jurisprudentielle des droits et libertés »¹⁹⁶⁹. Or, cette « Charte » se fonde sur « la garantie des *droits* des gouvernés, l'officialisation d'une idée de *droit*, la création d'un espace ouvert à la *reconnaissance indéfinie de droits et libertés* »¹⁹⁷⁰. Évoquant une « résurrection » de la notion de constitution, il considère que celle-ci ne correspondrait plus à « la définition des rapports entre les institutions » mais à « la définition des rapports entre les citoyens et l'État »¹⁹⁷¹. Le Conseil constitutionnel serait ainsi pour les droits et libertés « à la fois et dans le même temps l'instrument de leur promotion constitutionnelle et de leur protection »¹⁹⁷². La justice constitutionnelle marquerait donc le « passage de la Constitution-séparation des pouvoirs à la Constitution-garantie des droits »¹⁹⁷³. Cette dernière rompt avec la « chose commune » car elle « a pour projet la *société des individus* »¹⁹⁷⁴.

¹⁹⁶⁸ L. FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », *CCC*, n° 3, 1997, p. 77.

¹⁹⁶⁹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ – Lextenso éditions, coll. « Domat Droit public », 10^e éd, 2013, p. 447 ; D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDJ*, 1990, p. 6.

¹⁹⁷⁰ *Ibid.*. Nous soulignons.

¹⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 8.

¹⁹⁷² *Ibid.*, p. 9.

¹⁹⁷³ D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, p. 366.

¹⁹⁷⁴ D. ROUSSEAU, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008, [en ligne]. Nous soulignons. Ce discours a néanmoins été contesté par la doctrine purement positiviste. Aussi le doyen Vedel considère-t-il que la justice constitutionnelle ne se réduit pas à la seule protection des droits de l'homme, puisque sa mission consiste à contrôler le respect de l'ensemble des dispositions constitutionnelles, G. VEDEL, « Préface » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. XIII. Dans le même sens, Michel Troper souligne que cette forme de justification ne peut s'appliquer à l'ensemble du contrôle de constitutionnalité des lois, dans la mesure où certaines dispositions ne relèvent pas du domaine des droits et libertés, M. TROPER, « Quelques remarques à propos de l'analyse de Dominique Rousseau » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 377. Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois n'a d'ailleurs pas toujours été considéré par les auteurs positivistes comme le moyen par excellence de garantir la protection des droits. Ainsi selon Véronique Champeil-Desplats : « Entre ceux qui, au nom d'une démocratie substantielle ou continue ont la protection des droits et libertés pour horizon ultime et défendent la nécessité du contrôle de constitutionnalité et ceux qui, à l'inverse, au nom d'une conception électorale de la démocratie laissent à la majorité élue le dernier mot et le pourfendent, N. Bobbio semble, en creux, s'inscrire dans une position intermédiaire. Le contrôle de constitutionnalité n'apparaît dans ses écrits ni comme un élément nécessaire à la démocratie, ni comme un élément anti-démocratique », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Démocratie, droits de l'homme et contrôle de constitutionnalité

Assurément, la mise en place du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité donne sens à la conception de Dominique Rousseau. En instaurant un mécanisme de contrôle des lois promulguées vis-à-vis des dispositions intéressant les « droits et libertés que la Constitution garantit », le Conseil constitutionnel devient, pour une part considérable de son contentieux, le gardien de la constitution axiologiquement déterminée. Plus encore, en restreignant la possibilité d'invoquer la non-conformité d'une loi promulguée aux *seules* dispositions intéressant les droits et libertés, ce mécanisme tend à assurer de façon plus caractérisée qu'auparavant la promotion de la *constitution jurisprudentielle*¹⁹⁷⁵, source privilégiée du droit constitutionnel.

433. Les fondements du constitutionnalisme classique étant ainsi à la fois régénérés et repensés, la doctrine devra surmonter les théories de justification du pouvoir avec lesquelles le juge constitutionnel entre en rude concurrence.

chez Norberto Bobbio » in C.-M. HERRERA, S. PINON (dir.), *La démocratie entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, Paris, Éditions Kimé, coll. « Nomos & normes », 2012, p. 26.

¹⁹⁷⁵ V. *supra*, § 224 *sqq.*

SECTION 2

LA NEUTRALISATION DE LA NATURE CONCURRENTIELLE DE LA FONCTION DU JUGE CONSTITUTIONNEL

434. La permanence de la controverse relative à la légitimité du juge se nourrit de la contradiction au sein de laquelle le contrôle juridictionnel des lois est enfermé : s'il bouleverse les *fondements* du constitutionnalisme classique – la souveraineté, la représentation –, il est en même temps l'instrument de réalisation de sa *finalité* : la limitation du pouvoir et la garantie des droits. De cela, il découle que la fonction du juge constitutionnel heurte sans désespérer.

435. La singularité de la controverse relative à la fonction du juge sera dès lors appréhendée au travers d'un double obstacle épistémologique que la doctrine tente de surmonter. Sa nature intrinsèquement concurrentielle tient d'abord à ce qu'elle perturbe la théorie classique de la représentation. Consubstantiellement liée, par la fortune de la conception fonctionnelle, à la fonction législative qu'elle justifie, la théorie de la représentation paralysera la réflexion sur la juridictionnalisation du droit constitutionnel. Ce ne sera qu'en juridictionnalisant la fonction de représentant, qui exprime une volonté constitutionnelle, que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation pourra s'épanouir. La difficulté tiendra alors à l'entremêlement de ces deux conceptions de la représentation (§1).

436. Cette nature concurrentielle procède ensuite de sa confrontation à la souveraineté du peuple, que le juge percute brutalement. Si la déconnexion de la souveraineté et de la représentation permet de remédier à cette confrontation, elle n'est toutefois pas sans soulever de singulières difficultés théoriques quant à l'identification du souverain, assimilé au peuple constitué. Cette déconnexion incitera ainsi une partie de la doctrine à juridictionnaliser la souveraineté du peuple (§2).

§ 1. – Le contrôle juridictionnel des lois comme perturbation de la théorie classique de la représentation

437. Originellement, le principe représentatif est inséparable du pouvoir législatif, qu'il a vocation à promouvoir et, surtout, à légitimer. Le contrôle juridictionnel des lois sera ainsi rejeté aussi longtemps que la représentation sera présentée comme la référence paradigmatique de l'exercice du pouvoir (A). Par suite, l'apparition du juge en droit constitutionnel renversera

la perspective du problème : le juge, initialement pensé *contre* la représentation, sera finalement appréhendé comme le représentant d'une volonté constitutionnelle (B).

A. La théorie classique de la représentation au service du pouvoir législatif

438. À l'aube du constitutionnalisme, la préoccupation dominante résidait dans la question du fondement du pouvoir. C'est ainsi que furent élaborées différentes « théories ou doctrines de la représentation » dont le but était de « légitimer le pouvoir qui se met en place »¹⁹⁷⁶. À cet égard, la théorie de la représentation invite dès l'abord à une interrogation d'apparence par trop candide : qui est le représentant ? Admettre le principe représentatif suppose en effet d'identifier à quel organe constitutionnel est confiée la fonction de « vouloir pour la Nation »¹⁹⁷⁷. Or, cette question pose en réalité celle de l'objet de la représentation : pour répondre à la question de savoir qui est représentant, il faut d'abord se demander « qu'est-ce que représenter ». Faut-il, au reste, confier la représentation à un ou plusieurs organes ? Cette question a pu poser de sérieuses difficultés dans l'histoire constitutionnelle. Ainsi en 1791 de la question de savoir si le Roi pouvait être un représentant¹⁹⁷⁸. À cet égard, lors des débats de la Constituante, deux conceptions de la représentation s'affrontaient¹⁹⁷⁹. D'un côté, une conception subjective, ou « organique », selon la définition proposée par Pierre Brunet, selon laquelle la représentation se définit par l'élection : elle est défendue par Roederer et Robespierre. De l'autre, une conception objective selon laquelle la représentation se définit comme l'habilitation à exercer une fonction : elle est défendue par Thouret et Barnave¹⁹⁸⁰. Roederer opposera précisément ces deux conceptions dans son discours du 10 août 1791¹⁹⁸¹. Dans le premier cas, le représentant est celui qui est élu ; le critère est donc celui du *mode de désignation*. Dans le second cas, le représentant est celui qui dispose du « pouvoir, en vertu de la Constitution, de

¹⁹⁷⁶ C. CLAVREUL, « Sieyès et la genèse de la représentation moderne », *Droits*, n° 6, 1987, p. 45.

¹⁹⁷⁷ P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique », 2004.

¹⁹⁷⁸ Sur le débat du 10 août 1791, v. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 268-274 ; P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, *op. cit.*, p. 221-226. V. également, G. GLÉNARD, *L'exécutif et la Constitution de 1791*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2010, p. 161-171 ; B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, *op. cit.*, p. 395-396 et p. 701-717.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 222-226.

¹⁹⁸⁰ « En tant qu'il est détenteur du pouvoir exécutif, affirme Thouret, le Roi ne peut pas être qualifié de représentant, mais de fonctionnaire. Mais dans la mesure où il exerce le pouvoir législatif, il est représentant ». De même, selon Barnave, « ce qui distingue le représentant de celui qui n'est que simple fonctionnaire public, c'est qu'il est chargé, dans certains cas, de vouloir pour la Nation, tandis que le simple fonctionnaire public n'est jamais chargé de agir pour elle », cité in M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁹⁸¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 275-277

vouloir librement pour la nation »¹⁹⁸² ; le critère est ici celui de la *fonction*. En 1791, c'est bien la seconde conception qui fut retenue : l'élection ne confère pas à l'élu la qualité de représentant¹⁹⁸³. Elle n'est qu'une « désignation exclusive de toute représentation »¹⁹⁸⁴ et la théorie de la représentation ne conçoit pas de distinction entre le représenté et le représentant, les deux corps formant une « unité de volonté et d'action »¹⁹⁸⁵. Toutefois, il convient de souligner que *ce n'est pas la théorie de la représentation qui fait naître cette fonction de « vouloir pour la nation », mais c'est bien la nécessité de justifier la fonction qui a conduit à l'élaboration de cette théorie*. Autrement dit, la théorie de la représentation est un instrument au service de la justification de la place prépondérante qu'occupera l'organe législatif dans le système juridique¹⁹⁸⁶. La représentation est en effet consubstantiellement liée au pouvoir législatif, qui la constitue. Comme la souveraineté signifiait avant tout sous l'ancienne France – et selon la conception bodinienne – le pouvoir de faire les lois, la représentation ne signifiera pas autre chose sous la Révolution. Cette continuité s'explique par la disjonction du principe et de l'exercice de la souveraineté – opérée à l'article 3 de la Déclaration de 1789 et aux articles 1 et 2, Titre III, de la Constitution de 1791 – qui se situe au fondement du gouvernement représentatif. Les représentants n'étant que les délégués d'une souveraineté dont ils n'ont que l'exercice tandis que la Nation en demeure le principe, il est logique que leur fonction réside dans l'expression de la volonté générale, c'est-à-dire dans la formation de la loi qui, de Bodin aux révolutionnaires, en passant par Rousseau, reste l'essence même de la souveraineté. Dès lors, si, pour la Constituante, le Roi est bien un représentant – la Constitution de 1791 énonçant

¹⁹⁸² *Ibid.*, p. 277.

¹⁹⁸³ P. BRUNET, « La notion de représentation sous la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 2, 2002, p. 27. Dans le même sens, Carré de Malberg, même s'il dénie la qualité de représentant attribuée au Roi, purement exceptionnelle et conjoncturelle selon lui, reconnaît que « ce n'est pas uniquement à ses origines électives que le Corps législatif devait sa qualité représentative », R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, rééd. Paris, Economica, coll. « Classiques », Série Politique et constitutionnelle, 1984, p. 19.

¹⁹⁸⁴ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2011, p. 69. Dans le même sens, Benjamin Lecoq-Pujade évoque un simple « mode d'investiture », par opposition à la délégation qui, elle, émane du pouvoir constituant, B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, *op. cit.*, p. 513 sqq.

¹⁹⁸⁵ P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, *op. cit.*, p. 225.

¹⁹⁸⁶ En ce sens, Pierre Brunet relève : « il semble bien que le concept de représentation n'ait d'autre raison d'être que celle de justifier, d'une part, la compétence législative que la constitution attribue à certains individus et, d'autre part, la subordination d'autres individus à cette volonté », *ibid.*, p. 225-226. De même, Carré de Malberg constate « quel véritable abîme juridique a été creusé par les fondateurs du droit public français entre le Parlement, qui est déclaré par la Constitution le représentant, c'est-à-dire l'égal, de la nation, et les autres personnages ou corps qui, d'après la Constitution, ne sont que les agents d'exercice d'une fonction de puissance nationale », », R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 21.

à l'article 2 du titre III que « les représentants sont le Corps législatif et le roi »¹⁹⁸⁷ – ce n'était pas, comme Carré de Malberg a pu le soutenir, en sa seule qualité d'organe exécutif, mais en sa qualité de « co-législateur »¹⁹⁸⁸. Ainsi, « la volonté générale résultait [...] de la concordance de la volonté de l'Assemblée et du Roi »¹⁹⁸⁹. Par la sanction royale, constituée par le si controversé veto suspensif¹⁹⁹⁰, « la Constitution de 1791 apporte bien une grave exception au principe de la spécialisation, dans la mesure où l'organe de la fonction exécutive est, en même temps, organe partiel de la fonction législative »¹⁹⁹¹. L'identification de la représentation à l'exercice du pouvoir législatif – donc à l'exercice de la souveraineté –, exclut toute idée de contrôle juridictionnel des lois¹⁹⁹². La pensée constitutionnelle révolutionnaire réduisant en effet le juge à une fonction purement subordonnée d'application mécanique de la loi¹⁹⁹³, il serait inconcevable de lui reconnaître la qualité de représentant au même titre que le Corps législatif et le Roi, c'est-à-dire de lui reconnaître une quelconque participation à l'exercice de la fonction législative. Au contraire, le Roi, en tant que représentant, peut limiter le corps législatif – à moins que ce ne soit plutôt parce qu'il peut limiter le corps législatif qu'il est un représentant. Quoi qu'il en soit, la mise en place du procédé électif dans le mode de désignation des juges et le refus concomitant de lui confier la qualité de représentant démontre que l'élection ne suffisait pas à conférer à l'élu le statut de représentant¹⁹⁹⁴. Du reste, la confrontation du juge à la représentation était proprement impensable sous la Révolution¹⁹⁹⁵. On s'en souvient, à l'époque révolutionnaire, le pouvoir judiciaire n'est non seulement pas un représentant, mais il n'est pas même un véritable pouvoir. Si, pour Sieyès, tous les corps constitués sont des représentants de

¹⁹⁸⁷ Article 2, Titre III de la Constitution de 1791 : « La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi ».

¹⁹⁸⁸ P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, op. cit., p. 224 ; G. GLÉNARD, *L'exécutif et la Constitution de 1791*, op. cit., p. 83-192 ; M. LAHMER, « Le Moment 1789 et la séparation des pouvoirs », *Jus Politicum*, n° 12, 2014, p. 26, [en ligne].

¹⁹⁸⁹ G. GLÉNARD, *L'exécutif et la Constitution de 1791*, op. cit., p. 166.

¹⁹⁹⁰ « Le veto, ce mot source de toutes les passions, cause d'une littérature pléthorique et de débats interminables, remua au plus profond d'eux les hommes de 1789 », *ibid.*, p. 95.

¹⁹⁹¹ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 35.

¹⁹⁹² Ce qu'a bien démontré Carré de Malberg : « il n'est aucunement concevable, en raison, qu'une tierce autorité quelconque puisse être appelée à s'interposer entre le souverain, auteur de la Constitution, et un législateur qui, à son tour, ne fait qu'un avec ce même souverain », R. CARRÉ DE MALBERG, « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l'institut international de droit public*, 1929, p. 151.

¹⁹⁹³ V. *supra*, § 100-101.

¹⁹⁹⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, op. cit., p. 278-281.

¹⁹⁹⁵ Comme le relève en effet Olivier Jouanjan, « pour la majorité des révolutionnaires, en 1789 comme en 1795 – mais aussi en 1793 –, quelle que soient leurs inspirations philosophiques ou idéologiques, il est impossible de penser comme pouvant se lier entre elles, conceptuellement, justice et représentation », O. JOUANJAN, « Constitutionnalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2016, p. 36.

la Nation¹⁹⁹⁶, « seule la représentation nationale est un véritable pouvoir dans la conception révolutionnaire »¹⁹⁹⁷. La représentation consistant dans l'exercice de la fonction législative – c'est-à-dire dans l'expression de la volonté générale – et non dans l'élection, il est remarquable que le Roi, magistrat héréditaire, se voie reconnaître par la Constitution la qualité de représentant du fait de sa participation à l'édiction de la loi, tandis que le juge, au même titre que les administrateurs, est élu et se voit dénier cette qualité du fait de son étroite subordination à la loi.

439. Or, c'est précisément, nous l'avons vu, la critique de la théorie de la représentation qui aboutira à la promotion du contrôle juridictionnel des lois¹⁹⁹⁸. En effet, Carré de Malberg avait bien relevé qu'« une fois écartée l'identification de la loi avec la volonté générale, il n'existe plus de raison qui mette obstacle à l'établissement d'un contrôle juridictionnel s'exerçant sur les lois en vue de vérifier leur conformité à la Constitution »¹⁹⁹⁹. L'avènement du contrôle de constitutionnalité sous la V^e République s'explique ainsi par le fait que l'on « cessait de confondre les représentants du peuple avec le peuple lui-même »²⁰⁰⁰, et par conséquent la volonté générale avec la loi votée par le Parlement. Le juge constitutionnel bénéficiera donc de la « crise de la représentation », dont Jean-Marie Denquin relève que « peu de formules ont rencontré un succès égal », alors même que le concept de représentation demeure relativement indéterminé²⁰⁰¹.

B. La représentation d'une volonté constitutionnelle juridictionnalisée

440. De prime abord, donc, le juge concurrence directement la représentation en ce qu'il vient limiter le pouvoir législatif, représentant du peuple. De là découlerait son illégitimité intrinsèque ; à cela tiendrait l'aporie. Pourtant, au lieu de considérer que le contrôle juridictionnel concurrence la représentation, n'est-il pas possible d'affirmer que le juge est, lui aussi, un représentant ? Nul doute pour Carré de Malberg : prenant exemple des juges américains, il considère que leur pouvoir de limiter le pouvoir législatif par le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité a pour conséquence de leur conférer la capacité de « vouloir pour la nation », si bien qu'ils seraient « pourvus d'un pouvoir représentatif »²⁰⁰². De même, et

¹⁹⁹⁶ C. CLAVREUL, « Sieyès et la genèse de la représentation moderne », art. cité, p. 55-56.

¹⁹⁹⁷ J. FOYER, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 21.

¹⁹⁹⁸ V. *supra*, § 114 *sqq.*

¹⁹⁹⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 221.

²⁰⁰⁰ J-M. DENQUIN, *La monarchie aléatoire*, Paris, PUF, coll. « Béhémot », 2001, p. 112.

²⁰⁰¹ J-M. DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus Politicum*, n° 2, 2010, p. 165.

²⁰⁰² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 280.

plus étonnamment, pour Esmein, les magistrats sont des représentants dans la mesure où ils tranchent les litiges « par un acte libre de leur intelligence »²⁰⁰³. Si le juge constitutionnel a été pensé *contre* la représentation, il y a un indéniable paradoxe à le considérer comme pouvant bénéficier d'une théorie contre laquelle il a été érigé. Le paradoxe n'est toutefois qu'apparent, car le juge constitutionnel n'est pas pensé contre la *représentation*, mais contre la *représentation en tant qu'elle est identifiée à l'organe législatif*. Le juge constitutionnel *concurrence la loi, et non la volonté générale*. Ce faisant, son existence tend à perturber la conception initiale de la représentation, qui n'est plus identifiée à la seule loi, mais étendue à la Constitution²⁰⁰⁴. Or, si le Parlement est un représentant en tant qu'il exprime la volonté générale législative, la reconnaissance d'une volonté générale de type constitutionnelle confère inéluctablement au juge qui l'exprime le statut de représentant. Philippe Blachère montre en ce sens que, par sa décision du 23 août 1985 dans laquelle il énonce que « la loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »²⁰⁰⁵, le Conseil constitutionnel fait de la Constitution « la règle de droit la plus proche de la volonté générale »²⁰⁰⁶. Renouant ainsi avec la pensée de Sieyès, l'auteur affirme que l'une des ruptures du « régime légicentriste » tient à l'élévation de la Constitution en « source de l'expression de la volonté générale »²⁰⁰⁷. De cela, il en déduit qu'en sus du régime légicentriste traditionnel, le Conseil constitutionnel a fait apparaître un « régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale ». Ce régime se caractérise par le fait que la volonté générale est exprimée par le Conseil constitutionnel, qui « énonce les règles et principes contenus dans la Constitution »²⁰⁰⁸ et délivre la « *sanction constitutionnelle* », c'est-à-dire « le consentement conféré par le juge à ce qu'un texte de loi voté entre en vigueur »²⁰⁰⁹. Puisque le juge constitutionnel contribue à exprimer la volonté générale, il est donc un représentant. Toutefois, comme le précise Philippe Blachère, on ne peut dans le même temps affirmer que le juge est un

²⁰⁰³ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1914, 6^e éd., rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », 2001, p. 392.

²⁰⁰⁴ En ce sens, Jacky Hummel relève que « les contradictions inhérentes aux formes et pratiques de la représentation ont commandé de transférer la volonté générale de la *loi* à la *constitution* », J. HUMMEL, « À qui appartient la volonté générale ? », *Jus Politicum*, Vol. VI, 2014, p. 8.

²⁰⁰⁵ Cons. const., 23 août 1985, n° 85-197 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* (cons. 27), *JORF* du 24 août 1985, p. 9814.

²⁰⁰⁶ Ph. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, *op. cit.*, p. 25. V. *supra*, § 86.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 62.

²⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 133. Pierre Rosanvallon affirmera dans un sens similaire que les cours constitutionnelles assurent une « fonction de représentation des principes », c'est-à-dire qu'il est le seul à même de les faire vivre, perdurer. Il parle à cet égard d'un « rôle d'activation de la mémoire collective », P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2008, p. 224-225.

²⁰⁰⁹ Ph. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, *op. cit.*, p. 159.

représentant et conserver la conception classique de la représentation, à savoir une représentation fondée sur « une vision légicentriste de la volonté générale »²⁰¹⁰. Si le juge constitutionnel est un représentant, ce n'est pas, comme l'affirme Michel Troper, parce que l'article 6 de la Déclaration de 1789 prévoit que « la loi est l'expression de la volonté générale » et que le Conseil constitutionnel est un co-législateur²⁰¹¹. Car le considérer comme un représentant conduit inéluctablement à remettre en cause le « dogme de la représentation par le Parlement de la volonté générale »²⁰¹² et, donc, à détacher le principe représentatif de la fonction législative. Comme aux États-Unis, où la volonté du peuple n'est pas législative mais constitutionnelle et où elle s'exprime dès lors moins par les représentants-législateurs que par les représentants-juges²⁰¹³, le juge constitutionnel français, en tant que gardien de la Constitution-expression de la volonté générale, représenterait le « peuple constituant »²⁰¹⁴.

441. Avec le contrôle juridictionnel des lois, les fondements de la théorie classique de la représentation sont donc profondément remis en cause. D'une part, l'identification de la représentation à la loi est écartée. D'autre part, le lien entre représentation et élection, noué par l'établissement du suffrage universel, est brisé²⁰¹⁵. Si la théorie constitutionnelle enregistrait déjà, s'agissant du concept de représentation, une « mutation théorique prodigieuse [...] par le passage du *vouloir pour la nation* à *être élu par le peuple* »²⁰¹⁶, la justification du contrôle juridictionnel des lois a pour effet de définir le représentant comme celui qui exprime la volonté générale contenue dans la Constitution, si bien que « le principe *démocratie = élection*,

²⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 183.

²⁰¹¹ M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 40 *sqq.* Pierre Brunet qualifie cette thèse de « descriptive » : « Ainsi énoncée, la thèse du “juge constitutionnel comme représentant” demeure purement descriptive : 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 », P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, *op. cit.*, p. 341.

²⁰¹² R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale, Étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, *op. cit.*, p. 221.

²⁰¹³ Comme l'exprimait Roger Pinto, la volonté du peuple « ne peut s'exprimer directement ; elle est fixée dans le texte de la Constitution ; elle emprunte l'intermédiaire forcé et déformant de l'oracle judiciaire », R. PINTO, *Des juges qui ne gouvernent pas. Opinions dissidentes à la Cour suprême des États-Unis (1900-1933)*, Paris, Sirey, 1934, p. 266.

²⁰¹⁴ Ph. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, *op. cit.*, p. 185-195. Dans le même sens, Bertrand Mathieu constate que le contrôle de constitutionnalité « concrétise l'idée selon laquelle le législateur est soumis au respect de la Constitution, expression de la volonté du peuple souverain », B. MATHIEU, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Paris, LGDJ, coll. « Forum », 2013, p. 78.

²⁰¹⁵ Comme le souligne Philippe Blachère, « s'il existe une forme de représentation non électorale, cela implique que l'élection ne constitue pas la seule modalité de désignation des “représentants” », Ph. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, *op. cit.*, p. 176.

²⁰¹⁶ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*, p. 505 et p. 1180.

généralement brandi comme un étendard, se trouve opportunément oublié lorsqu'il s'agit de justifier la légitimité du Conseil constitutionnel »²⁰¹⁷.

442. L'on se demande alors si cette nouvelle conception de la représentation accompagne l'ancienne ou s'y substitue. La réponse à cette question paraît aisée, la conservation d'une représentation liée à l'élection permettant de considérer que les deux conceptions sont aujourd'hui également admises. Or, l'enchevêtrement des significations du concept de représentation qui en découle a pour inconvénient de compromettre son intelligibilité²⁰¹⁸. En ce sens, Jean-Marie Denquin relève qu'il convient de sélectionner un critère de la représentation, « l'usage alternatif de critères incompatibles » étant hautement problématique dans la mesure où la représentation peut alors qualifier tout ce qu'on décide comme tel²⁰¹⁹. Ainsi, le fait que le président de la République et le Conseil constitutionnel soient synchroniquement qualifiés de représentants, le premier sur le critère de l'élection et le second au motif de sa participation à l'élaboration de la loi, conduit Jean-Marie Denquin à se demander « comment faire, dans ces conditions, pour ne pas être *représentant* ? »²⁰²⁰. Si le juge est un représentant, cela signifie que l'élection n'est plus un critère de la représentation. Si l'élection est un critère de la représentation, le juge n'est pas un représentant. Le dilemme auquel conduit ce double emploi du mot est donc hautement embarrassant, le choix d'un critère conduisant inéluctablement à l'abandon de l'autre. C'est pourtant bien dans une logique d'accumulation que s'inscrivent les partisans d'une volonté constitutionnelle juridictionnalisée. À rebours du constat précédemment formulé par Jean-Marie Denquin, Pierre Rosanvallon défend ainsi, dans le cadre de ce qu'il appelle la « démocratie réflexive », le développement par les cours constitutionnelles « d'une démultiplication des modes de représentation qui est la seule clef d'une expression plus fidèle de la volonté générale », autrement dit d'une « représentation

²⁰¹⁷ J.-M. DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », art. cité, p. 199.

²⁰¹⁸ P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 5.

²⁰¹⁹ J.-M. DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », art. cité, p. 199.

²⁰²⁰ *Ibid.*, p. 199.

plurielle »²⁰²¹. Selon cette vision, l'existence de deux formes de représentation n'apparaît pas incompatible, mais nécessaire²⁰²².

443. Une partie de la doctrine semble toutefois avoir tranché en faveur d'une conception de la représentation exclusivement juridictionnelle et détachée de la loi. Révélateur est en ce sens l'argument du doyen Favoreu, pour qui la participation concurrentielle au pouvoir ne pose pas de difficulté puisque « *la loi exprime une volonté majoritaire et non une volonté générale* »²⁰²³. Le contrôle juridictionnel des lois aurait ainsi facilité l'abandon – souhaitée – de la « fiction » de la loi, expression de la volonté générale²⁰²⁴. Le juge constitutionnel protège la Constitution, nouvelle expression de la volonté générale, ce qui permet de réduire à néant le mythe entourant la souveraineté parlementaire. Dans le même temps, la théorie classique de la représentation se voit irrémédiablement perturbée. Or, si la transformation de l'usage d'un mot ne se manifeste pas sans cause, elle n'est également pas dépourvue, souvent, de présupposés implicites. Dans le cas de la représentation, si le représentant n'est plus le législateur, et si l'élection ne suffit plus à conférer le statut de représentant, alors il résulte de ce changement de sens que c'est l'idée au fondement de la représentation qu'il s'agit de remettre en cause : l'incapacité du législateur, ou de l'élu, à incarner la volonté générale²⁰²⁵. Juridictionnaliser la représentation suppose en effet de considérer que le juge est le mieux à même d'exprimer cette volonté générale. Défenseur de cette conception, Dominique Rousseau propose de remplacer le concept de gouvernement des juges par celui de « régime d'énonciation concurrentielle de la volonté normative ou de la parole constituante »²⁰²⁶, ce qui permettrait par là même de rompre

²⁰²¹ L'auteur va jusqu'à considérer que « la façon la plus approchée de réaliser les objectifs d'une démocratie directe consiste dans cette perspective à mettre en place un système de *représentation généralisée* », P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., p. 229. Sur le mode de représentation concurrente assumé par le juge constitutionnel, Éric Desmons illustre l'idée d'une « démocratie spéculaire » par la métaphore du miroir : avant l'avènement du contrôle de constitutionnalité, la représentation nationale tendait au peuple le miroir de sa propre volonté ; avec le contrôle de constitutionnalité des lois, le juge constitutionnel tend au parlement comme au peuple le miroir d'une volonté antérieure et supérieure, E. DESMONS, « Le normativisme est une scolastique (brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits*, n° 32, 2000, p. 21.

²⁰²² « La discussion parlementaire et le contrôle de constitutionnalité sont devenus deux moments et deux procédures complémentaires de l'expression de la volonté générale », *ibid.*, p. 230.

²⁰²³ L. FAVOREU, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 155.

²⁰²⁴ Carré de Malberg affirmait d'ailleurs, dans les conclusions de son étude sur la loi et le pouvoir législatif, qu'« il faudrait être bien crédule pour se laisser persuader que les volontés énoncées par une oligarchie sont l'expression de la volonté générale de la communauté », R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, op. cit., p. 216.

²⁰²⁵ Ainsi par exemple de Mauro Cappelletti, qui se félicitait de ce qu'« une bonne partie de l'illusion occidentale concernant la parfaite capacité qu'ont les branches "politiques" d'incarner le consentement de ceux qui sont gouvernés – ou du moins, de la majorité d'entre eux – est en voie de se dissiper », M. CAPPELLETTI, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *RIDC*, n° 2, 1981, p. 640.

²⁰²⁶ D. ROUSSEAU, « L'émergence d'un concept ? » in S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « Série Science politique », 2001, p. 336.

la fiction de la représentation. Pourtant, la nature « concurrentielle » de cette énonciation implique que le juge ne monopolise pas la volonté générale, mais partage la qualité de représentant avec le Parlement. Il en résulte qu'en dépit des efforts de la doctrine pour repenser la représentation et l'adapter au juge, la nature concurrentielle de sa fonction demeure, comme en témoigne l'existence de plusieurs conceptions concurrentielles de la représentation.

444. Si le contrôle juridictionnel des lois perturbe la théorie classique de la représentation, sa fonction apparaît encore plus problématique lorsqu'elle se voit confrontée à la théorie de la souveraineté du peuple. Une chose est en effet de constater que le juge est un représentant, une autre est de considérer que le Conseil constitutionnel peut légitimement participer, par et pour le peuple, à l'exercice du pouvoir.

§ 2. – Le contrôle juridictionnel des lois confronté à la souveraineté du peuple

445. À rebours de la souveraineté du peuple en droit américain, la souveraineté nationale française constituera dès l'abord un rempart au contrôle juridictionnel des lois. La confusion du peuple souverain et du peuple constitué conduit en effet à une « constitutionnalisation du pouvoir constituant », qualifiée aussi de « transformation de l'omnicompétence originnaire en compétence de la compétence dérivée »²⁰²⁷. Autrement dit, le peuple s'exprime en souverain dans et par l'intermédiaire de la Constitution. Effaçant par là même l'existence du souverain, le juge, pouvoir constitué, sera alors confronté, non au peuple souverain, mais au peuple constitué (**A**). La relation du juge et du peuple souverain sera par ailleurs analysée comme une relation de profonde collaboration, le premier rendant possible l'existence du second. Or, la thèse de la défense du peuple par le juge a pour conséquence radicale, non pas seulement de *constitutionnaliser*, mais de *juridictionnaliser* la souveraineté du peuple, c'est-à-dire de considérer que l'expression de la souveraineté du peuple passe par la médiation du juge constitutionnel (**B**).

A. La souveraineté du peuple comme rempart au contrôle juridictionnel des lois

446. Avant l'établissement définitif de la souveraineté du peuple en droit constitutionnel positif, le contrôle des lois fut dès la Révolution confronté à la théorie de la souveraineté nationale. Lorsque Sieyès soumettait son projet de jury constitutionnaire, que la Convention

²⁰²⁷ E. MAULIN, « Compétence, capacité, pouvoir » in *AFDA, La compétence*, coll. « Colloque & débats », Paris, Litec, 2008, p. 38.

rejeta unanimement, la question posée était en effet déjà celle de la légitimité d'un tel organe à contrôler le Corps législatif, à qui la souveraineté a été déléguée²⁰²⁸. Pour les révolutionnaires, la loi constitue, par excellence, l'essence même de la souveraineté. Dès lors, logiquement, le contrôle de constitutionnalité des lois est inconcevable, puisque le juge exerce, par essence lui aussi, une fonction subordonnée à l'application de la loi. Ce n'est donc qu'en brisant cette association de la loi à la souveraineté que le contrôle juridictionnel de constitutionnalité peut trouver sa place. Aussi est-ce précisément pour cette raison que Sieyès, présentant son projet de jury constitutionnaire, souhaitait faire fi de « l'idéologie »²⁰²⁹ de la souveraineté, formulant un « refus de toute idée de souveraineté dans l'ordre politique »²⁰³⁰. En ce sens, l'abbé affirmait que la souveraineté « est une conception royaliste et monacale, une conception destructrice de la liberté et ruineuse de la chose publique comme de la chose privée »²⁰³¹. Précurseur, il le fut donc là encore puisque, tout au long de l'histoire constitutionnelle, le principe de souveraineté nationale s'opposera à l'instauration d'un organe chargé de contrôler la constitutionnalité des lois²⁰³².

447. Aux États-Unis, la question s'est posée en des termes antagoniques, ce que révèle la lecture du *Fédéraliste*²⁰³³. En effet, dans l'essai numéro 78 du 28 mai 1788, Hamilton plaide sans réserve pour un contrôle de constitutionnalité des lois par le pouvoir judiciaire, nécessaire à l'existence d'une « Constitution limitée »²⁰³⁴. Qu'un tel plaidoyer ne pose pas, comme en France, de difficultés théoriques, tient à ce que la loi n'est pas réputée être l'expression de la souveraineté du peuple. Contrairement au constitutionnalisme révolutionnaire français, qui a conçu la loi comme la seule et unique garantie des droits naturels de l'homme – à l'instar de Rousseau –, le constitutionnalisme américain s'est efforcé de subordonner tous les pouvoirs publics, et spécialement le pouvoir législatif, au respect des droits naturels et imprescriptibles

²⁰²⁸ Ce jury constitutionnaire, qui n'est pas une juridiction, venait au surplus perturber le principe de représentation puisqu'il s'agissait pour Sieyès d'un « véritable corps de représentants », « Opinion de Sieyès sur plusieurs articles des titres IV et V du projet de constitution, prononcée à la Convention le 2 thermidor de l'an troisième de la République » in E.-J. SIEYÈS, *Essai sur les privilèges et autres textes*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2007, p. 117.

²⁰²⁹ L. JAUME, « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Droits*, n° 36, 2002, p. 117.

²⁰³⁰ P.-Y. QUIVIGER, « Présentation » in E.-J. SIEYÈS, *Essai sur les privilèges et autres textes*, op. cit., p. 104.

²⁰³¹ Cité in S. RIALS, « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation (La représentation : continuité ou nécessité ?) » in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris, Economica-PUAM, 1990, p. 54.

²⁰³² S'agissant du jury constitutionnaire, Michel Troper souligne : s'il s'agit d'une « institution qui ne préfigure nullement les cours constitutionnelles modernes, le débat qui s'est engagé à la convention contient, grâce et parfois malgré Sieyès, des éléments qui permettent de comprendre la manière dont se pose aujourd'hui la question du contrôle de constitutionnalité », M. TROPER, « Sieyès et le jury constitutionnaire » in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 281.

²⁰³³ V. pour une analyse approfondie de cet ouvrage, D. MONGOIN, *Le Pari de la liberté. Étude sur Le Fédéraliste*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Politiques », 2012.

²⁰³⁴ « Le Fédéraliste n° 78 (Hamilton) – 28 mai 1788 » in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Le Fédéraliste*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Politiques », 2012, trad. A. Amiel, p. 563.

de l'homme²⁰³⁵. Dans cette perspective, la loi n'existe que dans et par la constitution : « l'on ne peut supposer que la Constitution entende permettre aux représentants du peuple de substituer leur volonté à celle de leurs constituants. Il est bien plus rationnel de supposer que les cours ont été désignées pour être un corps intermédiaire entre le peuple et la législature, afin, entre autres choses, de maintenir cette dernière dans les limites assignées à son autorité »²⁰³⁶. L'analyse des fondements du système constitutionnel américain oblige en ce sens à se défaire des représentations proprement européennes de la souveraineté et du droit constitutionnel. La différence fondamentale, nous dit en ce sens le professeur danois Amnon Lev, tient à la place prépondérante qu'occupe la souveraineté du peuple au sein de l'ordre constitutionnel américain. La conséquence de cette omniprésence est que « le peuple n'a pas besoin qu'on lui attribue un lieu constitutionnel spécifique, contrairement à la théorie de droit public européen où le Parlement était le moyen par lequel le peuple pouvait se rendre présent dans l'ordre constitutionnel »²⁰³⁷. Ainsi, aux États-Unis, « chaque branche du gouvernement est perçue comme une émanation du peuple et peut prétendre parler en son nom »²⁰³⁸. Dès lors, non seulement le principe de souveraineté du peuple ne fait pas obstacle à la légitimité d'un juge qui refuse d'appliquer une loi contraire à la Constitution mais, plus encore, c'est le juge qui assure l'effectivité du principe de souveraineté puisque c'est lui qui protège sa volonté ; volonté qui ne peut être que *constitutionnelle*. L'égalité postulée entre les différents organes constitutionnels rend la critique de l'omnipotence du pouvoir judiciaire inopérante, car un tel contrôle « ne suppose en rien une supériorité du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif », il « suppose seulement que le pouvoir du peuple est supérieur aux deux »²⁰³⁹. En contrôlant la constitutionnalité des lois, le juge préserve la volonté du peuple telle qu'elle a été exprimée dans la constitution. Rien de plus. La volonté étant constitutionnelle, il n'est pas admis que des représentants puissent à eux seuls l'exprimer à la place du peuple : la loi n'est pas l'expression

²⁰³⁵ P. RAYNAUD, *Trois révolutions de la liberté. Angleterre, Amérique, France*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2010, p. 148-151.

²⁰³⁶ « Le Fédéraliste n° 78 (Hamilton) – 28 mai 1788 » in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, p. 564.

²⁰³⁷ A. LEV, « Sovereignty and Federalism: Inventing and Reinventing Public Law », *Jus Politicum*, n° 17, 2017, p. 202 : « *the people need not be assigned a specific constitutional locus, in contrast to European public law theory where parliament was the conduit through which the people would establish a presence within constitutional order* ». Nous traduisons.

²⁰³⁸ « *In America, each branch of government is seen as an emanation of the people and can claim to speak in its name* », *ibid.*, p. 202-203. Nous traduisons. Il ajoute également que « la présence constitutionnelle du souverain est si fermement ancrée que son influence s'étend au-delà des branches du gouvernement fédéral à toutes les parties de l'Union », *ibid.*, p. 203. Nous traduisons.

²⁰³⁹ « Le Fédéraliste n° 78 (Hamilton) – 28 mai 1788 » in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, p. 565.

de la volonté générale, ce que relevaient déjà au XIX^e siècle Alexis de Tocqueville²⁰⁴⁰ et Édouard Laboulaye²⁰⁴¹. La souveraineté, qui n'aurait pas, comme concept, une grande influence aujourd'hui aux États-Unis²⁰⁴², ne s'est jamais posée en adversaire du juge et de son contrôle de la loi.

448. Ce détour compendieux par le droit américain permet de mieux saisir les raisons du conflit français : la confrontation concurrentielle du contrôle juridictionnel des lois et de la souveraineté ne manifeste rien d'autre, en réalité, qu'une lutte de pouvoirs. La souveraineté du peuple, en tant qu'elle ne peut s'exprimer par elle-même, n'est qu'un prête-nom. Elle sert de justification à la suprématie d'un organe constitutionnel présenté comme le mieux à même de représenter le peuple souverain. Ce pouvoir souverain, qui est *un*, est également *un* lorsqu'il s'exerce, indirectement, par ses organes constitués. Il n'est pas, comme aux États-Unis, pensé comme pouvant semblablement s'exprimer par tous les pouvoirs. Cette unité dans l'exercice aussi bien que dans le titre de la souveraineté explique les réticences à penser l'existence d'un juge constitutionnel. Son apparition a dès lors infailliblement fait jaillir, dans la pensée constitutionnelle, la question de sa compatibilité avec la théorie de la souveraineté du peuple, conduisant à se demander, dans le cadre d'un discours sur la légitimité, si le juge peut être considéré comme un intermédiaire entre les représentants et le peuple. Or, une telle question aurait été sans pertinence sous la Révolution. Il ne pouvait en effet exister d'intermédiaire entre

²⁰⁴⁰ « Le juge américain ressemble donc parfaitement aux magistrats des autres nations. Cependant, il est revêtu d'un immense pouvoir politique [...]. La cause en est dans ce seul fait : les Américains ont reconnu aux juges le droit de fonder leurs arrêts sur la *constitution* plutôt que sur les *lois*. En d'autres termes, ils leur ont permis de ne point appliquer les lois qui leur paraîtraient inconstitutionnelles [...]. Aux États-Unis, la constitution domine les législateurs comme les simples citoyens. Elle est donc la première des lois, et ne saurait être modifiée par une loi. Il est donc juste que les tribunaux obéissent à la constitution, préférablement à toutes les lois. Ceci tient à l'essence même du pouvoir judiciaire : choisir entre les dispositions légales qui l'enchaînent le plus étroitement est, en quelque sorte, le droit naturel du magistrat. En France, la constitution est également la première des lois, et les juges ont un droit égal à la prendre pour base de leurs arrêts ; mais, en exerçant ce droit, ils ne pourraient manquer d'empiéter sur un autre plus sacré encore que le leur : celui de la société au nom de laquelle ils agissent. Ici, la raison ordinaire doit céder devant la raison d'État. En Amérique, où la nation peut toujours, en changeant sa constitution, réduire les magistrats à l'obéissance, un semblable danger n'est pas à craindre », A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* [1848], Tome I, Paris, Gallimard, coll. « Folio histoire », 1986, Chap. VI, p. 166-168.

²⁰⁴¹ Ainsi que le relevait déjà Édouard Laboulaye au XIX^e siècle, toutes les constitutions françaises ont eu en commun de considérer « que les députés sont le peuple même. C'est là une erreur dans laquelle les Américains ne sont jamais tombés. Les représentants, comme les juges, sont des mandataires, tous doivent être maintenus dans le respect de la constitution qui garantit la souveraineté populaire, tandis que chez nous on parle de la souveraineté populaire lorsqu'il s'agit de l'omnipotence législative, mais jamais quand il s'agit de faire respecter la constitution par le législateur », E. LABOULAYE, *Histoire des États-Unis*, Tome III, Paris, 4^e éd., Charpentier et Cie, 1870, p. 479.

²⁰⁴² Jean-Philippe Feldman affirme en ce sens que « les tables des matières des manuels ou ouvrages américains sont révélatrices : il est rare qu'elles fassent mention du terme "souveraineté" et lorsqu'elles le font, elles l'attachent à la notion d'États, *i.e.* les États fédérés », J.-P. FELDMAN, « La conception américaine de la souveraineté » in D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, coll. « Grands Colloques », 2006, p. 83.

le peuple et ses représentants puisque l'un et l'autre étaient pensés comme étant Un²⁰⁴³. De là découle l'illégitimité intrinsèque du juge opposant sa volonté à celle des représentants du peuple souverain.

449. Impensable lorsque le représentant et le peuple sont réputés former une unité dans la manifestation de la volonté, ce n'est donc qu'au prix d'une déconnexion du souverain et de ses représentants – du principe et de l'exercice de la souveraineté – que le contrôle juridictionnel des lois pourra exister. Toutefois, de nombreuses interrogations surgiront quant au titulaire de la souveraineté. L'identification des représentants au souverain a en effet l'avantage d'évacuer la question de la place d'un souverain matériellement invisible. Si, en démocratie, le peuple est souverain, l'on se demandera alors de quel peuple il s'agit. La réponse communément apportée est que le peuple est le « pouvoir constituant ». Mais, dans ce cas, s'agit-il exclusivement du constituant originaire, c'est-à-dire d'un peuple anté-constitutionnel ? Autrement dit, cette souveraineté « située primitivement en dehors de l'État »²⁰⁴⁴ disparaît-elle lorsque l'État se dote d'une Constitution ? Si la réponse est positive, alors « la souveraineté constituante s'épuise et s'éteint par l'acte même qui la réalise, l'acte constituant »²⁰⁴⁵. Or, si le souverain a disparu, affirmer que le juge concurrence le peuple souverain n'a manifestement pas de sens. Si seuls subsistent des pouvoirs constitués, autrement dit des organes dont la compétence est strictement délimitée par la Constitution, le juge n'est pas plus illégitime à exprimer une volonté constitutionnelle que le Parlement ne l'est lorsqu'il exprime une volonté législative. Tous, en effet, respectent les attributions conférées par une Constitution édictée par un souverain évanoui²⁰⁴⁶. La concurrence du juge et du peuple ne serait dans ce cas qu'une simple lutte de

²⁰⁴³ Comme le démontre en ce sens Bruno Dageron, « les représentants, dans la théorie du gouvernement représentatif issue de la construction révolutionnaire, ne se bornent pas à se prétendre souverain à la place du peuple, ils *sont* le peuple », si bien qu'il n'y a « pas de place dans une telle construction pour une tension entre le peuple et sa représentation, entre ce qu'il *est* et ce qu'elle *veut* pour lui », B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français, op. cit.*, p. 77.

²⁰⁴⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 485.

²⁰⁴⁵ O. BEAUD, *La puissance de l'État, op. cit.*, p. 455. V. aussi, S. RIALS, « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation (La représentation : continuité ou nécessité ?) », art. cité, p. 49 ; S. CAPORAL, « Le peuple : un souverain sous contrôle », *Politeia*, n° 16, 2009, p. 529.

²⁰⁴⁶ Peuple constitué qu'Olivier Beaud qualifie de « *Magistrat constitutionnel* », O. BEAUD, « Le Souverain », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 323. Sur la distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé, Olivier Beaud soulève leur différence de nature : « L'erreur de la doctrine – une faute de logique en fait – est donc de ranger ces deux pouvoirs dans un genre unique, d'adopter une différenciation relative (différence de degré), alors qu'elle devrait être absolue. L'opposition entre un pouvoir absolu et un pouvoir non absolu constitue une différence de nature, comme nous l'enseigne la notion de souveraineté », *ibid.*, p. 315. Dans le même sens, pour Carl Schmitt, « il est particulièrement inexact de qualifier de *pouvoir constituant* le pouvoir de modifier (*i. e.* réviser) des dispositions législatives constitutionnelles, pouvoir attribué et fixé par une loi constitutionnelle. Même la compétence de révision des lois constitutionnelles [...] est, comme tout pouvoir découlant de lois constitutionnelles, une compétence réglée par la loi, c'est-à-dire limitée par principe », C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution, op. cit.*, p. 236.

pouvoirs, le peuple n'étant en définitive qu'un pouvoir constitué, donc limité par la Constitution²⁰⁴⁷. L'existence d'un contrôle juridictionnel des lois ne poserait, dès lors, aucune difficulté.

450. Il nous semble toutefois possible de soutenir que le peuple souverain demeure après l'édiction de la constitution, ce qui conduit à reconnaître la « permanence du pouvoir constituant »²⁰⁴⁸. Certes, il convient d'admettre qu'une telle hypothèse pose de singulières difficultés théoriques. Si le souverain ne disparaît pas, il n'est pas pour autant limité par le droit : il est, ainsi que le qualifie Olivier Beaud, un « Souverain "au-dessus de la Constitution" »²⁰⁴⁹. L'existence du peuple souverain est donc présumée²⁰⁵⁰ par la permanence de la Constitution édictée, si bien que, tout silencieux qu'il est, le peuple souverain demeure en tant que fondement de légitimité de l'ordre juridique²⁰⁵¹. Dès lors, il s'agit bien d'un *fait*, le souverain ne se manifestant que pour ébranler, bouleverser l'ordre juridique en place²⁰⁵². Il en découle que le souverain peut se définir, à la suite de la fameuse formule de Carl Schmitt, comme « celui qui décide de la situation exceptionnelle »²⁰⁵³. En ce sens, l'idée selon laquelle « seule cette situation rend actuelle la question du sujet de la souveraineté »²⁰⁵⁴ n'est pas anodine. Elle témoigne de la présence sourde d'un souverain qui ne se rend audible que de manière tapageuse, pour renverser l'ordre juridique existant. Au contraire, « l'absence d'expression discernable [du peuple] signifie justement la continuation de l'adhésion à la constitution en place »²⁰⁵⁵. Loin d'être nouvelle, cette conception de la souveraineté du peuple était, dans une certaine mesure, déjà présente de manière paradoxale, à la fin du XVII^e siècle,

²⁰⁴⁷ C'est ce qui a conduit Olivier Beaud, d'une part, à plaider pour la reconnaissance de limites matérielles à la révision constitutionnelle, d'autre part, à considérer qu'il n'existait pas d'obstacles à la possibilité pour le juge constitutionnel de contrôler la constitutionnalité des lois référendaires, O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 313-357 et p. 424-434.

²⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 414.

²⁰⁴⁹ O. BEAUD, « Le Souverain », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 37.

²⁰⁵⁰ V. nos développements ultérieurs sur la distinction entre *présupposé de légitimité* et *critères de légitimation*, *infra*, § 472-483.

²⁰⁵¹ Dans un sens similaire, Olivier Beaud considère que la « souveraineté constituante » est « masquée », O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 211.

²⁰⁵² Dans le même sens, Jean-Marie Denquin écrira que « la seule garantie de l'intangibilité d'une norme est un pur fait, tout comme d'ailleurs un pur fait peut renverser une Constitution qui se déclare intangible. Le droit ne garantit pas le droit. Sa préservation comme sa destruction relèvent du fait », J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, 2008, p. 7 [en ligne]. Denis Baranger considère dans un sens similaire que « le peuple a épuisé son pouvoir en adoptant la constitution. S'il revient sur la scène, ce sera pour adopter une nouvelle constitution », D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, op. cit., p. 36.

²⁰⁵³ La situation exceptionnelle n'étant pas entendue dans son sens communément admis juridiquement, Schmitt précisant qu'il ne s'agit pas de « quelque urgence proclamée ou quelque état de siège », C. SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Sciences humaines », 1988, trad. J.-L. Schlegel, p. 15-16. Elle semble plutôt désigner pour Schmitt un « conflit », un « cas non défini » ou encore un « cas de nécessité ».

²⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 17.

²⁰⁵⁵ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 219.

chez le libéral John Locke²⁰⁵⁶. Le philosophe anglais a en effet établi – à travers notamment l'idée de *trust*, qui correspond à l'acte de consentement que le peuple remet au corps politique²⁰⁵⁷ – une théorie de la souveraineté du peuple selon laquelle le pouvoir législatif est certes le « pouvoir suprême », mais le peuple a « le pouvoir souverain d'abolir le gouvernement ou de le changer » lorsque la confiance est rompue²⁰⁵⁸. Partant, le peuple a « toujours le *pouvoir souverain*, mais non toutefois comme exerçant toujours ce pouvoir ; car, il ne l'exerce pas, tandis que la forme de gouvernement qu'il a établie subsiste ; c'est seulement lorsqu'elle est renversée par l'infraction des lois fondamentales sur lesquelles elle était appuyée »²⁰⁵⁹. On retrouve donc bien, chez Locke, l'idée d'après laquelle le peuple souverain ne peut intervenir légitimement que lorsque le gouvernement « viole les droits naturels *et* la loi de la conservation de la société »²⁰⁶⁰. Il n'en demeure pas moins que le souverain, hors ou « au-dessus » du droit est un objet d'étude pour le droit. La position de Carré de Malberg, qui considère que la volonté qui précède la formation de l'État n'intéresse pas le juriste, qui, selon un présumé positiviste, doit exclusivement s'intéresser à la volonté formulée dans un cadre déjà constitué²⁰⁶¹, est en ce

²⁰⁵⁶ Dans une certaine mesure seulement car, comme l'a soulevé Simone Goyard-Fabre, Locke ne distinguait pas le pouvoir constituant du pouvoir législatif (S. GOYARD-FABRE, « Introduction » in J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, coll. « GF », 2^e éd., 1992, trad. D. Mazel, p. 88). On retrouve en effet cette idée formulée implicitement à de nombreuses reprises dans le *Traité du gouvernement civil* : « la première et fondamentale loi positive de tous les États, c'est celle qui établit le pouvoir législatif, lequel, aussi bien que les lois fondamentales de la nature, doit tendre à conserver la société » (*ibid.*, p. 242) ; « Dans toutes les causes, et dans toutes les occasions qui se présentent, le pouvoir législatif est le pouvoir souverain » (*ibid.*, p. 254) ; « « la constitution de l'autorité législative étant l'acte originaire et suprême de la société politique » (*ibid.*, p. 260) ; « L'établissement du pouvoir législatif est le premier et fondamental acte de la société » (*ibid.*, p. 300). Par voie de conséquence, la souveraineté du peuple se concrétisait par une souveraineté du législateur, autrement dit par la souveraineté du Parlement chère au droit constitutionnel anglais.

²⁰⁵⁷ S. GOYARD-FABRE, « Introduction » in J. LOCKE, *ibid.*, p. 78.

²⁰⁵⁸ J. LOCKE, *ibid.*, p. 253.

²⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 254.

²⁰⁶⁰ F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 271. François Saint-Bonnet relève que Locke distingue deux situations dans le cadre de l'état d'exception : « Les gouvernants disposent d'un droit de sauvegarder la république malgré les lois positives qui garantissent les droits naturels car le bien public doit prévaloir dans les circonstances exceptionnelles. Cependant, l'usage de ce droit est contrôlé par un peuple qui peut s'opposer à l'abus par la résistance », *ibid.*, p. 273. Voir sur cette théorie du droit de résistance en France, E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1999.

²⁰⁶¹ Cette idée se trouve répétée à de nombreuses reprises au sein de la *Contribution à la théorie générale de l'État* : « Le droit, en tant qu'institution humaine, étant postérieur à l'État, c'est-à-dire ne naissant que par la puissance de l'État une fois formé, ne peut s'appliquer à la formation même de l'État. La science juridique n'a donc point à rechercher le fondement de l'État : la naissance de l'État n'est pour elle qu'un simple fait, non susceptible de qualification juridique », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome I, *op. cit.*, p. 61-62 ; « La conclusion qui se dégage de ces observations, c'est qu'il est vain de vouloir chercher un fondement juridique à l'État en dehors du fait de son organisation initiale. Sans doute, l'État doit en réalité sa création à des volontés et à de l'activité humaine : mais la question de savoir dans quelles conditions et en quelle forme ces volontés et activités se sont manifestées, demeure juridiquement indifférente. Le juriste n'a point à se préoccuper des circonstances qui ont précédé l'apparition d'un État. Car, d'une part, l'ordre juridique, objet unique de la science du droit, ne remonte pas au-delà de l'organisation étatique : les actes qui ont amené et fondé cette organisation, demeurent donc placés en dehors de la sphère du droit et échappent par suite à toute dénomination juridique. D'autre part, quand bien même il serait possible de donner une construction juridique aux actes par

sens hautement problématique dans la mesure où elle conduit à nier l'importance de l'analyse des fondements du droit constitutionnel, pourtant essentiels à la compréhension de celui-ci²⁰⁶². L'impossibilité logique de penser un *pouvoir constituant constitué* conduit d'ailleurs l'auteur strasbourgeois à nier purement et simplement l'existence d'un pouvoir constituant au profit de seuls pouvoirs constitués²⁰⁶³, couvrant par là-même l'horizon de légitimité. L'on opposera alors aux auteurs souhaitant intégrer la question de la souveraineté à leur objet d'étude l'argument selon lequel la souveraineté n'est qu'une hypothèse permettant de justifier, *a posteriori*, le renversement de l'ordre juridique. Autrement dit, si la souveraineté existe, où est-elle et quand s'est-elle manifestée en dehors de l'ordre juridique et des procédures qu'il met en œuvre ? Pour répondre à un tel argument, il est possible de s'appuyer sur un raisonnement apagogique : si l'on nie la souveraineté en tant qu'hypothèse, que reste-t-il ? Comment le droit peut-il exister sans fondement ? En d'autres termes, *si le droit n'a plus de fondement – même si ce fondement n'est qu'une hypothèse – il n'y a plus de droit*. Au contraire, l'existence d'un pouvoir souverain permet d'assurer la permanence de la Constitution en tant que fondement légitime de l'ordre juridique. La décision ne peut en ce sens être exclue de l'étude du droit puisqu'elle en constitue la fondation même²⁰⁶⁴.

451. Cette thèse a le grand mérite de démontrer l'aporie que constitue l'hypothèse d'une souveraineté embastillée dans un texte juridique : le peuple *dans* le droit n'est pas souverain, pour la raison même qu'il est dans le droit. La souveraineté, en tant que principe de pure

lesquels en fait un État a été créé, cette construction demeurerait encore inutile, pour ce motif que, quels que soient les accords ou opérations qui ont pu préparer la formation de l'État, celui-ci une fois formé puise les causes juridiques de sa personnalité et de ses pouvoirs essentiellement et uniquement dans son statut organique, qui le rend capable de volonté et d'actions propres. Les actes de volonté individuelle antérieurs à cette organisation statutaire ne sont donc plus à prendre en considération », *ibid.*, p. 64 ; « Car le droit, au sens propre du mot, n'est pas autre chose que l'ensemble des règles imposées aux hommes sur un territoire déterminé par une autorité supérieure, capable de commander avec une puissance effective de domination et de contrainte irrésistible. Or, précisément, cette autorité dominatrice n'existe que dans l'État : cette puissance positive de commandement et de coercition, c'est proprement la puissance étatique. Dès lors, il apparaît que le droit proprement dit ne peut se concevoir que dans l'État une fois formé ; et par suite, il est vain de rechercher le fondement ou la genèse *juridiques* de l'État », *ibid.*, Tome II, p. 490.

²⁰⁶² Problème qui se pose également pour la pensée normativiste, et singulièrement Kelsen, qui place le fondement de validité de l'ordre juridique dans une « hypothèse logique transcendantale », c'est-à-dire une norme « dernière et suprême » qui sera « *supposée* », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 193-206. V. pour une critique de cette théorie, P. AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, p. 5.

²⁰⁶³ Négation affirmée sans ambages par Carré de Malberg, qui considère que « les organes dits constituants ne peuvent pas plus que les organes constitués avoir de pouvoir antérieurs à la Constitution. Tout organe, même celui qui est appelé à exercer la puissance constituante, procède essentiellement de la Constituant et tient d'elle sa capacité. A ce point de vue, on peut même dire qu'il n'existe pas, à proprement parler, d'organe constituant : il n'y a dans l'État que des organes constitués », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 500.

²⁰⁶⁴ « Avant toute normation, on rencontre la *décision politique fondamentale du titulaire du pouvoir constituant*, c'est-à-dire du peuple dans la démocratie », C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 154.

volonté, ne peut être sous l'emprise du droit, qui est un ordre de contrainte. Plutôt que de considérer comme Carré de Malberg que « l'État, étant la source du droit, ne peut pas avoir lui-même sa source dans le droit »²⁰⁶⁵, il nous semble plus pertinent de soutenir que la souveraineté, étant la source du droit, ne peut avoir elle-même sa source dans le droit. Une fois la Constitution en vigueur, le pouvoir constituant, en tant qu'il s'exerce dans des limites prévues cette Constitution, ne peut être que constitué, donc non souverain²⁰⁶⁶. Or, si le peuple constituant compétent pour réviser la Constitution n'est pas souverain, il en est donc de même du peuple électeur. Certes, « l'électoratisation de la volonté générale », qui se traduit par l'émergence d'une volonté électorale se substituant à la volonté générale résidant originellement dans la loi²⁰⁶⁷, laisse à penser que le peuple électeur est nécessairement souverain, puisqu'il s'exprime directement par le suffrage universel. Le suffrage universel est ainsi confondu avec la souveraineté du peuple²⁰⁶⁸. Il convient alors de constater, avec Bruno Daugeron, la contradiction tenant au « contexte théorique hérité du constitutionnalisme où le pouvoir est d'abord pensé en termes de compétences et non de volonté, ou plus exactement où la volonté ne s'exprime plus que par la compétence »²⁰⁶⁹. Mais cette contradiction nous semble précisément pouvoir être dissipée par la prise en compte de cette distinction fondamentale entre le peuple souverain et le peuple constitué. Le corps électoral – dont les difficultés découlent de sa confusion avec le peuple²⁰⁷⁰ – s'exprime en effet dans le cadre posé par le droit électoral. Soumis à des procédures, il est donc, s'il est peuple, un peuple constitué. Le peuple vote parce qu'il en a la *compétence*, non parce qu'il est *souverain*²⁰⁷¹. L'existence d'un peuple constitué ne remplace donc pas le peuple souverain, y compris lorsque ce peuple constitué s'exprime par la voie du référendum.

²⁰⁶⁵ », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 490.

²⁰⁶⁶ En ce sens, Olivier Beaud affirme : « la souveraineté qui s'affiche, celle qui est citée par les dispositions du texte constitutionnel (art. 3 Const. 1958), est en réalité une *pseudo-souveraineté*, car elle est inscrite "dans la Constitution", c'est-à-dire limitée par la Constitution. Or, le gouvernant hétéro-limité par le droit n'est plus le Souverain, mais un simple magistrat constitutionnel. Dès lors, le peuple en tant qu'autorité "constituée" ne peut jamais être qualifié de Souverain, et pas même dans son activité de "révision constitutionnelle" (art. 89 ou art. 11) où il est une autorité qui doit respecter les conditions de forme et surtout de fond posées à toute révision constitutionnelle par la Constitution elle-même », O. BEAUD, « Le Souverain », art. cité, p. 38.

²⁰⁶⁷ B. DAUGERON, « De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoratisation de la volonté collective », *Jus Politicum*, Vol. VI, 2014, p. 45. Sur l'impuissance actuelle du peuple à exprimer sa volonté, v. J.-M. DENQUIN, « Volonté générale, opinion publique, représentation », *Jus Politicum*, Vol. VI, 2014, p. 71.

²⁰⁶⁸ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*, p. 737-764. Souveraineté du peuple qui ne sera pas pensée comme étant « au-dessus de la Constitution » mais bien à l'intérieur de celle-ci, le suffrage universel permettant de poser « la question de l'origine du pouvoir et de sa légitimité à l'intérieur du constitutionnalisme », *ibid.*, p. 746.

²⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 756.

²⁰⁷⁰ B. DAUGERON, « De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoratisation de la volonté collective », art. cité, p. 45.

²⁰⁷¹ Sur la distinction de la souveraineté et de la compétence, notamment en ce que la première ne peut se penser que dans un cadre juridique « qui lui préexiste » tandis que la seconde « a pour particularité de ne pas reposer sur une habilitation », v. O. BEAUD, « Compétence et souveraineté » in AFDA, *La compétence*, *op. cit.*, p. 12-14.

452. L'impossibilité de penser une souveraineté limitée par la constitution conduit par conséquent à révéler une nouvelle fois les difficultés procédant de la très fameuse thèse du lit de justice du doyen Vedel, autrement dit la théorie du dernier mot du pouvoir constituant²⁰⁷². Selon cette thèse, le Conseil constitutionnel est un pouvoir constitué soumis en dernier lieu à la volonté du pouvoir constituant, c'est-à-dire du souverain. Le juge se contenterait donc d'assurer la suprématie de la Constitution dont l'interprétation peut être, en quelque sorte, révisée par le pouvoir constituant. Il affirme ainsi que c'est la « plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de constitutionnalité des lois », puisque « le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts »²⁰⁷³. À l'image de la puissance du Parlement sous la III^e République, que Carré de Malberg justifiait par la faculté des nouveaux représentants élus par le peuple de modifier les lois en vigueur²⁰⁷⁴, à l'image aussi, et peut-être surtout, du monarque d'Ancien Régime, dont la venue au parlement « suspend *ipso facto* la délégation de la Cour »²⁰⁷⁵, le juge constitutionnel ne viendrait pas concurrencer le souverain car ce dernier peut toujours, par la procédure de révision constitutionnelle, mettre en cause ses décisions. Plus qu'une garantie de légitimité, le pouvoir de dernier mot du souverain serait gage de démocratie²⁰⁷⁶. Outre que la nécessité de faire appel au pouvoir constituant pour anéantir la portée des décisions du Conseil constitutionnel conduit, ainsi que l'a montré Michel Troper, à exacerber la fonction législative du juge constitutionnel²⁰⁷⁷, cette thèse est problématique en ce qu'elle se fonde sur un présumé contestable. Celui-ci réside dans l'affirmation d'une qualité souveraine de la révision constitutionnelle. Le doyen Vedel affirme en effet que « le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude sous la seule réserve qu'il s'exerce selon la procédure qui l'identifie »²⁰⁷⁸. L'auteur tente ainsi d'opérer une distinction entre souveraineté matérielle et souveraineté formelle : formellement, le pouvoir constituant n'est pas souverain puisque soumis à des limites procédurales. Matériellement, en revanche, sa

²⁰⁷² V. les développements déjà formulés sur cette théorie, *supra*, § 220.

²⁰⁷³ G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 180.

²⁰⁷⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome I, *op. cit.*, p. 228.

²⁰⁷⁵ J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 2009, p. 25-26.

²⁰⁷⁶ Dans le même sens, plus récemment, Eric Desmons a pu considérer que seul le référendum, « mettant le corps électoral face au juge » permet véritablement de considérer ce procédé comme démocratique, E. DESMONS, « Justice constitutionnelle, gouvernement représentatif et "bon régime" ? » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 60.

²⁰⁷⁷ M. TROPER, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 927.

²⁰⁷⁸ G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », art. cité, p. 179.

souveraineté se manifeste en ce qu'il est libre quant au contenu de la révision²⁰⁷⁹. Or, de deux choses l'une. Soit ce pouvoir est souverain, et il fixe alors des limites procédurales auxquelles il ne peut lui-même être soumis. Soit il s'exerce selon une procédure fixée par la Constitution, et il n'est pas souverain. Cette alternative rappelle, au reste, la représentation que l'abbé Sieyès se faisait du pouvoir constituant : « La volonté nationale [...] n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine de toute légalité. Non seulement la nation n'est pas soumise à une Constitution, mais elle ne peut pas l'être, mais elle ne doit pas l'être, ce qui équivaut encore à dire qu'elle ne l'est pas. [...] Répétons-le : une nation est indépendante de toute forme ; et de quelque manière qu'elle veuille, il suffit que sa volonté paraisse, pour que tout droit positif cesse devant elle, comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif »²⁰⁸⁰. Considérer que « le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial », c'est donc redéfinir la souveraineté en pouvoir suprême – naturellement au-dessus des autres pouvoirs – mais limité – c'est-à-dire soumis au respect des règles de droit. Cela conduit donc à opérer une confusion entre souveraineté et compétence²⁰⁸¹. Olivier Beaud a en ce sens bien montré les limites d'une telle conception : « une souveraineté limitée (ou non absolue) ou hétérolimitée n'est plus une souveraineté, mais une *pseudo-souveraineté* »²⁰⁸². En d'autres termes, la difficulté de la thèse du doyen Vedel ne tient pas à ce qu'elle définit la souveraineté comme un pouvoir ne pouvant être limité ; elle tient à ce qu'elle confère au pouvoir constituant dérivé la qualité de souverain. Cette théorie aboutit dès lors à affirmer que le juge constitutionnel est soumis au peuple en tant que pouvoir constitué,

²⁰⁷⁹ « Toute Constitution comporte des règles qui définissent les conditions auxquelles elle peut être révisée ainsi que le statut du pouvoir constituant dérivé. Quelles sont ces limites ? Il n'en existe qu'une à vrai dire infranchissable : c'est que la révision ne peut s'opérer que selon les règles de compétence et de procédure inscrites dans la Constitution. Si cette exigence n'est pas remplie, la prétendue révision, quel que soit son contenu, est impossible en droit. Mais la révision, compétamment opérée, ne saurait être enfermée dans des limites. Comme l'a récemment dit le Conseil constitutionnel, le pouvoir constituant (en l'espèce "dérivé") est souverain. Il n'est dérivé que sous l'aspect organique et formel ; il est l'égal du pouvoir constituant originaire du point de vue matériel, c'est-à-dire pour ce qui regarde le contenu de la révision », G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 89-90. V. plus généralement pour l'analyse – et la critique – de « la doctrine positiviste de l'illimitation matérielle de la révision », O. BEAUD, *La puissance de l'État, op. cit.*, p. 330-336.

²⁰⁸⁰ E.-J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le tiers-état ?*, Flammarion, coll. « Champs Classiques », 1988, p. 132. Nous soulignons.

²⁰⁸¹ C'est déjà ce qu'affirmait Carl Schmitt : « Tout ce qui, sur le fondement de la constitution, survient en fait de lois constitutionnelles, et tout ce qui, sur le fondement des lois constitutionnelles, survient dans le cadre des compétences définies par les lois constitutionnelles, est par essence d'une autre nature qu'un acte du pouvoir constituant. Même les pouvoirs et compétences du "peuple" – c'est-à-dire les citoyens ayant droit de vote et de suffrage – [...] ne sont pas des pouvoirs du peuple souverain qui se donne une constitution et établit des actes du pouvoir constituant, mais sont des compétences dans le cadre de la constitution donnée », C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution, op. cit.*, p. 235-236.

²⁰⁸² O. BEAUD, *La puissance de l'État, op. cit.*, p. 474. Nous soulignons. V. également sur la thèse du doyen Vedel, *ibid.*, p. 332-334.

autrement dit qu'il existe une hiérarchie entre les différents organes constitués selon laquelle le Parlement est soumis au contrôle du juge, lui-même soumis au contrôle suprême du peuple. Partant, la hiérarchie des pouvoirs constitués – souvent qualifiée de hiérarchie des organes –, profondément critiquée par les défenseurs de la souveraineté du peuple en tant qu'elle conduisait originellement à placer le Parlement dans une position de domination institutionnelle, est de nouveau mobilisée dans le cadre de cette théorie du lit de justice.

453. En définitive, la déconnexion du souverain et de ses représentants ne dissipera pas pour autant les difficultés de la confrontation du contrôle juridictionnel des lois à la souveraineté du peuple. Le discours doctrinal tendant à juridictionnaliser la souveraineté du peuple nécessitera alors d'identifier de quel peuple parle-t-on.

B. La souveraineté du peuple juridictionnalisée

454. Il découle de la distinction fondamentale entre peuple souverain et peuple constitué, et de la pérennité du souverain dans l'ordre constitutionnel, des conséquences non négligeables quant aux thèses tendant à analyser le lien entre souveraineté du peuple et juge constitutionnel. La thèse archétypale de la doctrine constitutionnaliste, singulièrement défendue par Dominique Rousseau, conduit à résoudre le conflit supposé entre le peuple et le juge en considérant ce dernier comme le défenseur du premier. Aussi la souveraineté du peuple, d'abord constituée, se voit-elle juridictionnalisée. Défenseur du peuple, le juge n'est toutefois pas érigé en représentant. Comme le souligne en effet Marcel Gauchet, « le juge constitutionnel n'est pas en charge de représenter la souveraineté du peuple, au sens où il serait mandaté pour la mettre en œuvre, concurremment aux pouvoirs qu'il surveille, il est en charge de *mettre en représentation* le fait qu'elle doit avoir le dernier mot »²⁰⁸³. Le juge ne peut pas être un représentant, dans la mesure où il a précisément vocation à assurer la « dissociation gouvernés-gouvernants »²⁰⁸⁴, c'est-à-dire de mettre fin à l'identification représentants-représentés. Il est plutôt « la clé de voûte de l'exercice représentationnel de la souveraineté du peuple »²⁰⁸⁵. La justice constitutionnelle a ainsi pour fonction de rappeler au Parlement qu'il n'est qu'un représentant soumis au respect de la Constitution qui émane du peuple souverain. La Constitution, en ce sens, n'est pas seulement l'expression de la volonté générale, elle est

²⁰⁸³ M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799, op. cit.*, p. 44.

²⁰⁸⁴ D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle “nécessité démocratique” ? », art. cité, p. 368 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, p. 540-542.

²⁰⁸⁵ M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799, op. cit.*, p. 278.

l'« expression de la souveraineté populaire »²⁰⁸⁶. Garantir le respect de la constitution permet donc de rendre cette souveraineté du peuple effective, le juge assurant « la mise en représentation de la représentation »²⁰⁸⁷. Le juge constitutionnel, dans son contrôle de constitutionnalité des lois, exprimerait donc la volonté du souverain originaire. Face à des parlementaires en crise de légitimité, le juge constitutionnel apparaît comme « l'instrument de la société civile contre la société politique »²⁰⁸⁸. Cette théorie consiste dès lors à faire du juge un tiers pouvoir²⁰⁸⁹.

455. S'opposeraient alors d'un côté le juge, gardien du peuple et de sa souveraineté, et de l'autre les représentants, qui, en tant qu'acteurs politiques, ne seraient pas en mesure d'exprimer à eux seuls la volonté générale²⁰⁹⁰. L'argument présuppose ainsi tant une méfiance du politique qu'une confiance dans un juge qui, loin d'entacher la volonté du peuple souverain, en serait le protecteur, au sens où il en garantirait l'intégrité et l'authenticité. Le juge constitutionnel assurerait les intérêts du peuple contre les intérêts de la volonté législative, en lui rappelant la nécessité de respecter la constitution. Il apparaît donc comme une « nécessité démocratique », consubstantielle à l'exercice de la souveraineté puisque, en son absence, « la parole constitutionnelle est sans normativité et sans efficacité »²⁰⁹¹. En définitive, le contrôle de constitutionnalité des lois serait un « progrès démocratique »²⁰⁹².

²⁰⁸⁶ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 541.

²⁰⁸⁷ D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », art. cité, p. 368.

²⁰⁸⁸ Ce serait ce qui, « dans l'affaïssement de la croyance en la vertu du politique, participe à sa légitimation », D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 56.

²⁰⁸⁹ Ph. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op. cit., p. 197-222. V. également, D. SALAS, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Paris, Hachette Littératures, coll. « Forum », 1998, p. 13 : pour l'auteur la place prépondérante du juge désigne « non pas de la naissance d'un troisième pouvoir, qui viendrait simplement s'ajouter aux deux autres (exécutif et législatif), mais bien d'un *tiers pouvoir*, instance de jugement placée, au cœur de la démocratie, entre les représentants et les représentés ». V. également du même auteur, « Introduction. La justice entre les deux "corps" de la démocratie » in D. SALAS (dir.), *La justice, une révolution démocratique*, Paris, Desclée de Brouwer, coll. « Société », 2001, p. 28-33. Aussi Dominique Rousseau affirme-t-il que « le juge constitutionnel est ce tiers qui permet de prendre conscience de la représentation », D. ROUSSEAU, « Réponse à Michel Troper » in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1998, p. 381.

²⁰⁹⁰ « Or, précisément, le juge constitutionnel casse cette fusion gouvernés-gouvernants puisque le postulat sur lequel repose la justice constitutionnelle, quelle que soit son organisation concrète, est la pensée de divergences possibles entre la volonté constituante du peuple et la volonté législative de ses représentants », D. ROUSSEAU, « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *La Revue administrative*, n° 301, 1998, p. 201.

²⁰⁹¹ D. ROUSSEAU, « Y a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France ? » in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, op. cit., p. 22.

²⁰⁹² D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », art. cité, p. 369. Dans le même sens, Pierre Rosanvallon défend une « conception *démocratique-réflexive* du contrôle de constitutionnalité », qui signifie que ce type de contrôle accroît « indirectement le pouvoir citoyen sur les institutions », P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., p. 220.

456. Cette thèse a le grand mérite de mettre en évidence la nature purement constituée, donc non souveraine, du Parlement²⁰⁹³. En ce sens, le juge ne concurrence pas le peuple souverain, mais le législateur, qui n'est pas le souverain. Toutefois, en dénonçant la fiction de la loi expression de la volonté générale et en juridictionnalisant, par là même, la souveraineté du peuple, cette théorie s'avère hautement problématique. La loi expression de la volonté générale, dit-on, est une fiction, c'est-à-dire « une représentation de la réalité qui est devenue convention dans l'appréhension de celle-ci et qui, n'étant plus réinterrogée, devient un acquis déformant de la représentation de la réalité »²⁰⁹⁴. La critique de l'expression par la loi de la volonté générale se fonde donc sur la médieté de cette expression. Le législateur ne serait pas à même d'exprimer la souveraineté du peuple en raison de la distance qui se dresse inéluctablement entre le Parlement et le peuple – autrement dit au nom d'un « impératif de “représentativité” »²⁰⁹⁵. Or, en considérant que le juge défend le peuple souverain en contrôlant la constitutionnalité des lois, la doctrine ne fait également pas autre chose que mobiliser la fiction de la volonté générale, cette fois constitutionnelle. L'expression de la souveraineté du peuple par le juge ne peut en effet, elle aussi, qu'être médiata. Si bien que la fiction de la loi expression de la volonté générale a été remplacée par la fiction de la préservation par le juge de la souveraineté du peuple. Il paraît à cet égard curieux de proposer un remède à la fiction de la représentation législative du souverain en y substituant une autre fiction, celle de la représentation juridictionnelle de ce même souverain. Il semblerait donc possible d'en déduire que la loi expression de la volonté générale n'est pas dénoncée en tant que fiction, mais en tant qu'elle confie l'exercice de la souveraineté au Parlement.

²⁰⁹³ Ce qu'affirme bien Dominique Rousseau : « le postulat, au moins implicite, sur lequel repose le principe de la justice constitutionnelle [...] est la pensée de divergences possibles entre la volonté constituante du peuple et la volonté législative de ses représentants », D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle “nécessité démocratique” ? », art. cité, p. 367.

²⁰⁹⁴ X. MAGNON, « La puissance et la représentation, l'État et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, op. cit., p. 254-255.

²⁰⁹⁵ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, op. cit., p. 498. La « représentativité » s'entend ici de l'idée d'une ressemblance sociologique entre le peuple et ses représentants. Originellement, elle se rattache à l'idée d'imputation de la volonté aux représentants et rappelle l'anathème formulé par Rousseau contre la représentation : « La Souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée ; elle consiste essentiellement [sic] dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point : elle est la même, ou elle est autre, il n'y a point de milieu », J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique* [1762], in *Œuvres complètes*, Tome III. *Du contrat social, Écrits politiques*, op. cit., Livre III, Ch. XV, p. 429. Cette critique sera reprise par Carré de Malberg dans les années 1930 : « Cette fiction, qui a servi originellement de base au régime représentatif, est l'une de celles à propos desquelles on a parlé de mysticisme révolutionnaire : ne serait-il pas plus exact de parler ici de mystification ? Il faudrait être bien crédule pour se laisser persuader que les volontés énoncées par une oligarchie sont l'expression de la volonté générale de la communauté, alors surtout que les soi-disant représentés sont exclus de la possibilité d'opposer une volonté contraire à celle qui passe pour représenter la leur », R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, op. cit., p. 216.

457. Ainsi analysée, Dominique Rousseau admet bien que sa théorie aurait peu de pertinence²⁰⁹⁶. Il conteste donc cette analyse, correspondant à ce qu'il qualifie de « *doxa* démocratique »²⁰⁹⁷, en affirmant qu'en dépit du caractère médiat de cette « mise en souveraineté du peuple », inhérent à toute forme démocratique²⁰⁹⁸, le juge permet de confronter les représentants « à la source de leur délégation », c'est-à-dire à la constitution, ce qui a pour conséquence de placer le peuple souverain « en position de contrôle ». La Constitution, appelée ici « charte jurisprudentielle des droits et libertés », est réputée être un « miroir » ; miroir « que le juge présente au peuple »²⁰⁹⁹. Autrement dit, le miroir consiste à présenter la garantie juridictionnelle de la constitution comme une mise en représentation de la souveraineté constituante du peuple, permettant de dissocier l'identification du peuple souverain à la représentation législative. L'immédiateté du lien entre peuple et juge serait alors permise par le contrôle du respect de la Constitution imputée le peuple souverain. Le peuple visé ici n'est donc pas le peuple constitué, mais bien le peuple constituant, qui ne peut exister que par l'intermédiaire du juge qui protège son œuvre, la Constitution – et qui n'a, en réalité, qu'une existence médiante²¹⁰⁰. Il s'agit dès lors bien de juridictionnaliser la souveraineté du peuple qui ne se révélerait, en droit, que par l'intermédiaire du juge.

458. Or, une chose est de reconnaître que « la justice constitutionnelle assure la permanence (dans le temps) de la suprématie normative de la Constitution »²¹⁰¹ – cette permanence étant notamment permise par une réinterprétation constante du texte constitutionnel par le juge – une autre est toutefois d'en déduire que la souveraineté du peuple

²⁰⁹⁶ « Sans doute cette représentation du Conseil garant du respect de la souveraineté populaire par les représentants ne doit-elle pas conduire à une idéalisation démocratique du Conseil. Certains pourraient même soutenir que le nouveau schéma constitutionnel aboutit à substituer à l'identification gouvernés-Parlement, l'identification gouvernés-Conseil, et, au bout du compte, à substituer comme dans l'ancienne configuration, la volonté du second à celle des premiers. Si tel était le cas, il serait difficile de prétendre que la juridiction constitutionnelle et sa jurisprudence correspondent à une "nécessité démocratique" », D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 542. Dominique Rousseau juge toutefois cette contradiction « motrice et non destructrice », D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », art. cité, p. 371.

²⁰⁹⁷ *Ibid.*

²⁰⁹⁸ « Mais n'est-ce pas pécher par idéalisme de penser que le peuple puisse être transparente à lui-même, puisse se saisir directement comme souverain ? », D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 542.

²⁰⁹⁹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 542-543. Eric Desmons analyse cette métaphore du miroir comme la promotion d'« une figure spéculaire de la démocratie » qui, loin d'être moderne, révèle « une conception cléricale du pouvoir, dont la justice constitutionnelle serait la contemporaine expression ». Elle n'est, pour l'auteur, rien d'autre qu'une légitimation « téléologique », E. DESMONS, « Le normativisme est une scolastique (brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits*, n° 32, 2000, p. 21.

²¹⁰⁰ Comme l'affirme également Denis Salas, le juge est un tiers pouvoir dans la mesure où, à la souveraineté du peuple manifestée « de l'extérieur », le juge rendrait possible « la présence symbolique du peuple à l'intérieur des institutions politiques », D. SALAS, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, *op. cit.*, p. 192.

²¹⁰¹ Ph. BLACHÈRE, « Les temps de la saisine du Conseil constitutionnel » in A. VIALA (dir.), *La constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, coll. « Bibliothèque de droit », 2003, p. 238.

ne peut exister que par le contrôle qu'opère le juge du respect de la Constitution. Une telle affirmation aboutit en effet à une confusion entre la règle de droit et la source de cette règle, autrement dit à considérer que le peuple souverain n'existe que par son œuvre fondatrice, la Constitution, et donc par l'interprétation qu'en donne le juge. Révélatrice en ce sens est l'affirmation selon laquelle la constitution est « le texte où est enfermé la parole du Souverain »²¹⁰². Or, il nous semble que seule la parole du peuple constitué est enfermée dans la Constitution, non celle du souverain. La souveraineté ne peut être enfermée : enfermé, le peuple n'est plus souverain. Car ce dernier, comme l'a rappelé Olivier Beaud, n'est pas dans la Constitution mais au-dessus d'elle. Considérer que la constitution enferme le souverain correspond toutefois à une conception désormais classique dans la théorie constitutionnelle : la conception de la souveraineté développée par Carré de Malberg dans son analyse du droit constitutionnel révolutionnaire. Ce dernier relève effectivement que, dans la théorie de la souveraineté nationale pensée au XVIII^e siècle, la souveraineté n'est que postulée. La nation est certes souveraine, mais elle est immédiatement privée de l'exercice de la souveraineté, que l'on place dans la Constitution : « ainsi se trouve supprimée l'existence d'un pouvoir absolu »²¹⁰³. Ainsi se trouve donc supprimée l'hypothèse de la souveraineté. La souveraineté serait remise à la constitution, ce qui reviendrait à anéantir le fondement du pouvoir, donc l'idée même de souveraineté²¹⁰⁴.

459. Pourtant, la thèse soulevée repose bien sur l'idée selon laquelle la souveraineté du peuple se manifeste par l'intermédiaire du juge constitutionnel. Elle s'avère alors malaisée, puisqu'elle ne permet plus de distinguer quel peuple est désigné comme se manifestant à travers le juge. À l'appui de leur théorie, Dominique Rousseau, mais aussi Marcel Gauchet, semblent bien désigner par souverain le peuple constituant. C'est ce que révèle la distinction entre le « peuple perpétuel », qui serait le peuple constituant originaire, et le « peuple actuel », qui serait

²¹⁰² D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle “nécessité démocratique” ? », art. cité, p. 375.

²¹⁰³ Il ressort en effet de l'analyse formulée par Eric Maulin que, pour Carré de Malberg, la souveraineté est profondément transformée à la Révolution car « tandis que le monarque titulaire du pouvoir souverain est aussi le détenteur de son exercice, la nation, être anonyme et abstrait, est le titulaire d'un pouvoir qu'elle ne peut pas exercer par elle-même, mais dont elle doit, par conséquent, “déléguer” l'exercice à un “représentant” ». Dès lors, « le pouvoir dont est maintenant titulaire la nation se trouve immédiatement subordonné à la constitution qui organise l'État et donne compétence aux organes pour formuler la volonté nationale », E. MAULIN, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française* n° 328, 2002 [en ligne].

²¹⁰⁴ En ce sens, Olivier Beaud a bien montré qu'une norme ne peut être souveraine dans la mesure où le Souverain est celui qui *veut* librement. Or la Constitution « n'est pas douée de volonté », O. BEAUD, « Le Souverain », art. cité, p. 35. Dans le même sens, Carl Schmitt considère que cette « curieuse personnification d'une loi écrite » n'a pas de sens, puisque « seul quelque chose existant concrètement peut être souverain, pas une norme simplement valide », C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 136

le peuple constitué²¹⁰⁵. Le juge s'opposerait ainsi au peuple actuel toutes les fois où il adopterait une « décision antimajoritaire », c'est-à-dire lorsqu'il empêche la promulgation d'une loi votée par une majorité élue par le peuple. Or, nous dit Marcel Gauchet, cette décision « est précisément l'appel au peuple perpétuel contre le peuple actuel »²¹⁰⁶. L'auteur évoque en ce sens le risque « qu'un peuple actuel usurpe dans le présent de sa volonté une puissance qui n'appartient qu'au peuple transcendant qui ne cesse de se forger au travers de la sédimentation du devenir »²¹⁰⁷. Mais cette distinction aggrave la confusion, dans la mesure où le peuple souverain est aussi bien un peuple perpétuel qu'un peuple actuel. En réalité, sa permanence tient précisément au fait qu'il est toujours actuel, même si cette présence se fait silencieuse. L'existence de deux peuples ne repose dès lors pas sur la distinction entre un peuple passé et un peuple présent, mais entre un peuple souverain et un peuple limité par la Constitution. Considérer le peuple souverain comme toujours silencieusement présent permet ainsi de résoudre l'aporie fondamentale que constitue « la question de savoir pourquoi le mort (volonté originelle) saisit le vif (volonté actuelle) »²¹⁰⁸.

460. La thèse de la juridictionnalisation de la souveraineté du peuple s'avère également problématique en ce qu'elle conduit à ne voir dans la constitution qu'un instrument de limitation du pouvoir législatif. La manifestation de la souveraineté par le juge n'est en effet mise en rapport qu'avec le représentant législateur, et donc au seul regard du contrôle de la loi. S'agissant des représentants, Dominique Rousseau opère une distinction entre la médieté du lien entre le peuple et les représentants et la médieté du lien entre le peuple et le juge constitutionnel : tandis que les représentants « renvoient seulement aux citoyens l'image de représentés », le juge constitutionnel renvoie au peuple l'image de souverain²¹⁰⁹. Et ceci s'explique par le fait que la loi est « l'espace des gouvernants » quand la constitution, qualifiée de « charte jurisprudentielle des droits et libertés », serait « l'espace des gouvernés »²¹¹⁰. Pour l'auteur, le représentant est donc l'organe législatif, ce qui correspond à l'acception originelle de la représentation – celle des révolutionnaires²¹¹¹. Au surplus, si le représentant est le seul

²¹⁰⁵ Ce que révèle l'affirmation de Marcel Gauchet selon laquelle « le peuple actuel ne dispose jamais de la plénitude de la souveraineté. Il l'incarne à titre précaire et révocable, avec ce que cela lui impose comme limite, d'avoir à garder intact le principe qui le fonde dans son acte », M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799, op. cit.*, p. 45.

²¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 46.

²¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 47.

²¹⁰⁸ A. VIALA, « L'esprit des constitutions par-delà les changements » in A. VIALA (dir.), *La constitution et le temps, op. cit.*, p. 35.

²¹⁰⁹ D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », art. cité, p. 372.

²¹¹⁰ *Ibid.*, p. 367.

²¹¹¹ Cela contredit dès lors la thèse actuelle selon laquelle le Président de la République est, lui aussi, un représentant ; thèse substantiellement discutée par Bruno Daugeron, qui y voit une contradiction avec l'idée

législateur, le contrôle de la loi est par voie de conséquence l'acte par excellence permettant de faire apparaître la figure du souverain. Ce qui ouvre la brèche à l'affirmation selon laquelle une loi qui n'est pas contrôlée ne serait pas légitime²¹¹². Une telle vision ne semble pas en réalité avoir pour dessein de condamner le principe même de la représentation. Ce qui est critiqué par Dominique Rousseau, c'est davantage l'imputation de la volonté formulée par le Parlement à la volonté du peuple, remplacée par une autre forme d'imputation : celle de la volonté du juge à la volonté du peuple.

461. Le point saillant de la réflexion de Dominique Rousseau réside en définitive dans la valorisation de la délibération en démocratie. Contre une volonté souveraine une et indivisible, l'auteur oppose en effet le principe délibératif, mieux à même de servir la démocratie. Cette promotion de la démocratie délibérative²¹¹³, qu'il appelle la « démocratie continue »²¹¹⁴, s'inscrit dans un long processus qui émerge à partir des années 1980, qui a pour caractéristique de redéfinir, dans une perspective résolument libérale, la légitimité politique en une légitimité de discussion²¹¹⁵. Elle correspond dès lors à une « conception épistémique de la démocratie : la prise de décision a pour fin la *découverte* de ce qui constitue le bien commun (et non la construction d'une solution de compromis ou d'équilibre) »²¹¹⁶. Dans sa forme constitutionnaliste, telle qu'élaborée par Dominique Rousseau, cette démocratie délibérative s'apparente à celle proposée par Jürgen Habermas, mais également Bernard Manin. Habermas

originaire selon laquelle la représentation est liée à la loi expression de la volonté générale. V. B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, op. cit., p. 774-810.

²¹¹² L'affirmation selon laquelle « ce n'est qu'une fois contrôlé son respect à la Constitution que la loi exprime la volonté générale » (D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », art. cité, p. 381) conduit en effet à penser que les lois qui n'ont pas été contrôlées par le juge, dans le cadre de son contrôle *a priori* comme de son contrôle *a posteriori*, n'exprimeraient pas la volonté générale et ne seraient dès lors pas, à proprement parler, des lois.

²¹¹³ Sur la démocratie délibérative, v. les travaux particulièrement éclairants de Charles Girard, C. GIRARD, « Raison publique rawlsienne et démocratie délibérative. Deux conceptions inconciliables de la légitimité politique ? », *Raisons politiques*, n° 34, 2009, p. 73 ; « Jean-Jacques Rousseau et la démocratie délibérative : bien commun, droits individuels et unanimité », *Lumières*, n° 15, 2010, p. 199 ; « La démocratie doit-elle être délibérative ? », *Archives de Philosophie*, 2011, Tome 74, p. 223 ; « La démocratie par la délibération ? », *Idées économiques et sociales*, n° 173, 2013, p. 8.

²¹¹⁴ Sur la démocratie continue comme « démocratie de délibération », v. en particulier, D. ROUSSEAU, « De la démocratie continue » in D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ – Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », 1995, p. 5.

²¹¹⁵ « Longtemps dominantes, les théories qui fondent la légitimité de la décision collective sur l'agrégation des préférences individuelles, sont aujourd'hui contestées par les tenants de la démocratie délibérative. Selon ces derniers, une décision est légitime dans la mesure où elle résulte d'un échange public, libre et raisonné d'arguments entre citoyens égaux. C'est en donnant au processus de prise de décision collective la forme d'une délibération publique portant sur le bien commun qu'il serait possible d'assurer à la fois l'efficacité et la légitimité de l'exercice démocratique du pouvoir », C. GIRARD, « Raison publique rawlsienne et démocratie délibérative. Deux conceptions inconciliables de la légitimité politique ? », art. cité, p. 73.

²¹¹⁶ C. GIRARD, « Jean-Jacques Rousseau et la démocratie délibérative : bien commun, droits individuels et unanimité », art. cité, p. 201.

a en effet pour projet de résoudre l'opposition entre la « raison pratique, qui s'incarne dans la Constitution » et « la volonté souveraine des masses politiques »²¹¹⁷. La conciliation s'opère pour lui par la discussion, défendant ainsi « la force de légitimation résidant dans des discussions qui concourent à la formation de l'opinion et de la volonté, et dans lesquelles les forces d'obligation illocutoires qui sont à l'œuvre dans l'usage du langage orienté vers l'intercompréhension, peuvent être mises à profit pour réunir volonté et raison »²¹¹⁸. Il n'y aurait donc plus d'opposition entre raison et volonté, dans la mesure où la délibération permet précisément de rationaliser la volonté politique²¹¹⁹. La légitimité est alors placée dans la délibération, c'est à-dire dans la procédure permettant la prise de décision²¹²⁰. Bernard Manin, quant à lui, entend substituer la délibération à la volonté. Pour lui, la délibération qui, « suivant un usage qui remonte à l'aristotélisme », est entendue comme « le processus de formation de la volonté »²¹²¹, constitue, en démocratie, la véritable source de légitimité. La majorité étant insatisfaisante à se substituer à l'unanimité, il convient de substituer au principe majoritaire le principe délibératif. Or, c'est également la conception de Dominique Rousseau, pour qui « le principe délibératif » permet à la majorité de s'approcher « davantage de l'idéal de généralité sans que ce rapprochement soit [...] un artifice »²¹²². Partant, « il faut affirmer, quitte à contredire une longue tradition : la loi est le *résultat de la délibération générale*, non pas *l'expression de la volonté générale* »²¹²³. Il faut alors penser la juridictionnalisation de la souveraineté du peuple comme une redéfinition du principe de légitimité. La légitimité d'une

²¹¹⁷ J. HABERMAS, « La souveraineté populaire comme procédure » in C. GIRARD, A. LE GOFF (éds.), *La démocratie délibérative. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann, coll. « L'Avocat du diable », 2010, p. 176.

²¹¹⁸ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, coll. « NRF essais », 1997, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, p. 119.

²¹¹⁹ Analysant la pensée habermassienne dans sa confrontation avec la pensée de Jean-Jacques Rousseau, Charles Girard relève en effet que « la solution habermassienne consiste [...] à faire du discours public le "médiateur entre raison et volonté" ». En séparant ces deux dernières, c'est-à-dire en distinguant l'opinion publique des citoyens et la volonté majoritaire de l'assemblée souveraine des représentants du peuple, ce qui est bien sûr impensable en termes rousseauistes, Habermas fait de la délibération à l'œuvre dans les espaces publics informels la procédure par laquelle l'opinion exerce une influence rationalisante sur la volonté », C. GIRARD, « Jean-Jacques Rousseau et la démocratie délibérative : bien commun, droits individuels et unanimité », art. cité, p. 214.

²¹²⁰ Ce faisait, le peuple ne serait pas dépossédé de sa souveraineté, l'expression de la souveraineté étant simplement soumise aux « conditions discursives d'un processus en soi différencié de formation de l'opinion et de la volonté », J. HABERMAS, « La souveraineté populaire comme procédure », art. cité, p. 177.

²¹²¹ B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, n° 33, 1985, p. 77. L'auteur démontre que ce ne fut pas le sens retenu par Jean-Jacques Rousseau, pour qui la délibération est synonyme de décision. Par ailleurs, cette idée de délibération comme confrontation des volontés censées dégager l'intérêt général existait chez Sieyès, même s'il ne s'agissait pas pour lui de neutraliser la volonté mais au contraire de produire une volonté commune. V. S. RIALS, « Sieyès ou la délibération sans la prudence », *Droits*, n° 13, 1991, p. 123.

²¹²² D. ROUSSEAU, « De la démocratie continue » in D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue, op. cit.*, p. 22.

²¹²³ B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », art. cité, p. 82.

décision ne réside pas dans le fait qu'elle ait été prise par les représentants du peuple, mais dans son processus d'adoption et surtout, avec Dominique Rousseau, de contrôle : puisque « les dispositions constitutionnelles [...] expriment l'accord unanime des individus »²¹²⁴, le contrôle du respect de la constitution est nécessairement plus démocratique. Il le serait d'autant plus depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, « car c'est bien le peuple qui, en saisissant le juge constitutionnel, devient le premier gardien de la Constitution. De ce point de vue, la question prioritaire de constitutionnalité met fin à l'asymétrie d'une procédure qui confiait aux seuls représentants du peuple le respect de la Constitution du peuple »²¹²⁵ – ce qui suppose une assimilation du peuple au requérant ; assimilation qui n'est pas sans poser de sérieuses difficultés théoriques.

462. Cette juridictionnalisation du peuple par la promotion de la démocratie délibérative appelle deux séries de remarques. D'abord, il paraît difficile de considérer que le peuple intervient, par l'intermédiaire du juge, dans le processus de décision. Quoi qu'on ait pu considérer, avec la question prioritaire de constitutionnalité, que la porte du prétoire était désormais « ouverte »²¹²⁶, il apparaît que les portes demeurent bien trop étroites pour que le peuple puisse s'y introduire. Surtout, elle présuppose une conception idéalisée du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, ceci alors que le juge est en réalité « peu accessible » et que la question « échappe au peuple »²¹²⁷. En effet, même si la publication de communiqués de presse et de commentaires permet d'améliorer la publicité des décisions et de remédier, dans une certaine mesure, au caractère secret des délibérations²¹²⁸, il n'en demeure pas moins que cette publicité ne permet pas de considérer le peuple comme associé, même indirectement, au contrôle des représentants. Le peuple constitué ne peut en effet que constater la décision prise par le juge, mais ne dispose d'aucune arme pour la remettre en cause, car il ne dispose pas du pouvoir d'initiative de la révision constitutionnelle²¹²⁹. Il en résulte donc que le dialogue décrit comme un « progrès démocratique » n'a lieu qu'entre le Parlement et le Conseil constitutionnel. Dominique Rousseau le reconnaît d'ailleurs, lorsque, prenant l'exemple de la

²¹²⁴ D. ROUSSEAU, « De la démocratie continue » in D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, op. cit., p. 23.

²¹²⁵ A. VIDAL-NAQUET, « La justice constitutionnelle est-elle un nouveau canal de participation, d'opposition et/ou de contrôle du peuple au pouvoir ? » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, op. cit., p. 219.

²¹²⁶ G. DRAGO, « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *RFDC*, n° 84, 2010, p. 751.

²¹²⁷ *Ibid.*, p. 222-223.

²¹²⁸ Pour Paul Thibaud, avec le secret des délibérés, le Conseil constitutionnel apparaît comme « l'oracle de la République », L. HAMON, P. THIBAUD, « Le Conseil constitutionnel et la démocratie », art. cité, p. 69 *sqq.*

²¹²⁹ Le référendum d'initiative partagée, consacré par le troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, ne saurait réellement être considéré comme une « initiative populaire » dans la mesure où il doit procéder de « l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales ».

révision constitutionnelle du 25 novembre 1993²¹³⁰, il affirme que « les élus du peuple gardent, comme il se doit en démocratie, le pouvoir de dernier mot puisqu'ils sont toujours en position de faire prévaloir, contre une censure du juge, leur volonté »²¹³¹. Dès lors, les représentants, décrits par Dominique Rousseau comme limités par le peuple à travers le juge constitutionnel, sont en mesure de briser cette limite. En définitive, le juge ne concurrence ni le peuple souverain, ni le peuple constitué, mais assure la supériorité de « la volonté des parlementaires-constituants sur celle des parlementaires-législateurs »²¹³².

463. Ensuite, le problème majeur de cette vision du juge et de la démocratie est qu'elle assimile la raison juridictionnelle avec l'expression de la volonté du peuple. La thèse de la souveraineté du peuple juridictionnalisée conduit davantage à promouvoir la raison du juge que le principe délibératif. Difficile en effet de considérer qu'une décision juridictionnelle participe de la délibération, ce que révèle bien la pensée de Habermas lorsqu'il place la réconciliation de la raison et de la volonté dans le « discours public »²¹³³. La volonté des élus n'est en ce sens pas confrontée à la délibération, mais bien à la rationalité, à l'impartialité du juge. À la différence du projet habermassien, qui est de concilier volonté et raison, Dominique Rousseau, bien qu'il pose le juge comme condition de possibilité de la démocratie délibérative, marque précisément cette opposition entre raison et volonté. Il s'agit en effet d'opposer le savoir, source de justice, au vouloir politique. La pensée de Dominique Rousseau correspond dès lors au projet du constitutionnalisme classique, qui est de limiter, de rationaliser le pouvoir.

²¹³⁰ Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 relative à aux accords internationaux en matière de droit d'asile, *JORF* du 26 novembre 1993, p. 16296.

²¹³¹ D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », art. cité, p. 374.

²¹³² Si bien que « la volonté du peuple a disparu dans l'opération et avec elle la légitimation démocratique supposée du contrôle de la constitutionnalité », J.-M. DENQUIN, « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, p. 19 [en ligne].

²¹³³ J. HABERMAS, « La souveraineté populaire comme procédure », art. cité, p. 178.

CONCLUSION DU CHAPITRE

464. Les controverses doctrinales relatives à la juridictionnalisation du droit constitutionnel se voient donc neutralisées par l'expansion d'un discours de légitimation ; discours tendant à conjuguer les fonctions du juge constitutionnel aux fins du constitutionnalisme qui tiennent respectivement à la limitation du pouvoir et la garantie des droits. Au commencement, le libéralisme constitue le fondement philosophique du constitutionnalisme. Ainsi naîtra le constitutionnalisme libéral, dont le premier moment tendra à la promotion d'une limitation constitutionnelle des pouvoirs, qui n'est pas juridictionnalisée. Selon cette conception, la constitution est une mécanique qui assure par elle-même cette limitation, sans qu'il soit besoin de l'intervention d'un tiers. Mais le légicentrisme, en tant que règne de la volonté, et la nomophilie propre au XVIII^e siècle, vont bientôt constituer un obstacle à la réalisation de ce constitutionnalisme libéral. En effet, ni la volonté générale associée à l'idée de Raison ni le volontarisme juridique qui en découlera, ne sont compatibles avec l'idée de limitation du pouvoir. Aussi, alors qu'à la période révolutionnaire, la garantie des libertés sera pensée comme étant produite par le pouvoir politique – la loi – le constitutionnalisme libéral des deux premiers tiers du XIX^e siècle prendra ses distances avec les théories de la souveraineté. À partir de la fin du XIX^e siècle, naîtra un second constitutionnalisme libéral qui substituera les libertés individuelles aux libertés publiques. S'ensuivront d'un point de vue constitutionnel une critique de la volonté législative et une promotion de l'État de droit, en tant que ce dernier permet de limiter le pouvoir législatif. La rhétorique contemporaine succédera alors naturellement à la rhétorique moderne avec l'apparition du juge constitutionnel. Celle-ci, qui place la garantie des droits au fondement du constitutionnalisme, émergera dans les années 1970 pour triompher dans les années 1990. De cela naîtra un courant doctrinal propre au constitutionnalisme français, le constitutionnalisme juridictionnalisé, distinct du « néo-constitutionnalisme » notamment en ce que la promotion des valeurs n'est pas proprement assumée. Cette dernière est en effet dissimulée derrière une représentation formaliste du droit, ce qu'illustre la conception formelle des droits fondamentaux qui domine en France. D'un point de vue substantiel, ces valeurs sont dès lors en elles-mêmes axiologiquement indéterminées, dans la mesure où l'on ne dit pas ce qui serait par *nature* – ou pire, par *essence* – supérieur, mais l'on présente comme supérieures des valeurs en fonction de leur rang constitutionnel. Héritier de la philosophie révolutionnaire des droits de l'homme sur laquelle elle n'a de cesse de se fonder – une philosophie universaliste qui repose sur une conception absolutiste des

valeurs – le constitutionnalisme juridictionnalisé n’assure pourtant la promotion des valeurs que sont les droits et libertés qu’à travers la constitution, qui devient alors une valeur par elle-même et pour elle-même. Inévitablement, ces valeurs ne pourront être protégées que par un juge, gardien privilégié de la constitution axiologique.

465. Le renouvellement des théories constitutionnelles classiques s’explique également par la nature intrinsèquement concurrentielle de la fonction du juge constitutionnel. Celle-ci s’observe au regard de la théorie de la représentation d’une part et au regard du principe de souveraineté d’autre part. Fonctionnellement envisagée comme l’expression de la volonté générale, la théorie de la représentation paralysera la réflexion sur la juridictionnalisation du droit constitutionnel en raison du lien établi entre le principe représentatif et la fonction législative. Viendra alors la critique, non du principe représentatif, mais de l’identification de la représentation à la loi. Ce ne sera alors qu’en juridictionnalisant la fonction représentative que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation pourra s’épanouir. La volonté générale se transforme ainsi en volonté constitutionnelle, c’est-à-dire en définitive juridictionnelle. Il s’agit bien d’un bouleversement paradigmatique, puisque la représentation se voit détachée de la loi et subséquemment de l’élection. La difficulté tiendra alors à l’entremêlement de ces deux conceptions de la représentation. La grande majorité de la doctrine constitutionnaliste n’a en effet pas entendu prendre en compte cette transformation et conserve, en sus de la nouvelle conception, l’ancienne théorie de la représentation. Seule une partie de la doctrine, singulièrement le doyen Favoreu, entendra abandonner purement et simplement l’identification du représentant à la fonction législative ou à l’élection au profit d’une juridictionnalisation de la représentation. Si la déconnexion de la souveraineté et de la représentation permettra de remédier à cette confrontation, elle n’est pas sans soulever de singulières difficultés théoriques quant à l’identification du souverain, assimilé au peuple constitué. Cette déconnexion aura surtout pour conséquence, pour une partie de la doctrine, de juridictionnaliser la souveraineté du peuple. La fiction de la volonté législative des représentants sera alors remplacée par la fiction de la volonté constitutionnelle du juge, et la limitation du pouvoir par la constitution apparaîtra exclusivement destinée à réduire la volonté législative. L’opposition fondamentale entre contrôle de constitutionnalité et souveraineté en droit constitutionnel français diffère ainsi radicalement du droit constitutionnel américain au sein duquel la souveraineté n’était dès l’origine pas législative, mais proprement constitutionnelle. La déconnexion entre le peuple et les représentants rend alors possible l’existence du juge constitutionnel. La juridictionnalisation de la souveraineté du peuple permet ainsi de souligner que le législateur ne s’identifie pas au souverain. Mais la fiction de la volonté législative est remplacée par la fiction de la volonté

juridictionnelle. Le problème tient en ce sens à ce que la critique de l'imputation de la volonté du peuple à celle du Parlement est remplacée par l'imputation, plus malaisée encore, de la volonté du peuple à celle du juge. Plus encore, la promotion du principe délibératif – la « démocratie continue » – n'est en réalité qu'une promotion de la raison juridictionnelle. Juridictionnaliser la souveraineté du peuple revient, en définitive, à rationaliser la volonté des élus. Il serait toutefois fort malaisé de trancher la question de savoir s'il convient ou non de rationaliser une telle volonté. La réponse est en effet fonction des critères de légitimation mobilisés pour définir la démocratie. Il ne s'agit pas ici de souscrire à une vision purement relativiste, mais simplement de souligner qu'en répondant à une telle question, l'on formule bien plutôt un discours de légitimation. Or, c'est précisément par ce type de discours que la doctrine tentera de neutraliser la controverse relative à la légitimité du juge constitutionnel en démocratie.

CHAPITRE 2

LE RENOUVELLEMENT DES PARADIGMES DÉMOCRATIQUES

« Croire qu'il y a une démocratie indépendante de la justice, c'est là qu'est l'erreur ; la véritable liberté n'est que le règne du droit »²¹³⁴.

466. Confronté au mot comme à la chose à laquelle il renvoie, la démocratie ne laisse pas de déconcerter et de plonger le juriste, comme sans doute le philosophe, dans une cruelle incertitude. Du mot, l'on ne peut en effet que constater une multiplication de significations, dont certaines sont par ailleurs absolument contradictoires : qu'ont en commun, par exemple, la « démocratie directe » et la « démocratie des droits » ? De la chose, la perplexité s'accroît peut-être davantage, car on cherchera vainement le peuple sur lequel la démocratie est réputée se fonder²¹³⁵.

467. Faut-il alors tirer de ce sombre constat que tout discours sur la démocratie est vain ? Nullement. Car si les fluctuations de l'idée démocratique nous obligent à renoncer à rechercher une essence de la démocratie ou de la légitimité démocratique, il n'en demeure pas moins que le *discours sur* la démocratie – discours doctrinal, ici, mais le propos pourrait également être transposé au discours du droit positif – est porteur d'une *intention normative* qui dit quelque chose de la vision de la démocratie portée par son auteur. En d'autres termes, un tel discours est porteur de *représentations* qu'il est possible d'analyser et de confronter à celles portées par d'autres discours sur la démocratie. L'ensemble de ces discours forment à cet égard des paradigmes, qu'il est intéressant de discuter dans la mesure où ils permettent de faire connaître les représentations de la discipline elle-même. Dans cette perspective, il s'agira de soutenir que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation a pour effet de renouveler la démocratie²¹³⁶.

468. Pour comprendre cette mutation, il conviendra toutefois de proposer au préalable une clarification du concept de légitimité démocratique, la légitimité étant elle-même

²¹³⁴ E. LABOULAYE, *Histoire des États-Unis*, Tome III, Paris, 4^e éd., Charpentier et Cie, 1870, p. 498.

²¹³⁵ Sur cette difficulté, v. B. DAUGERON, « Les électeurs sont-ils le peuple ? Peuple, citoyens, électeurs en droit constitutionnel. Essai de distinction théorique » in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Claude Maslet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 155.

²¹³⁶ Renouveau d'autant plus important que la fonction du juge constitutionnel est, ainsi que nous l'avons soutenu, politique. En ce sens, Philippe Raynaud affirme : « Parmi les traits qui ont marqué l'évolution des démocraties depuis une vingtaine d'années, il en est peu de plus frappants que l'irrésistible croissance du rôle politique des juges, qui s'est accompagnée d'une profonde réévaluation du rôle du droit dans la politique démocratique », P. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe. Essais sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, coll. « Le Temps des idées », 2013, p. 169.

problématique en raison de son flou conceptuel. Certes, « la question la plus difficile que la théorie constitutionnelle ait à affronter est bien évidemment celle de la justification de l'existence même du contrôle de constitutionnalité »²¹³⁷. Toutefois, le constat établi par Michel Troper de « l'échec de la doctrine »²¹³⁸ à fournir une justification convaincante du contrôle de constitutionnalité nous semble dû à une définition paralytique du concept de légitimité. Celui-ci ne peut en effet être confronté à la question du juge, dans la mesure où il renvoie au seul fondement du pouvoir : la légitimité se situe *en dehors* de l'ordre constitutionnel²¹³⁹. La question de la légitimité démocratique ne peut dès lors qu'être *indirectement* posée, à travers l'entreprise de justification des organes constitués. Autrement dit, la question de la légitimité ne peut être abordée que sous l'angle de la légitimation. S'agissant du juge, nous tenterons ainsi de démontrer que la question de la légitimité ne concerne pas ce que nous proposons d'appeler le *présupposé de légitimité*, mais seulement les *critères de légitimation*. Cette distinction permettra ensuite de mieux saisir les mutations engendrées par le phénomène de juridictionnalisation. Se manifeste ainsi un paradoxe absolu, puisque le juge constitutionnel sera défendu au nom de la démocratie alors que c'est précisément sa confrontation au cadre démocratique qui posera un problème de légitimité. La doctrine ne pourra échapper à la nécessité de remédier à cette contradiction. Partant, sous l'emprise du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, ce seront les critères de légitimation démocratique qui seront redéfinis, glissant du critère de l'élection à celui de l'efficacité. Cette approche de la légitimité démocratique repose en effet sur le postulat selon lequel une redéfinition de la démocratie formulée *a posteriori*, pour justifier l'exercice d'un pouvoir, relève d'un « artifice rhétorique »²¹⁴⁰. À rebours de cela, il nous semble possible d'admettre qu'au sein du cadre

²¹³⁷ P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle » in C. GREWE *et al.* (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 115.

²¹³⁸ M. TROPER, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois », art. cité, p. 911.

²¹³⁹ Au contraire, s'interroger *directement* sur la légitimité du juge ne peut que mener à « la réintroduction d'une théorie du fondement du pouvoir *au sein même* d'un système juridique déjà existant », B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2011, p. 927. Une telle réintroduction donne alors nécessairement lieu à la critique selon laquelle « le constitutionnalisme a eu pour but de résoudre une fois pour toutes la question du fondement du pouvoir en l'intégrant à la soumission à la règle de droit produit de la volonté commune », si bien que « la légitimité est déjà contenue dans la légalité, la première se résorbant dans la seconde », *ibid.*, p. 926.

²¹⁴⁰ « Le concept de démocratie se trouve rétrospectivement réinterprété à la lumière des droits fondamentaux. L'artifice rhétorique pour éviter de faire apparaître la contradiction consistera à les invoquer au nom de la démocratie *et non* contre elle afin de se réclamer d'elle et non plus, comme le faisaient les révolutionnaires de 1789 à l'image de Sieyès, d'échapper à son emprise et à sa logique supposée », B. DAUGERON, « De la démocratie aux droits fondamentaux : transition ou substitution ? », *Politeia*, n° 30, 2016, p. 243.

démocratique, l'exercice du pouvoir peut se justifier selon différents critères susceptibles d'évolution (**Section 1**).

469. Les conséquences sur l'idée même de démocratie seront considérables. Ces critères prescriptifs de légitimation, tendant à justifier l'exercice du pouvoir, bouleversent en effet les finalités de la démocratie telles qu'elles apparaissent dans les discours. Les paradigmes démocratiques transforment alors à leur tour les finalités du droit constitutionnel lui-même (**Section 2**).

SECTION 1

LA TRANSFORMATION DES CRITÈRES DE LÉGITIMATION EN DÉMOCRATIE

470. La difficulté majeure de la question de la légitimité du juge réside dans le caractère fluctuant du concept, entendu comme la « conformité à une loi reconnue comme valeur fondatrice »²¹⁴¹. Cette difficulté est accentuée par une « controverse interminable » de doctrines « hantées par un problème d'école »²¹⁴². Deux conséquences en découlent : soit la doctrine refuse de traiter de la question de la légitimité, la rejetant hors des frontières du droit, soit elle alimente la controverse sans pour autant se préoccuper du concept, qu'elle ne s'emploie nullement à définir²¹⁴³. Il convient de surmonter dès l'abord ces difficultés d'ordre conceptuel. Le constat formulé par Jean-Marie Denquin est à cet égard décisif : si « les réponses généralement données à la question de la légitimité du juge constitutionnel ne sont pas satisfaisantes », c'est parce que « les thèses en présence, quel que soit par ailleurs leur argumentaire, ont en commun de justifier ce qui existe. Elles constituent *moins des théories de la légitimité que des discours de légitimation* »²¹⁴⁴.

471. En ce sens, nous soutiendrons que la question de la légitimité, appliquée au juge, ne concerne pas ce que nous proposons d'appeler le *présupposé de légitimité*, mais seulement les *critères de légitimation*. Autrement dit, le fondement du pouvoir constitue le noyau qui renferme différents présupposés de légitimité ; noyau d'où germera une multitude de critères de légitimation (§ 1). Il en résulte que l'exercice du pouvoir au sein de l'ordre constitutionnel ne suscite pas l'adhésion parce qu'il est légitime, mais parce qu'il est *légitimé*²¹⁴⁵. Partant, il convient de déplacer le discours de la légitimité vers celui de la légitimation, et d'identifier les

²¹⁴¹ B. KRIEGEL, « Le principe de légitimité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-PUF- Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 47.

²¹⁴² S. GOYARD-FABRE, « Légitimité » in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 3^e éd., 2003, p. 391-392.

²¹⁴³ Souvent en effet, la doctrine « s'abstient généralement de s'arrêter sérieusement au concept de "légitimité", qu'elle utilise comme s'il n'était pas profondément problématique, comme si le sens en était univoque, évident », M. COUTU, « Légitimité et constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », *Droit et société*, n° 56-57, 2004, p. 234.

²¹⁴⁴ J.-M. DENQUIN, « Justice constitutionnelle et justice politique » in C. GREWE *et al.* (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 75. Nous soulignons.

²¹⁴⁵ Cette perspective nous semble pouvoir remédier à la confusion observée par Bruno Daugeron du « déplacement de la question de la légitimité comme fondement du pouvoir à la légitimité comme justification de son exercice permettant de venir trancher des conflits internes à l'État entre les pouvoirs », B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*, p. 929. La justification de l'exercice du pouvoir n'est pas ici tenue pour un discours de légitimité, mais comme un discours de légitimation, c'est-à-dire non pas une observation objective sur le fondement du pouvoir, mais une volonté normative de susciter l'adhésion par l'intermédiaire de critères subjectifs.

raisons de l'évolution des critères de cette dernière en démocratie sous l'influence du phénomène doctrinal de juridictionnalisation. Nous verrons ainsi que cette évolution sera provoquée par la remise en cause de la démocratie représentative et la valorisation de la protection des droits et libertés des individus par la doctrine constitutionnaliste (§ 2).

§ 1. – Essai de clarification conceptuelle de la légitimité démocratique

472. La légitimité renvoie à la question de l'origine du pouvoir²¹⁴⁶. Or, comme le relève Norberto Bobbio, le pouvoir suprême « est légitime par le seul fait d'exister, et indépendamment de toute règle »²¹⁴⁷. En traitant la question de la légitimité d'un organe titulaire d'une compétence comme le juge, la doctrine opère une confusion entre la constatation de l'*existence* du souverain – la légitimité – et la prescription d'un contenu – la légitimation, autrement dit ce que *doit être* la légitimité. C'est la raison pour laquelle il nous paraît nécessaire de distinguer le présupposé de légitimité démocratique, c'est-à-dire une définition *a priori* de légitimité (A), des critères de légitimation qui s'y rapportent (B).

A. Le présupposé de légitimité : un discours descriptif sur le titulaire de la souveraineté

473. Le parti-pris conceptuel que nous adoptons s'explique par la volonté de remédier à la confusion entre le *titulaire* légitime de la souveraineté et l'*exercice* légitime du pouvoir. La légitimité intéresse en effet exclusivement le titulaire de la souveraineté. Aussi les substrats sur lesquels repose la légitimité d'un pouvoir sont-ils conditionnés par le cadre politique de son exercice. Dès lors, un pouvoir n'est légitime que s'il est en adéquation avec les fondements qui sous-tendent la forme du gouvernement d'un État ; fondements qui font précisément naître la signification du concept de légitimité. En ce sens, et selon la terminologie classique de « principe de légitimité », Olivier Beaud considère qu'« il y a autant de principes de légitimité que de formes de gouvernement »²¹⁴⁸. Ainsi, d'une part, « ce qui constitue la nature d'un gouvernement, c'est la manière dont y est organisée la souveraineté »²¹⁴⁹ et, d'autre part, un

²¹⁴⁶ C'est notamment le sens donné par Carl Schmitt. V. J. KRYNEN, « Position du problème et actualité de la question » in J. KRYNEN, J. RAIBAUT (dir.), *La Légitimité des Juges*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, coll. « Mutation des normes juridiques », p. 20.

²¹⁴⁷ N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », *Droits*, n° 32, 2000, p. 147.

²¹⁴⁸ O. BEAUD, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel » in A. AUER, J.-F. FLAUSS (dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 137.

²¹⁴⁹ F. ANCILLON, *De la souveraineté, et des formes de gouvernement. Essai destiné à la rectification de quelques principes politiques*, Paris, Le Normant, 1816, trad. F. GUIZOT, p. 35.

pouvoir n'est légitime que s'il est conféré au titulaire de la souveraineté²¹⁵⁰. À la source des formes de gouvernement jaillit la souveraineté, qui de façon circulaire va elle-même établir la légitimité. Il y a donc autant de *présupposés de légitimité* que de conceptions de la souveraineté ; conceptions qui produisent différentes formes de gouvernement. C'est ce qui explique la variabilité définitionnelle de la légitimité²¹⁵¹.

474. Plus fondamentalement, la reconnaissance de la légitimité du souverain ne peut, au sein de l'ordre juridique, qu'être *postulée*. La légitimité relève en effet de ces « Génies invisibles de la Cité »²¹⁵² qui présupposent l'existence d'un souverain. Un souverain illégitime est ainsi impensable, puisque sa légitimité est une condition nécessaire à la reconnaissance de son titre de souverain. Illégitime, il ne peut être qualifié de souverain ; la souveraineté impliquant de façon nécessaire le consentement à l'existence du souverain. Dans une démarche plus positiviste, posant « la question de la validité du critère de validité » à travers l'idée hartienne de reconnaissance, Carlos-Miguel Pimentel démontre que « tout système de droit sera toujours réputé conforme à ce qu'il doit être, ou, pour le dire plus simplement, sera contraint de se considérer lui-même comme légitime, sans quoi il ne serait pas du droit »²¹⁵³. La légitimité est donc *présupposée*. C'est la raison pour laquelle l'expression de *présupposé* de légitimité nous paraît plus pertinente que celle, plus classique, de *principe* de légitimité, que Guglielmo Ferrero définit comme « des justifications du Pouvoir, c'est-à-dire du droit de commander »²¹⁵⁴. La nature présupposée de la légitimité du titulaire de la souveraineté est fondamentale, dans la mesure où elle permet de comprendre, avec Bobbio, que le pouvoir suprême « est légitime par le seul fait d'exister, et indépendamment de toute règle »²¹⁵⁵. Le discours sur la légitimité est

²¹⁵⁰ Dans le même sens, Bruno Daugeron exprime bien cette dépendance lorsqu'il affirme que le « concept de souveraineté » est le « pendant du "principe de légitimité" auquel elle renvoie », B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, op. cit., p. 95.

²¹⁵¹ Olivier Beaud ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que « si la légitimité politique est une, ses formes d'existence sont diverses. Il n'y a pas *une*, mais *des légitimités*, comme nous l'enseignent et l'histoire et le comparatisme », O. BEAUD, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel », art. cité, p. 137. Dans le même sens, v. « Légitimité » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, rééd. LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2018, p. 343 : « chaque époque a sa propre notion de légitimité ».

²¹⁵² G. FERRERO, *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, Paris, Plon, 1945.

²¹⁵³ C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu en droit politique (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, p. 19 [en ligne].

²¹⁵⁴ Il identifie à ce titre quatre principes de légitimité, que sont le principe électif, le principe démocratique, le principe aristo-monarchique et le principe héréditaire, G. FERRERO, *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, op. cit., p. 16 *sqq.*

²¹⁵⁵ N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », art. cité, p. 147. Carlos-Miguel Pimentel considère dans le même sens que « la plupart du temps, l'acte de reconnaissance consiste à investir un fait d'une valeur juridique, à proclamer son existence, on serait tenté de dire sa naissance, dans le monde du droit. La reconnaissance, en ce sens, peut être regardée comme l'acte solennel d'investiture de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être »,

par conséquent un discours purement *descriptif*. Il manifeste que le droit est saisi par le fait ; ce fait étant la décision légitime du souverain²¹⁵⁶.

475. En affirmant que le présupposé de légitimité, c'est-à-dire son *fondement*, découle du principe de souveraineté et varie selon celui-ci, nous nous écartons délibérément de la typologie wébérienne. Le présupposé de légitimité se substitue ici à « l'idéal-type » wébérien. Certes, comme Weber, il nous semble possible de « distinguer les formes de domination suivant la revendication de légitimité qui leur [sont] propre[s] »²¹⁵⁷. Toutefois, la distinction des trois « types de domination légitime » proposée par Weber ne nous paraît pas pertinente dans le cadre de notre étude. Elle ne permet pas en effet de distinguer entre le fondement de légitimité du titulaire de la souveraineté – que nous qualifions de présupposé de légitimité – et l'exercice légitime du pouvoir reposant sur différents critères de légitimation. Ainsi en est-il de ce que Weber appelle la « domination légale », tenant à un « caractère *rationnel*, reposant sur la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens »²¹⁵⁸. Celle-ci nous semble correspondre – nous y reviendrons – au critère de légitimation fondé sur la légalité. Elle ne constitue pas un présupposé de légitimité ; elle ne répond pas à la question du fondement du pouvoir²¹⁵⁹.

476. Il y a donc, de façon archétypique, un présupposé de légitimité démocratique, un présupposé de légitimité aristocratique et un présupposé de légitimité monarchique²¹⁶⁰. Parce

C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu en droit politique (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », art. cité, p. 8 [en ligne].

²¹⁵⁶ Ce fait se caractérise par la décision du souverain, qui par conséquent ne reste pas à l'état de fait puisqu'il produit du droit. Il ne s'agit par conséquent pas ici de s'associer à la distinction rigide entre fait et droit.

²¹⁵⁷ M. WEBER, *Économie et société. I. Les catégories de la sociologie*, Paris, Plon, 1971, rééd. Pocket, coll. « Agora », 1995, trad. J. Freund, P. Kamnitzer, P. Bertrand, p. 286.

²¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 289.

²¹⁵⁹ Au surplus, les deux autres types de légitimité, que sont la « domination traditionnelle », tenant à un « caractère *traditionnel*, reposant sur la croyance quotidienne en la sainteté de traditions valables de tout temps et en la légitimité de ceux qui sont appelés à exercer l'autorité par ces moyens » et la « domination charismatique » tenant au « caractère *charismatique*, [reposant] sur la soumission extraordinaire au caractère sacré, à la vertu héroïque ou à la valeur exemplaire d'une personne, ou encore [émanant] d'ordre révélés ou émis par celle-ci », nous semblent peu adaptés à l'analyse de la légitimité au prisme du juge. Plusieurs auteurs ont d'ailleurs relevé qu'il n'existait pas un seul mais toujours une forme d'assemblage de ces types de légitimité. Max Weber l'admettait sans doute lui-même lorsqu'il affirmait énigmatiquement que « le fait qu'aucun des trois types idéaux (...) ne se présente historiquement à l'état "pur" ne peut empêcher la fixation conceptuelle la plus pure possible », *ibid.*, p. 289-290.

²¹⁶⁰ Carl Schmitt oppose la légitimité dynastique à la légitimité démocratique, C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1993, trad. L. Deroche-Gurcel, p. 225 s. Plus tard, l'auteur reviendra néanmoins sur cette distinction en considérant que la répartition aristotélicienne des différentes formes d'État n'est plus en mesure « d'apporter une lumière quelconque sur la nature propre de chaque État ». Il propose alors de distinguer les « États législateurs » des « États à base légitime, subdivisés eux-mêmes en États juridictionnels, gouvernementaux et administratifs », C. SCHMITT, « Légalité et légitimité » in *Du politique. « Légalité et légitimité » et autres essais*, Puisseaux, Pardès, coll. « Révolution conservatrice », 1990, p. 39. Denis Baranger, propose de distinguer la légitimité d'origine divine, la légitimité qui repose sur l'aptitude et la légitimité démocratique, D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, op. cit., p. 71.

que le présupposé de légitimité relève d'une « *intra-constitutionnalité* »²¹⁶¹, il ne peut être pensé qu'en présence d'un Souverain identifié. Sous l'ancienne France, jusqu'au XVI^e siècle, « une foule d'acteurs, princes, cités, communautés de toutes sortes, entremêlaient leurs droits très divers, acquis par des modes fort différents mais constatés par des traités, des chartes, des contrats. Et ces droits étaient également infrangibles »²¹⁶², si bien qu'à partir du X^e siècle, le système féodal rendra impossible l'identification d'un souverain²¹⁶³ : le Roi est suzerain, et ne peut exercer son autorité que sur son seul domaine royal. Il faudra donc attendre le XVI^e siècle pour que la légitimité acquière un sens. De là naît alors de manière explicite le présupposé de légitimité monarchique fondée sur l'origine divine du pouvoir du Roi ; une légitimité « absolue avec Bodin, quasi divinisée par Bossuet »²¹⁶⁴. Mais l'évolution de la souveraineté royale à la souveraineté nationale ou populaire fera éclore le germe du présupposé de légitimité démocratique.

477. Le juge constitutionnel étant apparu dans un cadre démocratique, c'est naturellement au présupposé de légitimité démocratique qu'il se trouve confronté. Plus qu'une forme de gouvernement, « la démocratie est avant tout un principe de légitimité », qui « est revendiqué aujourd'hui dans la plupart des régimes existant dans le monde »²¹⁶⁵. Le présupposé de légitimité démocratique signifie ainsi que le titulaire de la souveraineté légitime est le peuple²¹⁶⁶. Or, le constitutionnalisme né à la Révolution – qui n'est pas démocratique – conçoit la légitimité comme une autorité « fondée par sa *source* et non par sa *fin* »²¹⁶⁷. Dans cette perspective, personne n'a à consentir à la légitimité du peuple ; elle *est*. Si le peuple est titulaire

²¹⁶¹ En effet, la « valeur » de ce que nous appelons le présupposé de légitimité « ne découle pas d'une quelconque supra-constitutionnalité mais d'une véritable *intra-constitutionnalité*, au sens où la souveraineté est constitutive du souverain. C'est par essence que la souveraineté est nationale, ou monarchique ou populaire », E. MAULIN, « Souveraineté » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1436.

²¹⁶² B. DE JOUVENEL, *De la souveraineté. À la recherche du bien politique*, Paris, Éditions Génin – Librairie de Médecis, 1955, p. 239.

²¹⁶³ Du reste, il faudra manifestement attendre le Moyen-Âge pour que le mot « légitimité » apparaisse, v. en ce sens, J.-M. COICAUD, *Légitimité et politique. Contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1997, p. 24-25.

²¹⁶⁴ V. BARANGER, « La légitimité du pouvoir politique dans l'ancienne France » in *Légitimité du pouvoir politique et représentation*, Paris, Éditions Cujas, coll. « Travaux du Centre de recherches Hannah Arendt », 2008, p. 22.

²¹⁶⁵ P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2004, 3^e éd., p. 15.

²¹⁶⁶ Pour une critique de la légitimité fondée sur l'origine du pouvoir, v. O. PINOT DE VILLECHENON, *Le pouvoir illégitime*, Paris, Lettres du Monde, 1993. L'auteur considère notamment que le fait de fonder la légitimité démocratique « non sur le respect des fins que le peuple attribue au pouvoir, mais sur le peuple lui-même » conduit à ce que « l'absolutisme hérité de la monarchie héréditaire demeure la marque du pouvoir républicain », *ibid.*, p. 29-30.

²¹⁶⁷ L. JAUME, « Légitimité et représentation sous la Révolution : l'impact du jacobinisme », *Droits*, n° 6, 1987, p. 60-61.

de la souveraineté, tel n'est donc pas le cas du juge, ni des représentants²¹⁶⁸ qui, au mieux, exercent cette souveraineté de façon déléguée. Il en résulte que, posée en ces seuls termes, la problématique de la légitimité du juge en droit constitutionnel n'aurait pas de sens. Si le juge n'est pas titulaire de la souveraineté et si la légitimité ne concerne que ce titulaire, alors le juge n'est évidemment pas légitime, puisqu'il n'est pas le peuple – quand bien même, selon une certaine doctrine, il le représenterait. Aussi convient-il, pour comprendre la controverse relative à la légitimité du juge, de reconnaître que le présupposé de légitimité n'est en réalité rien d'autre qu'un moyen d'identifier la source première du pouvoir. Autrement dit, la question « ne se situe que dans le moment constituant où sera une fois pour toutes déterminée la conformité à un ordre politique »²¹⁶⁹. Après cela, le pouvoir n'est plus exercé par son titulaire mais par des organes constitués créés par la constitution, elle-même adoptée par le souverain légitime²¹⁷⁰.

478. Le présupposé de légitimité ne peut dès lors constituer un cadre d'analyse suffisant que dans l'hypothèse où le souverain exerce lui-même effectivement le pouvoir. En l'absence de dissociation entre titulaire et exercice légitime du pouvoir, la recherche de critères de légitimation n'a guère de pertinence. Tel est le cas, sous l'ancienne France, du présupposé de légitimité monarchique, dans la mesure où il n'existait pas de dissociation entre le titulaire du pouvoir et celui qui l'exerce²¹⁷¹. De même, un discours de légitimation – qui ne se confond pas avec les discours du souverain destinés à susciter l'adhésion – n'aurait guère de pertinence dans une démocratie directe, au sein de laquelle le peuple exercerait directement le pouvoir. Ce n'est donc qu'à partir de la Révolution française et la naissance du régime représentatif²¹⁷² –

²¹⁶⁸ Dans une étude sur le principe de majorité, Denis Baranger relève ainsi que « le principe de majorité n'est pas un principe de souveraineté ou de suprématie. Il est le moteur de la plupart des mécanismes de décision au sein du corps souverain. La majorité peut permettre de faire exprimer d'une certaine manière la volonté souveraine, ou d'imputer un certain acte au souverain, mais le principe de majorité n'est pas un principe de désignation du souverain. La majorité n'est pas souveraine », D. BARANGER, « Théorie et pratique du principe de majorité dans les droits constitutionnels européens », *Jus Politicum*, n° 15, 2016, p. 27 [en ligne].

²¹⁶⁹ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, op. cit., p. 987.

²¹⁷⁰ Dans le même sens, Dieter Grimm affirme de manière particulièrement éclairante, au sujet de la révolution américaine que « l'acte de promulgation d'une constitution sépare [...] la souveraineté et le pouvoir gouvernant, lesquels avaient été auparavant identiques. La souveraineté n'est plus un droit de gouverner, mais le fondement de ce droit : elle fonctionnait comme un principe de légitimité pour le pouvoir », D. GRIMM, « Souveraineté et *checks and balances* » in M. TROPER, L. JAUME (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1994, p. 228.

²¹⁷¹ « Si le roi doit prendre ses décisions en conseil, s'il doit les faire enregistrer et promulguer par les parlements, ce n'est en aucune façon qu'il partage sa souveraineté avec des conseillers et des officiers qui tiennent leur autorité de lui seul, mais c'est qu'ils doivent ramener sa volonté au modèle d'une volonté royale », B. de JOUVENEL, *De la souveraineté. À la recherche du bien politique*, op. cit., p. 263.

²¹⁷² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, Sirey, 1920-1922, rééd., Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, p. 199 sqq.

autrement dit de la dissociation entre le titre et l'exercice de la souveraineté²¹⁷³ – que le présumé de légitimité ne sera plus qu'une enveloppe contenant une multitude de *critères de légitimation*. En présence d'un pouvoir représenté, la question se déplace en effet de la légitimité du souverain à la légitimation des pouvoirs constitués²¹⁷⁴. C'est donc « dans sa forme modernisée qu'est la démocratie représentative »²¹⁷⁵ que le présumé de légitimité doit être entendu. La représentation, en tant que modalité d'exercice de la souveraineté²¹⁷⁶, commande ainsi de dépasser la seule question de la légitimité, pour s'interroger sur les différents critères de légitimation que la doctrine mobilise à l'égard d'un organe constitutionnel. C'est ce qui explique le constat formulé par Simone Goyard-Fabre, selon lequel « le problème de la légitimité est [...] devenu aujourd'hui celui de la légitimation de l'action des gouvernants »²¹⁷⁷.

²¹⁷³ Adhémar Esmein affirmait en ce sens : « Il est naturel et nécessaire que la souveraineté, à côté de son titulaire perpétuel et fictif, ait un autre titulaire actuel et agissant, en qui résidera nécessairement le libre exercice de cette souveraineté », A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1914, 6^e éd., rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », 2001, p. 4.

²¹⁷⁴ La problématique de la légitimité peut même se voir réduite à néant par l'affirmation d'une souveraineté détenue par l'État. Ainsi par exemple, considérer, comme Louis Le Fur, que l'État est « seul possesseur de la souveraineté », soulève de graves difficultés quant à la question de la légitimité. Louis Le Fur critique en effet les auteurs qui attribuent la souveraineté à une personne identifiée, ce qui est pour lui « la négation même du droit public, car si le souverain, quel qu'il soit, peuple ou monarque, est au-dessus de l'État, la constitution n'est plus qu'une *concession* du souverain, concession qu'il peut toujours retirer selon son bon plaisir », L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Marchal et Billard, 1896, rééd. Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2000, p. 359. La réflexion est d'autant plus étonnante, que Le Fur s'est élevé contre les auteurs qui « s'écartaient de plus en plus de la réalité pour se réfugier dans des abstractions ou des fictions, sous prétexte que de cette façon seulement, ils pouvaient arriver à édifier leurs constructions théoriques », et qui considérait au contraire que « le seul but à atteindre, c'est la vérité, et la fiction en est en général la pire ennemie », L. LE FUR, *L'État, la Souveraineté et le Droit*, Trebnitz, s.n., s.d., p. 4. C'est bien par une fiction, pourtant, qu'on en arrive à considérer qu'il n'y a rien au-dessus de la constitution. Quoi qu'il en soit, l'État dispose, selon l'auteur, de la souveraineté et le souverain n'est qu'un organe de l'État, ce qui conduit à considérer que le souverain est un organe de la souveraineté. En réalité, une telle définition lui permet de formuler une critique de l'absence de limites à la souveraineté, et donc de confondre le souverain, titulaire de la souveraineté, et son exercice légal par les pouvoirs constitués. Elle permet surtout, en définitive, d'asseoir la doctrine de l'État de droit, puisque Le Fur considère que l'État est limité « par un pouvoir étranger, qui lui est à la fois antérieur et supérieur ; et ce pouvoir supérieur est celui du droit ». Mais la difficulté tient à ce que sa définition de la souveraineté, qui serait « *la qualité de l'État de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté, dans les limites du principe supérieur du droit* », est purement tautologique. Ce n'est pas l'État, qui dans sa définition, est souverain, mais bien en définitive le droit. La souveraineté de l'État de droit est alors, en ce sens, proprement incompréhensible, L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'États*, *op. cit.*, p. 438 et p. 443.

²¹⁷⁵ D. MONGOIN, « La légitimité dans les rapports entre les ordres juridiques » in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, p. 335.

²¹⁷⁶ Une telle affirmation conduit à prendre ses distances avec la théorie hobbesienne de la souveraineté selon laquelle, au contraire, « la souveraineté découle de la représentation, elle est son effet, non son équivalent », L. JAUME, *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, coll. « Philosophie d'aujourd'hui », 1986, p. 110.

²¹⁷⁷ S. GOYARD-FABRE, « Légitimité » in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, p. 392.

B. Les critères de légitimation : un discours résolument prescriptif sur les organes constitutionnels

479. Ce que l'on qualifie de *critère de légitimation* paraît pouvoir favoriser la compréhension des difficultés théoriques relatives à la question de la légitimité du juge. La représentation du pouvoir nécessite d'identifier, au sein d'un présupposé de légitimité, les critères de légitimation qui en découlent. Or, si le présupposé de légitimité découle du principe de souveraineté, les critères de légitimation, sorte de « construction d'une légitimité post-constitutionnelle »²¹⁷⁸, concernent les pouvoirs constitués et l'exercice effectif du pouvoir. Le discours de légitimation est alors nécessairement un discours *prescriptif*, permettant de justifier l'existence d'un organe titulaire d'une compétence constitutionnelle.

480. Le présupposé de légitimité concerne, à titre exclusif, le titulaire de la souveraineté. Il n'apporte aucune information sur les pouvoirs constitués – comme le juge – qui exercent effectivement le pouvoir. Le critère de légitimation pose en effet la question du consentement, par le titulaire de la légitimité, de l'exercice du pouvoir. Elle désigne ainsi les moyens de justification de l'exercice du pouvoir par les gouvernants, puisque la légitimation « doit motiver une adhésion et susciter un consensus »²¹⁷⁹. Partant, il ne nous semble pas possible de définir la légitimité comme « la reconnaissance du droit de gouverner », quand bien même il y aurait un « terrain d'entente » sur une telle définition²¹⁸⁰. Une telle analyse procède d'une confusion entre présupposé de légitimité et critères de légitimation. Le consentement est une donnée fondamentale du critère de légitimation : dans l'exercice de la souveraineté, « est légitime l'autorité (ou la règle) qui se trouve collectivement reconnue par les sujets de droit »²¹⁸¹. En l'absence de reconnaissance, « la règle ou le commandement ne seront pas pleinement du droit, mais plutôt une simple *prétention* »²¹⁸².

481. C'est donc la dissociation du titulaire et de l'exercice du pouvoir²¹⁸³ qui rend nécessaire la conceptualisation de critères de légitimation. Pour le constitutionnaliste, la

²¹⁷⁸ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*, p. 987.

²¹⁷⁹ « Légitimation » in S. AUROUX (dir.), *Les notions philosophiques*, Tome I, Paris, PUF, coll. « Encyclopédie philosophique universelle », 1990, p. 1458.

²¹⁸⁰ J.-M. COICAUD, *Légitimité et politique. Contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, *op. cit.*, p. 14.

²¹⁸¹ C.-M. PIMENTEL, « De l'obéissance à la reconnaissance : l'empreinte de la légitimité dans le droit » in L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2011, p. 13.

²¹⁸² C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », art. cité, p. 1 [en ligne].

²¹⁸³ Sur la distinction du titulaire et de l'exercice de la souveraineté, v. notamment E. MAULIN, « Souveraineté » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1434.

recherche de ces critères est fondamentale. S'en tenir au seul niveau du discours sur la légitimité dans le cadre d'une analyse sur le juge pose en effet deux types de difficultés. D'une part, cela a pour conséquence de s'enfermer dans une impasse *antéconstitutionnelle*, précisément à l'origine de l'affirmation de la nature « métajuridique »²¹⁸⁴ du concept de légitimité. Un positiviste comme Carré de Malberg niera ainsi la possibilité pour le juriste d'étudier la « question du fondement de la puissance détenue par les organes d'État », car « le problème de la légitimité de l'autorité des gouvernants – si considérable soit son importance morale – ne relève pas de la science juridique proprement dite »²¹⁸⁵. Rejetant ce qui précède l'édition d'une constitution hors du champ du droit, l'enfermant dans un pur fait²¹⁸⁶, et n'admettant de souveraineté que celle de l'État²¹⁸⁷, Carré de Malberg refuse de poser la question du titulaire originaire de la souveraineté²¹⁸⁸. La question de la légitimité du juge sera alors, en raison de cette indistinction, écartée.

482. D'autre part, penser la question de la légitimité plutôt que celle de la légitimation conduit à rendre la controverse relative à la légitimité du juge insoluble. Dans un même ordre constitutionnel, la légitimité est en effet pensée comme étant Une ; comme étant fixe dans sa signification. Or, tous les organes constitutionnels ne peuvent reposer sur le même fondement de légitimité. En ce sens, Dominique Rousseau formule un constat particulièrement éclairant, en affirmant que la question est « insoluble car enfermée dans un dilemme parfait : ou bien il n'existe pas de contrôle de constitutionnalité des lois, et le principe démocratique peut souffrir sous les coups de décisions du législateur contraires aux libertés et violant la constitution adoptée par le peuple, ou bien il existe un contrôle des lois, et le principe démocratique peut également souffrir de la soumission progressive de la volonté des représentants élus du peuple à une institution sans légitimité élective »²¹⁸⁹.

483. Au contraire, cette distinction permet de saisir les raisons de la versatilité du concept de légitimité. Nous ne pouvons en effet qu'être pris de vertige face à la diversité de sens donnée à la légitimité par les différents auteurs. Difficile, face à cette anarchie

²¹⁸⁴ « Légitimité » in M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 2017, 11^e éd., p. 217.

²¹⁸⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, *op. cit.*, p. 144-145.

²¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 489 *sqq.*

²¹⁸⁷ « L'État seul a pour propriété d'être souverain, et il n'y a pas, dans l'État, de souveraineté antérieure à celle de l'État lui-même », *ibid.*, p. 166.

²¹⁸⁸ « Il n'est personne, dans l'État, qui puisse se prétendre souverain antérieurement à la Constitution originaire qui fixe l'organisation étatique », *ibid.*, p. 428.

²¹⁸⁹ D. ROUSSEAU, « Faut-il supprimer le Conseil constitutionnel ? » in D. ROUSSEAU (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, Paris, L'Harmattan, coll. « Inter-national », 2004, p. 8.

conceptuelle, de ne pas estimer vaine l'étude de la légitimité du juge en droit constitutionnel²¹⁹⁰. Impossible, en apparence, de ne pas échapper à la tautologie consistant à affirmer que le juge est légitime parce qu'il satisfait un présupposé considéré *a priori* comme légitime. Par exemple, si la légitimité se fonde sur le principe électif, alors le juge constitutionnel n'est pas légitime puisque ses membres ne sont pas élus. À l'inverse, si ce présupposé repose sur la protection des droits et libertés, alors le juge constitutionnel est légitime puisqu'il tend à les protéger. C'est la raison pour laquelle il convient d'admettre que du présupposé de légitimité démocratique découle une multitude de critères de légitimation. D'accepter, en d'autres termes, que la légitimité est une « inexpiable "guerre des dieux" en quoi s'exprime le conflit sans fin des valeurs »²¹⁹¹ ; valeurs à l'origine des critères de légitimation. Ainsi, lorsque Bobbio affirme qu'« un pouvoir qui sur la base d'un critère est affirmé comme légitime, peut être sur la base d'un autre critère considéré comme illégitime »²¹⁹², il nous semble qu'en réalité ce critère ne vise pas le titulaire de la légitimité – et donc le présupposé de légitimité – mais les critères de légitimation²¹⁹³. L'identification des différents critères de légitimation et de leurs évolutions s'avère alors nécessaire pour comprendre la légitimité d'un organe à exercer son pouvoir. Il s'agit donc bien d'une question de droit²¹⁹⁴ : le discours de légitimation, qui procède du principe représentatif, est un discours prescriptif. Cette forme de discours revient en effet toujours en définitive à prescrire un contenu à la légitimité. Il convient donc désormais d'identifier les différents critères de légitimation démocratique que la doctrine mobilise.

²¹⁹⁰ Danièle Lochak, faisant état du « caractère relatif de la légitimité », considère ainsi que l'« on ne peut parler de la légitimité d'un organe, quel qu'il soit, dans l'absolu, car il peut être légitime aux yeux des uns sans l'être aux yeux des autres », D. LOCHAK, « Le juge administratif auteur de/du droit. Des ressorts de la légitimité aux processus de légitimation » in L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*, op. cit., p. 161-162.

²¹⁹¹ S. GOYARD-FABRE, « Légitimité » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 929.

²¹⁹² N. BOBBIO, *L'État et la démocratie internationale*, Bruxelles, Éditions Complexe, coll. « Études européennes », 2001, p. 225 *sqq.* C'est bien le constat que fait Olivier Beaud lorsqu'il affirme que « certaines théories politiques tendent à découvrir des légitimités qui ne concerneraient pas directement des formes de gouvernements ». Ainsi par exemple, « certaines valeurs peuvent être considérées comme des sources de légitimité – les droits de l'homme ont donné naissance à une sorte de légitimité », O. BEAUD, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel », art. cité, p. 137.

²¹⁹³ À cet égard, il n'est pas anodin que la sociologie définisse la légitimation comme « la croyance en la légitimité », « Légitimation » in S. AUROUX (dir.), *Les notions philosophiques*, op. cit., p. 1458.

²¹⁹⁴ Pour certains auteurs, au contraire, « la "légitimation" du pouvoir (...) est une question de fait, non de droit. Il s'agit simplement de découvrir par quels artifices ceux qui détiennent le pouvoir réussissent à le faire accepter et à le rendre durable », A. PASSERIN D'ENTRÈVES, « Légalité et légitimité », art. cité, p. 30.

§ 2. – La promotion du juge constitutionnel, facteur d'évolution des critères de légitimation en démocratie

484. L'altération des critères de légitimation en démocratie procède directement de la neutralisation doctrinale du problème de la légitimité du juge. Alors que le juge constitutionnel sera valorisé par la critique du principe représentatif, la défense de la démocratie constituera un nouvel obstacle à sa légitimité. L'émergence de la « démocratie représentative » compliquera les choses, puisque le juge sera confronté au double obstacle de la démocratie et de la représentation. Originellement impensable tant la représentation ne souffrait aucune limitation, la promotion du contrôle juridictionnel des lois s'est progressivement manifestée comme un argument consubstantiellement lié à la mise en cause du gouvernement représentatif. Parce qu'elle conduit inéluctablement à hypostasier le peuple, réputé participer effectivement à l'exercice du pouvoir à travers ses représentants, la théorie de la représentation est présentée comme pernicieuse²¹⁹⁵. Dans ce cadre, il en découle une conception nouvelle de la démocratie mettant « les représentants en rapport avec des pouvoirs concurrents, qui peuvent se prévaloir d'autres types de légitimité »²¹⁹⁶. Il en ressortira une critique du critère de légitimation fondé sur l'élection, qui ne peut avec le juge demeurer le critère unique en démocratie (**A**). La promotion doctrinale du juge constitutionnel altérera alors le discours de légitimation, qui glissera du procédé de désignation des représentants – le critère de l'élection – à celui de la finalité poursuivie par les représentants – le critère de l'efficacité dans la protection des droits des individus, faisant ainsi renaître une conception antique du droit (**B**).

A. Cause de l'évolution des critères de légitimation : la critique de la démocratie représentative

485. Si la démocratie représentative constitue originellement le fondement du critère de l'élection (**1**), ce critère se verra remis en cause par la juridictionnalisation du droit constitutionnel (**2**).

²¹⁹⁵ Dans les années 1930, la doctrine va ainsi vivement critiquer le régime en manifestant la volonté de mettre en œuvre des mécanismes plus démocratiques, parmi lesquels figure le contrôle juridictionnel des lois. V. S. PINON, *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003, p. 51-106.

²¹⁹⁶ J. CHEVALLIER, « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? » in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 378.

1. La démocratie représentative, fondement du critère de l'élection

486. La démocratie, même si elle se définit comme le régime dans lequel la souveraineté émane du peuple, ne constitue pas en tant que telle un obstacle dirimant aux efforts de justification du juge constitutionnel. En effet, le présupposé de légitimité démocratique confère au peuple le titre de souverain. La démocratie en tant que mode d'identification du souverain ne répond dès lors pas à la question de la justification de l'existence d'organes institués par la constitution. Plus encore, la constitution ayant été adoptée par le peuple souverain, la question de la légitimité peut se voir résolue par le fait que ces organes puisent leurs compétences au sein de la constitution. C'est en déplaçant la question de la légitimité à celle de la légitimation, c'est-à-dire à l'*exercice* du pouvoir par les organes constitués, qu'apparaissent les principales difficultés ; difficultés liées à la représentation. Autrement dit, la démocratie n'est pas un obstacle au juge ; seule l'est la démocratie *représentative*.

487. Or, il convient de relever qu'originellement, le juge n'était pas pensé en opposition avec la démocratie, dans la mesure où cette dernière ne constituait nullement un idéal pour la doctrine de la III^e République. L'idéal se logeait en effet dans la représentation²¹⁹⁷. Caractéristique à cet égard est la position d'Esmein, qui fit l'éloge du gouvernement représentatif²¹⁹⁸ et non de la démocratie. Il n'était au surplus guère question, pour l'auteur, d'établir une quelconque analogie entre gouvernement représentatif et démocratie, puisque cette dernière, qu'il définit « comme Sieyès »²¹⁹⁹, est exclusivement entendue dans son sens rousseauiste de démocratie directe²²⁰⁰. D'ailleurs, « jamais celui-ci n'emploie l'expression “démocratie représentative” »²²⁰¹. Pour Esmein, comme pour nombre de ses contemporains, la démocratie désigne toujours en définitive la forme de gouvernement dans laquelle le peuple

²¹⁹⁷ Sur les difficultés que suscite l'association de la démocratie à la représentation, v. B. DAUGERON, « La “démocratie représentative” : une contradiction ? » in *Droit, politique et littérature. Mélanges offerts au professeur Yves Guchet*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 35.

²¹⁹⁸ Antoine Chopplet a bien montré que la défense par Esmein de la III^e République passe, d'abord, par une justification du gouvernement représentatif fondée sur la souveraineté nationale, ensuite, par une défense du régime parlementaire en tant qu'il est en mesure de mettre en œuvre la séparation des pouvoirs, A. CHOPPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Paris, Mare et Martin, coll. « Bibliothèque des Thèses. Droit public », 2014, p. 327-553.

²¹⁹⁹ J.-M. DENQUIN, « Que veut-on dire par “démocratie” ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », art. cité, p. 12 [en ligne]. V. également, C. WOLIKOW, « 1789 - an III : l'émergence de la “démocratie représentative” » in R. BOURDERON (dir.), *L'an I et l'apprentissage de la démocratie*, Saint-Denis, Éditions PSD, 1995, p. 53.

²²⁰⁰ Nous renvoyons en ce sens à la communication de Jean-Marie Denquin, alors intitulée « La fonction épistémique de la démocratie », lors du colloque *Demain l'épistocratie ?* organisé par le CERCOP de l'Université de Montpellier les 7 et 8 décembre 2017.

²²⁰¹ J.-M. DENQUIN, « Démocratie et souveraineté nationale chez Esmein » in S. PINON, P.-H. PRÉLOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien-Lextenso éditions, coll. « Grands colloques », 2009, p. 147.

exerce directement le pouvoir. Ce n'est que progressivement que l'utopique démocratie sera rendue possible par la représentation, faisant ainsi de la « démocratie représentative » l'idéal de la pensée libérale²²⁰². L'expression n'est, du reste, pas nouvelle sous la III^e République. Elle serait née avec la Révolution américaine, la paternité de l'expression étant attribuée à Hamilton²²⁰³. Elle était alors synonyme de République, c'est-à-dire un régime distinct de la démocratie antique qui associait représentation et souveraineté du peuple²²⁰⁴. En France, nous la trouvons employée dans certains écrits du XVIII^e siècle, soit de façon isolée et fort mal définie²²⁰⁵, soit pour l'opposer à la « démocratie pure »²²⁰⁶ ; démocratie pure qui sera en réalité

²²⁰² Déjà l'auteur anglais Jeremy Bentham considérait que « la véritable démocratie, c'est la démocratie représentative, où le seul pouvoir exercé par le peuple consiste dans le choix de ses députés, et en eux, de ses gouvernants. Toute autre chose qui serait appelée démocratie n'aurait de la démocratie que le nom », J. BENTHAM, *Catéchisme de la réforme électorale*, Paris, Pagnerre, 1839, trad. Elias Regnault, p. 60. À cet égard, il est significatif que la démocratie représentative ait pu susciter l'ire d'un théoricien libertaire – mais surtout antidémocrate – comme Pierre-Joseph Proudhon, En 1848, l'auteur anarchiste, connu pour ses prises de position contre le régime représentatif, dénoncera la démocratie représentative, cette « illusion de la démocratie » qui est en réalité une « oligarchie élective ». Il affirmera : « Lors donc qu'à une monarchie représentative, on parle aujourd'hui de substituer une démocratie représentative, on ne fait pas autre chose que de changer la phrase, Belle marquise vos beaux yeux me font mourir d'amour, en cette autre, Vos yeux beaux, belle marquise, mourir d'amour me font ». Et de prophétiser, bien à tort, que « nous aurons le Gouvernement du Peuple par le Peuple, et non par une représentation du Peuple », P.-J. PROUDHON, *Solution du problème social*, 2^e livraison, Paris, Pilhes, 1848, p. 68. Plus tard, il reviendra sur la distinction entre les deux formes de démocratie en considérant que la Constitution de 1793 mettait en place une « démocratie représentative » et non une « démocratie pure », sans d'ailleurs fournir une quelconque définition de la première, P.-J. PROUDHON, *Contradictions politiques : Théorie du mouvement constitutionnel au XIX^e siècle (L'Empire parlementaire et l'Opposition légale)* [Œuvre posthume], Paris, Librairie internationale, 1870, p. 76. L'appropriation libérale de la démocratie représentative a toutefois cela de curieux qu'il est possible de lui reconnaître une « filiation révolutionnaire directe, plus sûrement montagnarde et jacobine que libérale », C. WOLIKOW, « 1789 - an III : l'émergence de la "démocratie représentative" », art. cité, p. 65.

²²⁰³ Manifestement dans la lettre rédigée par Alexander Hamilton au Gouverneur Morris le 19 mai 1777, où il évoque la démocratie représentative : « *representative democracy, where the right of election is well secured and regulated, and the exercise of the legislative, executive and judiciary authorities is vested in select persons, chosen really and not nominally by the people* », qu'il considère comme un régime heureux, naturel et durable, A. HAMILTON, *Letter to Gouverneur Morris*, Mai 19, 1777 in *The Works of Alexander Hamilton*, Henry Cabot Lodge (Federal Edition), New York, G. P. Putnam's Sons, 1904, Vol. 9. Sur l'origine américaine de la « démocratie représentative », v. G. S. WOOD, *La création de la République américaine. 1776-1787*, Paris, Belin, coll. « Littérature et politique », 1991, trad. F. Delastre, p. 683 ; J.-C. BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'État*, Paris, Guillaumin et Cie, 1877, trad. A. de Riedmatten, p. 403 ; R. MONNIER, « "Démocratie représentative" ou "république démocratie" : de la querelle des mots (République) à la querelle des anciens et des modernes », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 325, 2001, p. 2 [en ligne].

²²⁰⁴ G. S. WOOD, *La création de la République américaine. 1776-1787*, op. cit., p. 683.

²²⁰⁵ A. ANTONELLE, *Motion d'ordre. À l'occasion de la Brochure de Louvet*, Paris, R. Vatar, Pluviôse an III [janvier-février 1795], p. 6 ; A. LEZAY, *Qu'est-ce que la Constitution de 95 ?*, Paris, Migneret – Maret, an III [1795], p. VIII ; [Auteur anonyme], *Discours sur l'origine des gouvernements et des artisans de la dépravation des hommes*, Paris, Debray – Desenne, An VIII [1799-1800], p. 14. Raymonde Monnier relève également l'emploi de l'expression par Condorcet en 1787 dans ses *Lettres d'un bourgeois de New-Haven à un citoyen de Virginie sur l'inutilité de partager le pouvoir législatif entre plusieurs corps*, R. MONNIER, « "Démocratie représentative" ou "république démocratie" : de la querelle des mots (République) à la querelle des anciens et des modernes », art. cité, p. 2, note 9 [en ligne].

²²⁰⁶ Par exemple, le dialogue inventé par Pagès entre Condorcet et Solon, où Condorcet considère que la « balance des pouvoirs » permet de « rendre la démocratie représentative fiable et solide », p. 47. Et Solon reconnaît le « grand progrès d'avoir conçu et cherché à prévenir tous les abus de la démocratie pure, en lui substituant la démocratie représentative, et surtout la balance des pouvoirs », F.-X. PAGÈS, *Nouveaux dialogues des morts*, Paris, Laurens Jeune, 1800, p. 48. De même l'idée que dans un « territoire étendu », la démocratie est impossible, si bien

jusqu'à la fin du XIX^e siècle le seul véritable sens de la démocratie²²⁰⁷. L'expression sera, du reste, revendiquée par les conventionnels de 1793 pour assurer la conciliation entre « démocratie pure » et « gouvernement représentatif »²²⁰⁸. Durant la première moitié du XIX^e siècle, alors que le gouvernement représentatif est à son apogée, l'expression de démocratie représentative sera rarement employée, si ce n'est, parfois, pour l'opposer à la « monarchie représentative »²²⁰⁹. Son emploi apparaîtra de façon plus systématique à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, et il s'agira de déterminer les moyens permettant de mettre en œuvre une telle forme de gouvernement²²¹⁰. Toutefois, c'est surtout à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle que, faisant fi tout à la fois de la pensée de Sieyès, qui opposait rigoureusement démocratie et représentation, et de celle de Rousseau, qui rejetait toute idée de

que « la démocratie qui lui convient le mieux est la démocratie représentative, ou le gouvernement républicain par représentation », J.-M. MAHIAS, *Géographie moderne de la France*, Paris, Le Becq, An VII [1798-1799], p. 129. V. également pour l'emploi de l'expression opposée à la « démocratie pure », *Journal de la Société de 1789*, 7 août 1790, p. 3 ; N.-P. GILBERT, *Du Pacte social ou Examen raisonné de la Constitution de l'an VIII*, Paris, Bacot, an VIII [1799-1800], p. 34 et p. 61. Au surplus, Pierre Rosanvallon relève un emploi de l'idée de la démocratie représentative par d'Argenson en 1765 : « Dans la véritable démocratie, on agit par députés, et ces députés sont autorisés par l'élection ; la mission des élus du peuple et l'autorité qui les appuie constituent la puissance publique », *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France*, Amsterdam, 1765, p. 8, cité in P. ROSANVALLON, « L'histoire du mot démocratie à l'époque moderne » in M. GAUCHET, P. MANENT, P. ROSANVALLON (dir.), *Situations de la démocratie*, Paris, Gallimard-Seuil, coll. « Hautes études », 1993, p. 14-15. On trouve également l'emploi de l'expression « démocratie représentée » opposée à la démocratie de Rousseau chez le conventionnel Lavicomterie, R. MONNIER, « “Démocratie représentative” ou “république démocratie” : de la querelle des mots (République) à la querelle des anciens et des modernes », art. cité, p. 2 [en ligne].

²²⁰⁷ En ce sens, Pierre Rosanvallon relève que « pendant longtemps le mot démocratie n'a désigné qu'une forme politique obsolète. Au XVIII^e siècle, le mot démocratie n'est employé que référé au monde antique », P. ROSANVALLON, « L'histoire du mot démocratie à l'époque moderne », art. cité, p. 11. V. également, du même auteur, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2000, p. 22-25.

²²⁰⁸ P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, op. cit., p. 56-62 ; C. WOLIKOW, « 1789 - an III : l'émergence de la “démocratie représentative” », art. cité, p. 60-66.

²²⁰⁹ « Le pouvoir démocratique a-t-il [...] l'initiative de la loi ; alors le gouvernement est une *démocratie représentative* », C. HIS, *Du Roi dans la monarchie représentative*, Paris, Ladvocat, 1824, p. 18. Et de considérer qu'« en France, les trois grands intérêts de la société [monarchique, aristocratique et démocratique] sont représentés par trois institutions spéciales ; donc la France a un gouvernement à institutions représentatives. Mais en France, le Roi a, exclusivement aux chambres, l'initiative de la loi : donc la France est une monarchie représentative », *ibid.* p. 20-21.

²²¹⁰ Comme Armand Hayem, qui distingue la démocratie directe, la démocratie représentative et le despotisme (monarchie et aristocratie). La démocratie représentative, qui est « de notre âge et convient mieux à nos mœurs », est définie comme « le gouvernement du peuple par ses représentants », et chacun des trois pouvoirs, législatif exécutif et judiciaire se doit d'être représentatif. Pour qu'une telle démocratie soit possible, il faut que soit reconnu le « droit des minorités », et non seulement que soit reconnu le pouvoir de la majorité. De manière radicale, il considère que l'assemblée ne peut adopter des décisions qu'à l'unanimité. Mais, reconnaissant les difficultés à mettre en œuvre un tel système, il opte pour une prise de décision par quatre cinquièmes, trois quarts ou deux tiers des voix, A. HAYEM, *La démocratie représentative*, Paris, A. Le Chevalier, 1873-74, 17^e éd. Pour lui, depuis 1848, la France « tend à réaliser la forme à laquelle j'ai donné [...] le nom de *démocratie représentative* », V. SEM [pseudonyme de A. HAYEM], *De la représentation nationale ou du plus juste moyen de conjurer les dangers d'une fausse représentation*, Paris, A. Lacroix, Verboeckhoven et Cie, 1869. L'expression est également employée quelques années plus tôt, P. MANCEL DE BACILLY, *Observations sur le gouvernement représentatif suivies d'un aperçu succinct sur l'origine et le principe de la souveraineté*, Paris, E. Dentu, 1854, p. 11.

représentation dans l'expression d'une volonté générale qu'il ne concevait pas autrement que démocratique, la théorie apparaîtra véritablement²²¹¹. Bruno Daugeron a en ce sens démontré comment la confusion entre démocratie et représentation s'opère progressivement : elle est établie par l'avènement du suffrage universel, qui substitue au « gouvernement représentatif » la « démocratie représentative »²²¹². L'élection, érigée en « critère de distinction des différentes formes de gouvernement »²²¹³, est ainsi à l'origine de la naissance de « l'antinomique catégorie de “démocratie représentative” » ; expression qui a pour conséquence de rendre le mot de représentation, « au terme d'une mutation inouïe de son sens, synonyme » de démocratie²²¹⁴. Et c'est parce que l'élection apparaît comme le critère distinctif de la démocratie que les ouvrages présentant le mécanisme de la représentation proportionnelle comme la condition d'établissement d'une véritable démocratie représentative se sont multipliés²²¹⁵. La démocratie représentative est alors présentée comme la forme améliorée de la démocratie directe ; améliorée parce que réalisable²²¹⁶.

488. Il serait toutefois problématique de considérer ces deux modes d'organisation du pouvoir comme une même forme de gouvernement – dont la différence ne tiendrait qu'au degré

²²¹¹ Jean-Marie Denquin considère dans le même sens que « le sens péjoratif attaché à la “démocratie” demeure dominant dans la doctrine jusqu'au début du XX^e siècle », J.-M. DENQUIN, « Que veut-on dire par “démocratie” ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », art. cité, p. 12 [en ligne]. Bruno Daugeron relève toutefois à cet égard la précaution, voire le refus, de certains grands auteurs de la III^e République (Hauriou, Moreau, Duguît ou Carré de Malberg) de l'emploi de cette expression, B. DAUGERON, « La “démocratie représentative” : une contradiction ? », art. cité, p. 48-49.

²²¹² B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, op. cit., p. 712. V. surtout, pour la critique de cette association de la démocratie et de la représentation, p. 764-774. Édouard Campagnol constate ainsi, en 1885, le passage du gouvernement représentatif à la démocratie représentative en considérant que « le suffrage universel marque la dernière phase de l'évolution représentative et démocratique », E. CAMPAGNOL, *La démocratie représentative. La représentation proportionnelle de la majorité et des minorités*, Paris, F. Pichon, 1885, p. 2.

²²¹³ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, op. cit., p. 163.

²²¹⁴ *Ibid.*, p. 176-177. Ce qu'affirmait également Joseph Barthélémy, qui considère l'élection comme « l'institution fondamentale de la démocratie représentative », J. BARTHÉLEMY, *La crise de la démocratie représentative*, Paris, Marcel Giard, 1928, p. 7.

²²¹⁵ V. notamment Édouard Campagnol, qui considère « que l'idée de représentation n'est pas distincte de l'idée d'élection » et formule ainsi une telle condition, un tel système électoral permettant à la minorité d'être représentée, E. CAMPAGNOL, *La démocratie représentative. La représentation proportionnelle de la majorité et des minorités*, op. cit., p. 7. De même, l'auteur d'une thèse sur le Canton de Genève affirmera que « la représentation proportionnelle apparaît comme une conséquence logique de la démocratie représentative », André FOURNIER, *La représentation proportionnelle dans le Canton de Genève* (thèse), Lille, H. Morel, 1900, p. 98.

²²¹⁶ Parce que la « démocratie pure » est impossible dans de grands pays, la transformation en « démocratie représentative » au sein de laquelle les citoyens « délèguent leurs pouvoirs à des *mandataires*, qui sont leurs *représentants* » est inéluctable, E.-H. FREEMAN, *De l'exercice de la souveraineté*, Paris, Librairie démocratique, 1872, p. 13 ; « Disons-nous, une bonne fois, que la seule démocratie possible dans nos grands États modernes, c'est la démocratie représentative », P. LAFFITTE, *Le suffrage universel et le régime parlementaire*, Paris, Hachette et Cie, 1888, p. 131. Pour Charles Benoist, deux formes de gouvernement sont seules envisageables : la « démocratie représentative » et la « monarchie constitutionnelle », C. BENOIST, *Sophismes politiques de ce temps. Étude critique sur les formes, les principes et les procédés de gouvernement*, Paris, Perrin et Cie, 1893, p. 32

de participation du peuple au pouvoir et à la nature des procédures mises en œuvre pour permettre une telle participation. C'est pourtant bien le point de vue adopté par de nombreux auteurs, qui considèrent que l'instauration de tel ou tel mécanisme – le référendum, par exemple²²¹⁷ – permet d'introduire des éléments de démocratie directe dans la démocratie représentative²²¹⁸, avec pour conséquence d'admettre la mystérieuse qualification de « démocratie semi-représentative » – ou, chez Esmein, de « gouvernement semi-représentatif »²²¹⁹ – pour désigner une telle forme de gouvernement. S'ils ont en commun « de reposer tous les deux sur le principe de souveraineté du peuple »²²²⁰, une telle combinaison nous semble toutefois difficile. La démocratie directe correspond en effet, dans son fondement, à une forme non pas plus aboutie, mais bien différente de la démocratie représentative. Elle est *autre*, non seulement parce que ses fondements philosophiques sont différents, mais plus spécifiquement, en droit, parce que la représentation a été construite en opposition avec la démocratie²²²¹. Par conséquent, il serait vain d'affirmer que la démocratie directe serait la vraie démocratie quand la démocratie représentative en serait la variante dénaturée. Il s'agit plutôt de relever que le fait d'accoler sous le même mot de démocratie l'adjectif « direct » ou « représentatif » ne permet pas d'en déduire que les deux expressions veulent dire la même chose ou correspondent à une même catégorie. Sur la question de la détermination du sens des mots, singulièrement appliquée à celui de démocratie, Jean-Marie Denquin nous éclaire en relevant que la pluralité d'acceptions attribuée à un même mot ne doit pas nous conduire à déduire une identité des choses que ce mot désigne²²²². Dans le même sens, Bruno Daugeron, s'interrogeant sur la possibilité d'identifier une signification juridique au concept de démocratie, dénonce le piège de la « construction discursive » de la démocratie « qui s'applique à des objets arbitrairement choisis ». Car la dénégation de l'approche essentialiste ne doit pas pour autant conduire à admettre qu'un concept juridique puisse désigner tout ce que l'on souhaiterait qu'il désignât²²²³. Or, ainsi que le démontre l'auteur, l'on serait de fait tombé dans

²²¹⁷ Ainsi de l'idée selon laquelle le référendum, lorsqu'il est mis en œuvre de façon obligatoire, « c'est la démocratie directe exerçant une surveillance, un contrôle de tous les instants, sur la démocratie représentative », J. SIGNOREL, *Étude de législation comparée sur le référendum législatif et les autres formes de participation directe des citoyens à l'exercice du pouvoir législatif*, Paris, Arthur Rousseau, 1896, p. 397.

²²¹⁸ Ce que condamnait Esmein au nom de la préservation du « génie du gouvernement représentatif », A. ESMEIN, « Deux formes de gouvernement », *RDP*, 1894, p. 24.

²²¹⁹ *Ibid.*, p. 25.

²²²⁰ P. ROSANVALLON, « L'histoire du mot démocratie à l'époque moderne », art. cité, p. 22.

²²²¹ En ce sens, v. surtout, B. DAUGERON, « La "démocratie représentative" : une contradiction ? », art. cité, p. 35.

²²²² J.-M. DENQUIN, « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », art. cité, p. 25 [en ligne].

²²²³ B. DAUGERON, « Définir la démocratie grâce au droit ? Regards de théorie constitutionnelle » in V. CHAMPEIL-DESPLATS, J.-M. DENQUIN (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme. Retours critiques*, Paris, Mare et Martin, coll. « Néo-Rétro constitutionnalisme », 2018, p. 157-158.

le piège, puisque le même mot est utilisé pour désigner des choses différentes – autrement dit des choses n’ayant pas la même identité de signification. L’usage du mot s’est donc multiplié et, avec lui, le sens du concept s’est obscurci, si bien que « chaque occurrence de la démocratie se vit comme l’unique possible précisément parce qu’il n’existe pas de marque déposée et que le mot reste le même, quels que soient les époques et les contextes »²²²⁴. La confusion est d’autant plus problématique que l’on ne voit pas bien ce qui, en France²²²⁵, permet de différencier la démocratie représentative du gouvernement représentatif. La démocratie représentative est communément définie comme le type de gouvernement au sein duquel le peuple ou la nation, titulaire de la souveraineté, délègue, par voie d’élection, l’exercice effectif du pouvoir à des représentants. Or, de la même manière, le gouvernement représentatif est défini par Esmein comme le type de gouvernement au sein duquel « la nation, considérée comme souveraine, n’exerce par elle-même aucun des attributs de la souveraineté. Elle en délègue l’exercice à un certain nombre d’autorités supérieures, les pouvoirs constitués, dont l’une au moins (une assemblée délibérante et législative), doit être élue à temps par la nation, c’est-à-dire par le corps des électeurs politiques »²²²⁶. Où se situe ici la singularité de la démocratie représentative ? Elle se situe, nous dit Esmein à propos du « gouvernement semi-représentatif » – qui désigne précisément ce que l’on appelle la démocratie représentative – dans la finalité poursuivie, qui est de « traduire et exécuter le plus exactement possible la volonté réelle de la nation, exprimée par la majorité des électeurs politiques »²²²⁷. Cette finalité consiste, en pratique, à adjoindre au gouvernement représentatif classique des mécanismes considérés comme plus démocratiques, dans un sens qu’il attribue à Rousseau, et qu’il

²²²⁴ B. DAUGERON, « De la démocratie aux droits fondamentaux : transition ou substitution ? », *Politeia*, n° 30, 2016, p. 238.

²²²⁵ On constate une telle analogie chez l’anglais Stuart Mill ou le suisse Bluntschli. Au XIX^e siècle, John Stuart Mill oppose « l’idée pure de la démocratie », définie comme « le gouvernement de tout le peuple par tout le peuple également représenté » à « la démocratie, telle qu’on la conçoit et qu’on la pratique aujourd’hui » définie quant à elle comme « le gouvernement de tout le peuple, par une simple majorité du peuple, exclusivement représentée ». Selon lui, seule la première peut être qualifiée de « démocratie représentative », J.-S. MILL, *Le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin et Cie, 1877, 3^e éd., trad. C. Dupont-White, p. 171 et p. 210. Toutefois, par cette opposition, il ne fait pas autre chose que présenter deux formes de gouvernement représentatif dont l’une laisse place à la représentation des minorités quand l’autre l’exclut. De même, Johann Caspar Bluntschli constate que la démocratie directe n’existe « qu’exceptionnellement », en citant le cas de la Suisse. Mais il invite à repenser le concept de démocratie : la « démocratie représentative » est « la forme *moderne* de la démocratie », J.-C. BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l’État*, *op. cit.*, p. 402. Toutefois, on ne voit pas bien dans sa définition ce qui la distinguerait du gouvernement représentatif. Il définit en effet ce dernier comme reposant sur le principe suivant lequel « la nation n’est gouvernée que par ses fonctionnaires, et ne reçoit de lois que de ses représentants ». Il se rapproche de la forme aristocratique, nous dit l’auteur, en ce que « les meilleurs de la nation gouvernent en son nom et par son mandat ». Il « a pour caractère propre d’attribuer le pouvoir à la majorité, mais d’en confier l’exercice à une minorité choisie par la majorité, et souvent changée, pour qu’elle gouverne comme l’entend la majorité », *ibid.*, p. 410-413. Cette définition correspond bien, semble-t-il, à celle de la démocratie représentative

²²²⁶ A. ESMEIN, « Deux formes de gouvernement », art. cité, p. 15.

²²²⁷ *Ibid.*, p. 25.

énumère : l'instauration d'une assemblée législative unique, le mandat impératif, le référendum et la représentation légale des minorités. Or, ces mécanismes ne transforment pas l'idée, le concept même de gouvernement représentatif – ou démocratie représentative qui, au fond, semble bien désigner la même chose – mais permettent d'opérer une différence *de degré* : gouvernement représentatif et démocratie représentative, s'ils ne sont certes pas consubstantiels, reposent néanmoins sur les mêmes fondements, à savoir l'idée selon laquelle le pouvoir ne peut qu'être *représenté*. L'évolution de la première vers la seconde dénomination paraît tout au plus témoigner d'une volonté d'instaurer des mécanismes permettant une participation plus effective du peuple à l'exercice du pouvoir. Par conséquent, si démocratie directe et démocratie représentative sont *autres*, gouvernement représentatif et démocratie représentative sont *identiques* ; seul le degré de partage de l'exercice effectif du pouvoir au peuple (simple désignation des représentants par l'élection dans le premier cas, adjonction de mécanismes permettant au peuple d'agir effectivement dans le second) permettra d'établir une différence – voire une hiérarchie – entre les deux expressions. Quoi qu'il en soit, si la démocratie représentative est bien devenue un « modèle politique » et une « catégorie de l'entendement constitutionnel »²²²⁸, elle n'aura toutefois de cesse, à la suite de Joseph Barthélémy²²²⁹, d'être décrite comme étant en crise. C'est donc fort opportunément que le juge viendra remettre en cause la démocratie représentative et, avec elle, le critère de légitimation fondé sur l'élection comme condition d'exercice du pouvoir.

2. La juridictionnalisation, soubassement de la remise en cause du critère de l'élection

489. La critique contemporaine de la démocratie représentative s'accompagne inévitablement d'une remise en cause du critère de légitimation fondé sur l'élection. Si la démocratie représentative est défailante, ce n'est pas tant en raison d'une « crise de la démocratie » que d'une « crise de la représentation ». Aussi ne condamne-t-on pas la démocratie, mais ses formes actuelles²²³⁰, c'est-à-dire la représentation, présentée comme n'étant plus à même de légitimer l'exercice du pouvoir. Le juge apparaît dans ce cadre comme un moyen de remédier aux faiblesses du régime représentatif. La rhétorique contemporaine

²²²⁸ B. DAUGERON, « La “démocratie représentative” : une contradiction ? », art. cité, p. 37.

²²²⁹ J. BARTHÉLEMY, « La crise de la démocratie représentative, *RDP*, 1928, p. 584 et *La crise de la démocratie représentative*, *op. cit.*.

²²³⁰ Comme le souligne Jacques Chevallier, « la démocratie serait en crise, comme l'attestent une série d'indicateurs ; elle n'est pas pour autant dépassée mais appelée à renaître ; d'où la formulation d'un ensemble de propositions de réforme », J. CHEVALLIER, « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », art. cité, p. 364.

soutient en effet, à la suite de Kelsen, que le juge a vocation à protéger les minorités politiques. Pour le juriste autrichien, la justice constitutionnelle n'avait certes pas une fonction de contrepoids du Parlement²²³¹, mais avait néanmoins vocation à rendre « supportable » la « domination » de la majorité. Et même, dira-t-il, la « dictature de la majorité »²²³². Puisque la majorité n'est pas en mesure de procéder à une révision constitutionnelle sans le concours de la minorité, le contrôle de la constitutionnalité des lois oblige la majorité à agir dans le respect de la constitution. Si elle souhaite outrepasser les règles constitutionnelles, elle doit réviser la constitution et donc bénéficier du soutien de la minorité. Cette théorie se rattache à ce que le juriste autrichien a appelé le « compromis » entre majorité et minorité : parce que le principe majoritaire peut conduire à une subversion de la démocratie s'il n'est pas accompagné de mécanismes de contrôle, il faut que la minorité puisse également jouer un rôle déterminant dans le processus démocratique. La justice constitutionnelle apparaît alors comme le moyen permettant de rendre compte de ce compromis, puisqu'elle oblige la majorité à prendre en compte les attentes de la minorité²²³³. Cette position se fonde sur une critique du principe même de majorité, puisque selon l'auteur, « si l'on fait abstraction de la fiction que la majorité représente aussi la minorité, que sa volonté est la volonté du groupe tout entier, il apparaît que le principe majoritaire signifie la domination de la majorité sur la minorité »²²³⁴. Son propos est toutefois nuancé, dans la mesure où il considère qu'une telle domination n'existe pas car le « principe majoritaire-minoritaire » permet un « compromis dans la formation de la volonté générale »²²³⁵.

490. Quoi qu'il en soit, cela conduira la doctrine contemporaine à concevoir le juge comme un instrument de limitation du fait majoritaire²²³⁶. Sous la V^e République, cette justification est particulièrement congrue. La réforme constitutionnelle de 1962, qui a instauré l'élection du président de la République au suffrage universel direct, a en effet marqué le passage du parlementarisme au présidentielisme, voire au « présidentielisme programmatique »²²³⁷, le Chef de l'État disposant d'un gouvernement chargé de faire appliquer

²²³¹ H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, op. cit., p. 114.

²²³² H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », art. cité, p. 253.

²²³³ R. BAUMERT, « *Audiat et altera pars* : Justice constitutionnelle et décision démocratique dans la pensée de Hans Kelsen » in O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur le « gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle. Kelsen c/ Schmitt*, op. cit., p. 127.

²²³⁴ H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Sirey, 2^e éd., 1932, trad. C. EISENMANN, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, p. 65.

²²³⁵ *Ibid.*, p. 67.

²²³⁶ L. HAMON, P. THIBAUD, « Le Conseil constitutionnel et la démocratie. Léo Hamon, Paul Thibaud : un échange », *Le Débat*, n° 43, 1987, p. 69.

²²³⁷ B. DAUGERON, « De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoralisation de la volonté collective », *Jus Politicum*, Vol. VI, 2014, p. 45.

son programme au Parlement. La majorité parlementaire a ainsi laissé place à la majorité présidentielle, ce qui – en dehors des cas de cohabitation – a provoqué une considérable « captation présidentielle » des pouvoirs²²³⁸. Désormais, les lois sont majoritairement issues d’initiatives gouvernementales ; initiatives qui correspondent elles-mêmes à la mise en œuvre du programme politique pour lequel le Président a été élu. Cette situation est aggravée par la possibilité qu’offre l’article 38 de la Constitution au gouvernement de légiférer par ordonnances, dont l’utilisation s’est avérée pléthorique. Le doyen Vedel a ainsi parlé d’une « overdose majoritaire » et d’une « mainmise du pouvoir majoritaire sur l’appareil d’État tout entier »²²³⁹. Puisque, depuis l’élection du président de la République au suffrage universel direct, le fait majoritaire a conduit à une confusion des pouvoirs exécutif et législatif, il est apparu nécessaire qu’un juge puisse freiner ce fait majoritaire et, ce faisant, s’ériger en contre-pouvoir. Dès lors, la révision constitutionnelle de 1974, élargissant la saisine à soixante députés ou soixante sénateurs, allait permettre aux minorités politiques, désarmées face à l’omnipotence de la majorité présidentielle, de disposer d’un moyen permettant de freiner l’action gouvernementale. Le Conseil constitutionnel n’est alors plus présenté comme le défenseur de l’exécutif, mais comme le contrepoids de cet exécutif. Le doyen Favoreu a fortement contribué à ce discours de légitimation, puisqu’il affirmait que la légitimité de la justice constitutionnelle tenait notamment à sa fonction de contrepoids de la majorité. Plus encore, l’existence d’un contrôle de constitutionnalité des lois serait rendue nécessaire par la garantie de l’équilibre entre la majorité et l’opposition, qui est l’élément essentiel des « régimes démocratiques modernes »²²⁴⁰. Cette forme de légitimation est évidemment problématique, puisqu’elle remet en cause les fondements de la démocratie représentative, reposant sur le principe de majorité. Considérer que la justice constitutionnelle est essentielle à la protection des minorités contre la majorité, revient en effet indéniablement affirmer que cette dernière ne peut à elle seule garantir le respect du jeu de la démocratie²²⁴¹.

²²³⁸ A. LE DIVELLE, « Le prince apprivoisé. De l’indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l’étude des rapports entre “droit de la constitution” et système de gouvernement », *Droits*, n° 44, 2006, p. 101.

²²³⁹ G. VEDEL, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n° 55, 1989, p. 61.

²²⁴⁰ L. FAVOREU, « De la démocratie à l’État de droit », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 154.

²²⁴¹ En ce sens, Michel Troper soulève le paradoxe qui consiste à vouloir remettre en cause le principe majoritaire en le soumettant au respect d’une Constitution elle-même adoptée selon le processus majoritaire. Ce faisant, il considère que « si le principe majoritaire devait être contesté, c’est la légitimité du processus constituant qu’il faudrait remettre en question », M. TROPER, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois », art. cité, p. 928. Le doyen Vedel s’opposait toutefois à la légitimation du Conseil comme « régulateur chargé de combattre les extrêmes de la vie politique ». Comme Kelsen, il considérait que le juge se contentait de rappeler que certaines lois ne peuvent être adoptées autrement que par une révision constitutionnelle, G. VEDEL, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », art. cité, p. 61. La doctrine constitutionnaliste, cependant, se félicite du nouveau visage que revêt le contrôle de constitutionnalité des lois, singulièrement en période d’instabilité politique. Ainsi,

491. Ce changement de paradigme ne sera dès lors pas sans conséquence sur la notion de démocratie. Elle doit en effet conduire à proposer de nouveaux modèles supposés correspondre davantage à l'évolution du constitutionnalisme, même s'il s'agit en réalité, dans un but performatif, d'une évolution largement permise par les discours en faisant la promotion. Une chose est de considérer que le juge constitutionnel est venu perturber les paradigmes démocratiques initiaux, une autre d'en déduire qu'il est possible de redéfinir la démocratie afin de rendre une institution plus légitime²²⁴². Dans le cadre de la remise en cause de la démocratie représentative, l'élection sera marginalisée ou, du moins, présentée comme un moyen qui ne peut seul suffire à satisfaire l'exigence démocratique. Ainsi, « alors que la démocratie représentative était tout entière fondée sur [l'élection], sa place s'en trouve contestée sans pour autant l'être au bénéfice du référendum, victime, au moins en France, de l'idéologie hostile que l'on sait »²²⁴³. Il ne sera en effet pas question de préconiser le renforcement de procédés qui, comme le référendum, sont classiquement présentés comme symbolisant la démocratie, mais de penser de nouveaux procédés faisant émerger un nouvel idéal démocratique. En ce sens, « c'est parce que l'on pensera la démocratie intrinsèquement liée à l'élection que l'on entendra construire une théorie alternative à la prétendue "démocratie électorale", ne reposant pas sur le suffrage mais sur la sagesse supposée de quelques juges nommés et éloignés des impures passions de l'électeur »²²⁴⁴. La remise en cause de la démocratie représentative passera donc par la promotion du juge constitutionnel comme figure d'une démocratie renouvelée ; proposition formulée, notamment, par Pierre Rosanvallon et Dominique Rousseau.

492. Dominique Rousseau, nous l'avons souligné, assure la défense d'une démocratie délibérative²²⁴⁵ ; il n'est dès lors pas surprenant qu'il propose de façon radicale d'abandonner purement et simplement la définition de la démocratie reposant sur le principe électif. Pour

le doyen Favoreu constate que la justice constitutionnelle a « pour effet d'éviter un trop fort retour de balancier susceptible de rompre l'équilibre constitutionnel », L. FAVOREU, « Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale », *RDP*, 1984, p. 1196. Dans le même sens, Dominique Rousseau considère que le Conseil constitutionnel est un « organe essentiel de la régulation politique », D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ – Lextenso éditions, coll. « Domat Droit public », 2013, 10^e éd, p. 49.

²²⁴² Par exemple, lorsque Michel Troper considère qu'avec la justice constitutionnelle, existerait désormais un « gouvernement mixte » dans lequel le pouvoir législatif est partagé entre le Parlement, qui est une autorité démocratique, et le Conseil constitutionnel, qui est une autorité aristocratique, l'auteur ne fait rien d'autre que tenter de donner un nom aux transformations profondes que le contrôle de constitutionnalité a pu entraîner. Il ne s'agit pas, comme il le rappelle lui-même, de justifier l'existence du juge constitutionnel en démocratie, M. TROPER, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois », art. cité, p. 935.

²²⁴³ B. DAUGERON, « La "démocratie représentative" : une contradiction ? », art. cité, p. 65-66.

²²⁴⁴ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français, op. cit.*, p. 1006. L'auteur a en ce sens bien montré que les faiblesses de l'identification de la démocratie à l'élection permettront aux défenseurs du contrôle de constitutionnalité de souligner insuffisances de la démocratie, et proposeront des conceptions alternatives à travers les idées de « démocratie constitutionnelle » et de « démocratie continue », *ibid.* p. 1006-1007.

²²⁴⁵ V. supra, § 461.

l'auteur, en effet, la « forme électorale de la démocratie » est insuffisante, car la participation du peuple ne s'exprime qu'au moment des élections²²⁴⁶. Au surplus, la protection des droits fondamentaux ne saurait être efficacement assurée par les seuls représentants « classiques », qui ne sont pas aptes à produire un débat continu sur de tels droits. Ce constat étant dressé, il suggère de faire fi de cette conception pour découvrir quelle démocratie émane de la justice constitutionnelle. Il considère ainsi qu'au lieu de se fonder « sur une définition *a priori* de la démocratie, le plus souvent formulée avant la naissance de la justice constitutionnelle », il faut « faire apparaître quelle vérité démocratique ce mécanisme rend possible, et qui le légitime en retour »²²⁴⁷. Cette vérité démocratique, c'est la « démocratie continue », qui correspond à une forme de démocratie délibérative au sein de laquelle le pouvoir ne s'exerce pas exclusivement par des représentants élus, mais se caractérise par la production dialogique du pouvoir de décision par plusieurs institutions. Le juge constitutionnel serait tout à la fois le créateur²²⁴⁸ et l'acteur principal de ce nouveau régime, puisqu'il obligerait chacune des autorités à s'interroger sur le sens des textes, singulièrement de ce que l'auteur appelle la « Charte des droits et libertés », correspondant à ce que l'on désigne désormais communément par l'expression de « bloc de constitutionnalité »²²⁴⁹. Dans une telle démocratie, le juge « produit un espace constamment ouvert à la création continue de droits et libertés »²²⁵⁰. Il n'est plus seulement, au sens de la rhétorique contemporaine, le gardien des droits et libertés, il est plus encore le « nom de la mesure démocratique », notamment parce qu'il crée un écart entre les représentés – « l'espace des droits fondamentaux » – et les représentants – « l'espace de la loi »²²⁵¹. Il permet d'abandonner ce qu'il appelle la « représentation-fusion » propre à la démocratie représentative, et qui postule l'identité entre le corps des représentants et celui des représentés, au profit de « la représentation-écart »²²⁵², c'est-à-dire un système au sein duquel les représentants et les représentés disposent chacun « d'un espace et de prérogatives propres »²²⁵³.

²²⁴⁶ D. ROUSSEAU, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008, [en ligne].

²²⁴⁷ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 556.

²²⁴⁸ « Le Conseil construit une définition de la démocratie différente de la période précédente », *ibid.*, p. 557.

²²⁴⁹ L. FAVOREU, « Le bloc de constitutionnalité » in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 565.

²²⁵⁰ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 561.

²²⁵¹ D. ROUSSEAU, « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012.

²²⁵² D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, 2015, p. 23-53.

²²⁵³ *Ibid.*, p. 48-49. En ce sens, sa conception se rapproche du modèle de la « démocratie gouvernée », cher à Hauriou. Celui-ci, dans ses *Principes de droit public*, s'opposait en effet à la conception classique de la représentation héritée de la tradition révolutionnaire, qui consistait à voir dans le pouvoir des gouvernants une émanation de la souveraineté des gouvernés, et à identifier le représentant au représenté. Pour lui, le droit public résulte d'un équilibre continu entre les droits propres de la nation et les prérogatives de domination des gouvernants, qui ne sont pas de même nature et doivent être distingués. V. M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, rééd. Paris Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010, p. 428 : « La grande réalité en cette matière est l'antagonisme continu entre la nation et le gouvernement et c'est ce phénomène de balancement ou d'évolution qui fait qu'au cours de l'histoire, selon les époques, tantôt c'est le gouvernement qui est plus fort que

En définitive, constatant « la fin du gouvernement représentatif »²²⁵⁴ et déplorant le fait que « la démocratie a[it] été happée par le principe de représentation, elle n'est pensée que par lui, elle en est devenue prisonnière », Dominique Rousseau formule la volonté de « radicaliser la démocratie »²²⁵⁵. La démocratie se voit ainsi modifiée : la souveraineté y est « résolument plurielle » et la légitimité du juge repose sur le fait qu'il tient à « appliquer et interpréter la loi que les représentants ont votée mais aussi, dans une temporalité plus longue, les principes fondamentaux du droit dans lesquels une société se reconnaît »²²⁵⁶. Cette transformation est à cet égard parfaitement assumée par l'auteur, qui entend « fournir des éléments pour un nouveau cadre conceptuel capable de penser un champ constitutionnel où les juges sont des acteurs du régime de fabrication de la volonté générale »²²⁵⁷. C'est donc la juridictionnalisation qui, pour l'auteur, vient apporter ce nouveau cadre conceptuel, puisqu'elle permet de révéler les insuffisances de la démocratie représentative²²⁵⁸. Si, affirme-il, « le registre d'intelligibilité d'un système politique est celui de la “démocratie électorale” ou “représentative” ; celui d'un système avec une justice constitutionnelle est la “démocratie continue” »²²⁵⁹.

493. Dans le prolongement de cette thèse, Pierre Rosanvallon relève que la légitimité était auparavant double. Il y avait d'un côté une « légitimité d'établissement », c'est-à-dire le suffrage universel, et une « légitimité d'identification à la généralité », qui se matérialisait par l'administration publique²²⁶⁰. Il s'agit, dans le premier cas, d'une légitimité de type procédural

la nation et tantôt la nation qui est plus forte que le gouvernement » ; *ibid.* p. 441 : « la nation ne se gouverne pas, elle est gouvernée ; elle n'a pas et par conséquent elle ne transmet pas les pouvoirs de domination, ce sont les organes du gouvernement qui ont en propre ces pouvoirs par droit d'autonomie. Quant à la nation elle n'a qu'un pouvoir propre qui est celui de refuser d'obéir, partant de choisir les maîtres auxquels elle entend obéir, partant d'investir les organes de son gouvernement ».

²²⁵⁴ D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, *op. cit.*, p. 24.

²²⁵⁵ *Ibid.*, p. 14. Décisive, une telle analyse conduit selon Eric Desmons à considérer que « le gouvernement représentatif n'est jamais plus légitime par l'origine que lorsqu'il est un État de droit », dans la mesure où « la légitimité d'exercice garantie par la justice constitutionnelle absorbe [...] mécaniquement la légitimité par l'origine : une action est bonne si elle est juridiquement valide (légitimité d'exercice), c'est-à-dire conforme à la Constitution voulue par le peuple souverain (légitimité d'origine) », E. DESMONS, « Justice constitutionnelle, gouvernement représentatif et “bon régime” ? » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 57.

²²⁵⁶ D. SALAS, « Introduction. La justice entre les deux “corps” de la démocratie » in D. SALAS (dir.), *La justice, une révolution démocratique*, Paris, Desclée de Brouwer, coll. « Société », 2001, p. 29.

²²⁵⁷ D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, *op. cit.*, p. 177.

²²⁵⁸ « Si le Parlement a été et est toujours l'institution de la démocratie représentative, la justice est et sera celle de la démocratie continue », *ibid.*, p. 157.

²²⁵⁹ *Ibid.*, p. 177. Il est à cet égard intéressant de remarquer que, pour Pierre Rosanvallon, la justice constitutionnelle ne se situe pas au fondement de la « démocratie réflexive » pour laquelle il plaide. Pour lui, « si les cours en incarnent une dimension essentielle, il y a beaucoup d'autres modalités de mise en jeu de cette fonction de réflexivité. Celle-ci n'est nullement le monopole des cours constitutionnelles. Le point est capital », P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2008, p. 234. Or, pour le constitutionnaliste Dominique Rousseau, la justice constitutionnelle constitue bien le point de départ et le fondement permettant de fournir une nouvelle définition de la démocratie.

²²⁶⁰ *Ibid.* p. 31 *sqq.*

et, dans le second, d'une légitimité substantielle. Une mutation s'opérera toutefois à partir des années 1980 ; mutation qui ne consistera pas en une remise en cause absolue de l'élection comme critère de légitimation, mais à sa relativisation²²⁶¹. Il s'agit pour l'auteur, à partir du constat de l'échec de la démocratie représentative, de « refonder la légitimité des régimes démocratiques »²²⁶². Cette refondation passe par la reconnaissance de trois nouveaux modèles de légitimité, que sont la « légitimité d'impartialité », à travers notamment les compétences nouvelles accordées aux autorités administratives indépendantes – en définitive, une légitimité d'efficacité –, la « légitimité de réflexivité » et la « légitimité de proximité »²²⁶³. S'agissant spécifiquement de la « légitimité de réflexivité », elle est matérialisée par le rôle accru des juges, et du juge constitutionnel en particulier²²⁶⁴. Cette forme de légitimité suppose, nous dit Pierre Rosanvallon, la mise en place d'une « stratégie de pluralisation » tendant à une « complication des formes et des sujets de la démocratie d'une part » et à un « encadrement des mécanismes du système majoritaire, de l'autre »²²⁶⁵. Surtout, la légitimité de réflexivité vient remédier à « la fausseté de [...] trois présupposés » au sein de ce qu'il appelle la « démocratie électorale-représentative » : le premier est « l'identification du choix électoral à l'expression de la volonté générale », le deuxième présupposé est « l'assimilation des électeurs au peuple » et le troisième est « l'inscription durable de l'activité politique et parlementaire dans la continuité du moment électoral »²²⁶⁶. En réalité, la critique formulée par Pierre Rosanvallon concerne en particulier le principe majoritaire et la démocratie majoritaire. En ce sens, en tant que « tiers réflexifs »²²⁶⁷, les cours constitutionnelles « ont pour fonction essentielle de rappeler que le souverain ne se réduit pas à son expression majoritaire, qu'il en déborde toujours la définition »²²⁶⁸. La démocratie représentative est problématique en ce que, dans l'exercice du pouvoir, elle ne permet pas, au peuple de s'exprimer dans toute sa « pluralité ». Seule la majorité des électeurs peut, indirectement, peser dans le débat démocratique. Le juge serait alors l'une des voix de ce peuple minoritaire mutique, car « le propre de la réflexivité

²²⁶¹ « Le peuple électoral-majoritaire reste l'incontournable arbitre pratique de la vie démocratique ; il lui donne toujours son fondement légal. Mais il ne confère plus aux gouvernants qu'une *légitimité instrumentale* », *ibid.*, p. 118.

²²⁶² *Ibid.*, p. 118.

²²⁶³ *Ibid.* p. 119 *sqq.*

²²⁶⁴ L'expression est reprise par Dominique Rousseau, présentant la justice, et singulièrement le juge constitutionnel, comme des « institutions de la réflexivité démocratique », D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, *op. cit.*, p. 157-195.

²²⁶⁵ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit.*, p. 196.

²²⁶⁶ *Ibid.*, p. 195.

²²⁶⁷ *Ibid.*, p. 222. Curieusement toutefois, l'auteur considère qu'« une institution de type réflexif ne peut accomplir positivement sa mission que si elle ne s'érige pas en véritable pouvoir ». Il affirme ainsi énigmatiquement que le juge constitutionnel est un juge qui a « des pouvoirs sans être un pouvoir », *ibid.*, p. 260 et p. 262.

²²⁶⁸ *Ibid.*, p. 223.

délibérative est [...] de réduire l'écart entre la démocratie définie comme une procédure et la démocratie définie comme un contenu. Dans l'échange entre le politique et le juridique, les deux dimensions tendent en effet à s'interpénétrer davantage »²²⁶⁹. Dans ce schéma, le juge constitutionnel est présenté comme venant renforcer la démocratie, et le critère de l'élection est concomitamment marginalisé²²⁷⁰.

494. Il convient toutefois de bien comprendre que le contrôle de constitutionnalité des lois, s'il conduit effectivement à une altération diachronique des formes démocratiques, n'a pas d'incidence sur le présupposé de légitimité, qui ne concerne que le titulaire de la souveraineté. Seuls les critères de légitimation se voient bouleversés par la remise en cause de la démocratie représentative, puisque les nouvelles définitions proposées de la démocratie ne remettent nullement en cause la souveraineté du peuple. La démarche de ces auteurs vise donc à sortir de l'impasse au sein de laquelle la question de la légitimité du juge est enfermée. Et la seule solution semble, selon eux, de redéfinir la démocratie, dans la mesure où la justification de l'existence d'un juge constitutionnel en démocratie conduit inéluctablement à « soutenir ou bien que le juge ne dispose pas d'un véritable pouvoir discrétionnaire ou bien que la véritable démocratie ne se définit pas par sa forme, mais par sa substance, ni comme une procédure de décision, ni comme le pouvoir du peuple, ou celui de la majorité, mais comme un ensemble de valeurs et de principes fondamentaux »²²⁷¹.

495. Pour originale que soit la démarche, justifier l'existence d'une institution en démocratie en proposant une nouvelle définition de la démocratie nous semble mener à une impasse théorique. Si les usages du mot « démocratie » ont certes varié, et que la quête d'une essence du concept semble dès lors vaine, il n'en demeure pas moins que le sens des concepts juridiques ne peut dépendre de la seule volonté des auteurs de justifier l'existence d'une institution²²⁷². Ainsi, l'affirmation tautologique selon laquelle « le Conseil constitutionnel est légitime parce qu'il produit une définition de la démocratie qui le légitime »²²⁷³ peut se voir

²²⁶⁹ *Ibid.*, p. 233.

²²⁷⁰ Ce discours se retrouve chez le doyen Favoreu, qui affirme que le passage de la légalité à la constitutionnalité rend « le processus de décision plus démocratique et plus transparent, en ce sens que l'exigence de constitutionnalité accroît l'exigence de débat public et démocratique », L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 22^e éd., 2020, p. 405. V. également, L. FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », *CCC*, n° 3, 1997, p. 81.

²²⁷¹ M. TROPER, « Avant-propos » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 2.

²²⁷² En ce sens, Bruno Daugeron affirme : « considérer que les concepts juridiques n'ont ni essence ni histoire puisqu'ils sont les mêmes ou qu'ils sont autres et qu'ils diffèrent en fonction du contexte dans lequel ils sont utilisés n'est pas la même chose que de considérer qu'ils peuvent s'appliquer à tout éventuellement avec des sens différents voire contradictoires desquels pourraient être déduite une signification équivalente », B. DAUGERON, « Définir la démocratie grâce au droit ? Regards de théorie constitutionnelle », art. cité, p. 147.

²²⁷³ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 556.

déclinée à l'infini, pour tout type d'institution : pour savoir si X est compatible avec Y, il est discutable de répondre en considérant que X est compatible avec la définition qu'il produit de Y, puisque tout deviendrait alors justifiable.

496. Plutôt qu'une redéfinition de la démocratie, la justification du juge conduit bien plutôt à une altération des critères de légitimation en démocratie.

B. Nature de l'évolution des critères de légitimation : l'émergence d'un critère finaliste

497. Parce que la critique de la démocratie représentative se traduit par une critique de l'élection, l'évolution des critères de légitimation passe d'abord par une dépréciation des critères classiques, que sont l'élection et la légalité (1). Mais le critère de légitimation fondé sur l'élection n'a toutefois pas disparu²²⁷⁴. Concomitamment à celui-ci, le constitutionnalisme juridictionnalisé fera émerger un critère finaliste de protection des droits et libertés des individus, faisant ainsi coexister une légitimation procédurale et une légitimation fonctionnelle de l'exercice du pouvoir en démocratie (2).

1. La dépréciation des principaux critères contemporains de légitimation démocratique

498. Si, au sein de la démocratie représentative, la juridictionnalisation ne s'impose pas sans difficulté, il convient toutefois de se garder d'en déduire de façon définitive que les juges sont purement et – trop – simplement illégitimes en démocratie²²⁷⁵. Au sein du cadre démocratique, on constate que les critères de légitimation peuvent évoluer, voire se transformer, sans que le présupposé de légitimité démocratique – la souveraineté du peuple – n'en soit affecté. L'exercice du pouvoir en démocratie peut en effet se transformer sans provoquer une

²²⁷⁴ Constat que semble formuler Rosanvallon, l'élection ayant selon lui décliné à partir des années 1980 : « À l'âge "classique" du système représentatif, [l'élection] valait mandat indiscutable pour gouverner ensuite "librement". On présupposait que les politiques à venir étaient incluses dans les termes du choix électoral, du seul fait de l'inscription de ce dernier dans un univers prévisible, structuré par des organisations disciplinées, aux programmes bien définis et aux clivages clairement dessinés. Ce n'est plus le cas. L'élection a dorénavant une fonction plus réduite : elle ne fait que valider un mode de désignation des gouvernants. Elle n'implique plus une légitimation *a priori* des politiques qui seront ensuite menées », P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité, op. cit.*, p. 14. Ce constat nous semble toutefois contestable. La place prépondérante qu'occupe parmi les institutions le Président de la République en est la démonstration évidente : c'est bien son élection au suffrage universel direct qui a conduit à ce que Bruno Daugeron a qualifié de « présidentialisation de la volonté générale », B. DAUGERON, « De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoratisation de la volonté collective », art. cité, p. 45. V. également, B. DAUGERON, « Élection présidentielle : les illusions du "présidentialisme programmatique" », *JP Blog*, 7 avril 2017 [en ligne].

²²⁷⁵ En réalité, les juges « ne sont pas illégitimes car non démocratiques, il faut éviter de confondre une conception juridique et une conception idéologique de la démocratie, mais leur légitimité est autre », B. MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?*, LGDJ, coll. « Forum », 2017, p. 11.

quelconque incidence sur le titulaire de la souveraineté. Aussi la transformation concerne-t-elle exclusivement l'organisation constitutionnelle du pouvoir en démocratie, et non la démocratie en tant que forme de gouvernement. La légitimation consiste en ce sens à mobiliser un critère précis permettant de justifier l'exercice du pouvoir par les organes constitués. Or, ce qui justifiait l'exercice d'un pouvoir hier peut ne plus le justifier aujourd'hui, si bien qu'il faut reconnaître la nature intrinsèquement évolutive des critères de légitimation. Ce constat se heurte toutefois à une aporie considérable : si la prétention à la fixité des critères de légitimation est contestable – puisqu'elle fige nécessairement dans le temps la justification de l'exercice du pouvoir, par nature évolutif –, les répercussions de ces critères évolutifs sur le sens de la démocratie posent toutefois de graves difficultés d'ordre conceptuel. Comme cela a pu être relevé précisément à propos de la démocratie, nier l'existence d'une essence du concept ne doit pas conduire « à prendre acte que tous les concepts ont la même signification et que tout est dans tout »²²⁷⁶. Si une multitude de critères est en mesure de justifier l'exercice du pouvoir en démocratie, alors comment comprendre ce qu'être en démocratie veut dire ? La justification de l'exercice du pouvoir ne peut en ce sens que compliquer le concept de démocratie, qui devient tout ce que l'on peut souhaiter qu'il soit. Mais n'est-ce pas en définitive précisément cette *volonté* de justifier tel ou tel organe qui permet de trancher le nœud gordien de la légitimation du pouvoir ? Admettre la nature subjective de toute justification de l'exercice du pouvoir²²⁷⁷ autorise en effet une tout autre lecture de la question de la légitimité du juge constitutionnel : la simple volonté de justifier son existence signale une certaine conception du pouvoir. Ce n'est alors pas le fondement du pouvoir qui revêt ici un intérêt, mais les justifications de son exercice ; justifications éloquentes quant à la dimension proprement axiologique de la légitimation du pouvoir. Aussi faut-il admettre que, si le présupposé de légitimité a un caractère proprement descriptif, les critères de légitimation ont, quant à eux, une visée normative. Ces critères sont mobilisés par la doctrine et dépendent du choix des auteurs de les considérer comme une référence dans la justification du pouvoir.

²²⁷⁶ B. DAUGERON, « De la démocratie aux droits fondamentaux : transition ou substitution ? », art. cité, p. 238. V. également, J.-M. DENQUIN, « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », art. cité, [en ligne]. À rebours de cette position, Pierre Rosanvallon, prenant acte de l'éternelle pluralité de sens de la démocratie, propose de « donner la définition *la plus développée* de la démocratie, celle qui inclut toutes ses dimensions et toutes ses formes », P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., p. 359.

²²⁷⁷ Dans le même sens, Frédéric Rouvillois insiste sur la subjectivité intrinsèque de la question de la légitimité : « Il n'y a pas de système légitime ou illégitime *en soi* : mais seulement par rapport à tel *critère*, lui-même subjectif », F. ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel. 1. Fondements et pratiques*, Flammarion, coll. « Champs université », 6^e éd., 2017, p. 204.

499. Les deux critères de légitimation relevant du présupposé démocratique qu'il est possible de recenser dans la doctrine contemporaine sont, d'une part, la légalité et, d'autre part, l'élection. S'agissant de la légalité, les juristes ont entendu, sous l'influence du courant normativiste, vider le concept de légitimité de toute considération politique au profit d'un contenu purement juridique²²⁷⁸. À la suite de Max Weber²²⁷⁹, on attribue ainsi à Kelsen la paternité de l'indistinction entre légitimité et légalité ; indistinction qui profite à la légalité, puisqu'elle annihile la légitimité²²⁸⁰. Ainsi, « Kelsen et avec lui tous les positivistes conséquents, rabattent entièrement la légitimité sur la légalité, et nient son autonomie. Il n'y a de légitimité que légale, et la légalité est la seule source possible de légitimité »²²⁸¹. Cette vision s'explique par la réduction de l'État à un ordre juridique. En ce sens, l'auteur affirmera que « la tentative pour légitimer l'État comme un État "de droit" est en réalité parfaitement inadéquate pour la raison que [...] tout État doit nécessairement être un État de droit en ce sens que tout État est un ordre juridique »²²⁸².

500. Or, sur la conception kelsénienne de la légitimité, trois remarques seront formulées. Tout d'abord, cette indistinction entre légitimité et légalité – entendue au sens large – procède d'une confusion entre le présupposé de légitimité et le critère de légitimation. Le champ de la légalité est en effet indéniablement plus réduit que la légitimité, dans la mesure où « la légitimité juge la loi elle-même »²²⁸³, si bien que « la croyance en la légalité présuppose la légitimité de l'ordre légal qui dit la loi »²²⁸⁴. En réalité, la légalité est un critère de légitimation. Autrement dit, dans le cadre du présupposé de légitimité démocratique, la légalité signifie que les organes habilités à exercer le pouvoir ne peuvent le faire que dans le respect des règles en vigueur. C'est une justification de l'exercice du pouvoir, et non un fondement de légitimité octroyé au titulaire de la souveraineté. Partant, la singularité de la posture normativiste – qui

²²⁷⁸ Ce que l'étymologie du mot légitimité, qui provient du latin *legitimus* – conforme aux lois – peut justifier.

²²⁷⁹ « La forme de légitimité actuellement la plus courante est la croyance en la *légalité*, c'est-à-dire la soumission à des statuts *formellement* corrects et établis selon la procédure d'usage », M. WEBER, *Économie et société. I. Les catégories de la sociologie*, *ibid.*, p. 73.

²²⁸⁰ Ainsi chez Kelsen, « l'obligation à l'obéissance, l'obligation juridique n'est pas une donnée étrangère à la norme juridique, mais la norme même », « Légitimité » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, rééd. LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2018, p. 344.

²²⁸¹ O. BEAUD, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel », art. cité, p. 132.

²²⁸² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 309.

²²⁸³ « Légitimité » in S. AUROUX (dir.), *Les notions philosophiques*, Tome I, *op. cit.*, p. 1459.

²²⁸⁴ J.-M. COICAUD, *Légitimité et politique. Contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, *op. cit.*, p. 30.

évince la légitimité de l'étude du droit²²⁸⁵ – tient au fait qu'elle n'écarte pas le critère de légitimation reposant sur la légalité, mais le seul présupposé de légitimité.

501. Ensuite, s'agissant de la signification de la doctrine kelsénienne de la légitimité, il nous semble que Kelsen assimile moins, en réalité, la légitimité à la légalité qu'à la validité²²⁸⁶. Or, la validité se distingue de la légalité en ce qu'elle est « le rapport de conformité entre une norme et les conditions requises dans un ordre juridique positif pour qu'elle soit considérée comme devant être respectée, ce qui n'implique pas toujours nécessairement qu'elle soit légale »²²⁸⁷. La validité se préoccupe ainsi à titre exclusif du processus de création des normes²²⁸⁸ et toute justification d'un pouvoir est conditionnée par cette validité normative. Si la *Théorie pure du droit* fait apparemment peu de cas de la légitimité, on peut toutefois y déceler une démonstration sous-jacente dans ce que Kelsen appelle « le fondement de la validité ». Ce dernier repose pour l'auteur dans la *Grundnorm*, qui est la norme fondamentale « supposée »²²⁸⁹ et « la source commune de la validité de toutes les normes »²²⁹⁰. Seraient dès lors légitimes les *normes* – objet exclusif d'observation – prises conformément au fondement de la validité que constitue la norme fondamentale. C'est la raison pour laquelle les révolutions ou coups d'État sont illégitimes : ils « ne sont pas opérés conformément aux dispositions de la Constitution en vigueur »²²⁹¹.

502. La dernière remarque tient aux anomalies qui découlent de cette vision de la légitimité comme validité. Pour Kelsen, la légitimité n'est rien d'autre qu'une *permanence de la validité*. Autrement dit, la légitimité représente un système clos au sein duquel les normes se maintiennent au moyen d'une validité dont la durée peut être limitée²²⁹². Toutefois, l'auteur

²²⁸⁵ Ainsi, pour Otto Pfersmann : « la légitimité ne détermine pas en tant que telle la validité, aussi peu que la validité n'entraîne la légitimité d'une norme », O. PFERSMANN in L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 73. Plus radicalement, Léo Hamon et Michel Troper considèrent que « la question du fondement du caractère obligatoire des règles de droit n'est pas une question juridique, mais une question morale », F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 56.

²²⁸⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 209.

²²⁸⁷ M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité » in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 207.

²²⁸⁸ « Une norme juridique n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu, c'est-à-dire parce que son contenu peut être déduit par voie de raisonnement logique d'une norme fondamentale supposée, elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon, et plus précisément, en dernière analyse, d'une façon qui est déterminée par une norme fondamentale, norme supposée », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 197.

²²⁸⁹ Il ne sera pas question ici de discuter le caractère problématique de la norme fondamentale kelsénienne comme « hypothèse logique-transcendantale ». Sur ce débat, v. notamment, P. AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, p. 5.

²²⁹⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 194-195.

²²⁹¹ *Ibid.*, p. 209.

²²⁹² *Ibid.*, p. 209 : « le principe que les normes d'un ordre juridique valent aussi longtemps que leur validité ne prend pas fin d'une façon qui est déterminée par cet ordre juridique, ou qu'elle ne fait pas place à la validité d'une autre norme de cet ordre, est le principe de légitimité ».

affirme que « le principe de légitimité voit son empire limité par le principe de l'effectivité »²²⁹³, ce qui signifie que la légitimité comme fondement de la validité ne peut faire l'économie d'une analyse du « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »²²⁹⁴. Ainsi, s'il refuse d'assimiler validité et efficacité – la traduction de Charles Eisenmann faisant ressortir indistinctement les concepts d'effectivité et d'efficacité, utilisés comme synonymes²²⁹⁵ – le juriste autrichien admet que l'efficacité est une « condition de la validité »²²⁹⁶, dès l'instant où l'efficacité est appréhendée « en tant que tout ». Pour être valides, les normes d'un ordre juridique doivent ainsi être « efficaces, c'est-à-dire effectivement obéies et appliquées, *en gros et de façon générale* »²²⁹⁷. Or, si l'efficacité est, ainsi que l'affirme Kelsen, « un fait de *Sein* »²²⁹⁸, l'on ne peut que relever le paradoxe résidant dans l'affirmation selon laquelle la légitimité, fondement de la validité, est limitée par l'effectivité comme être. En d'autres termes, cela revient à affirmer qu'il y a du fait dans la validité du droit, fondement de l'ordre juridique, tout en rejetant synchroniquement le fait hors du droit²²⁹⁹. En ce sens, Norberto Bobbio relevait que, si le normativisme kelsénien exclut l'étude de la légitimité, c'est parce qu'il se refuse à s'intéresser au pouvoir au profit de la seule règle²³⁰⁰. L'aporie d'une telle conception tient au fait qu'en définitive, la norme fondamentale n'est fondée que sur « son efficacité, c'est-à-dire le fait, le simple fait, historiquement et sociologiquement vérifiable, que

²²⁹³ *Ibid.*, p. 211.

²²⁹⁴ « Effectivité » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 217.

²²⁹⁵ Les deux concepts semblent pourtant bien distincts, ainsi qu'a pu le démontrer Marie-Anne Cohendet : « Parmi les effets visés, voulus par l'auteur, il faut distinguer entre le respect de la règle, à savoir l'effectivité, et l'objectif visé au moyen et au-delà du respect de la règle, c'est-à-dire l'efficacité », M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », art. cité, p. 208. D'après Luc Heuschling, Kelsen utilise le terme « *Rechtswirksamkeit* » que Charles Eisenmann traduit par efficacité, mais « la traduction plus exacte, au vu de la nomenclature dominante actuelle, serait bien sûr "effectivité" », L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts » in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 32, note 19. L'auteur explique que l'utilisation indifférenciée d'effectivité et d'efficacité par Charles Eisenmann s'explique par le fait que le concept d'efficacité, en ce qu'il s'attache à l'analyse des buts du droit, n'a pas pour un positiviste d'« intérêt spécifique, propre ». Il ne peut dès lors qu'être un synonyme du concept d'effectivité, *ibid.*, p. 57.

²²⁹⁶ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 2012, coll. « Léviathan », p. 184 *sqq.*

²²⁹⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 215.

²²⁹⁸ *Ibid.*, p. 211.

²²⁹⁹ Ce paradoxe de la légitimité rappelle au demeurant le problème plus général de la conception kelsénienne de la validité, que Grégory Bligh qualifie d'« *équation* de la validité et de l'existence de la norme », G. BLIGH, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Paris, Institut Universitaire Varenne, « Collection des Thèses », 2017, p. 313.

²³⁰⁰ « [La] correspondance, entre les problèmes de la justification du pouvoir et ceux de la justification de la règle juridique, ne prend pas au dépourvu ceux qui considèrent le pouvoir et la règle comme deux côtés de la même médaille. [...] La théorie normative du droit, dans sa formulation la plus divulguée, qui est celle de Kelsen, laisse dans l'ombre l'autre côté de la médaille, celle du pouvoir », N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité » in P. BASTID *et al.*, *Annales de philosophie politique. L'idée de légitimité*, n° 7, Paris, PUF, 1967, p. 52-53.

les obligations qui en sont issues sont d'ordinaire observées »²³⁰¹. Dès lors, « la validité de la règle ultime est fondée sur l'effectivité du pouvoir ultime », si bien que Norberto Bobbio révèle le caractère parfaitement superfétatoire de la norme fondamentale chargée de justifier un pouvoir dont l'existence seule suffit à le justifier²³⁰². Les auteurs positivistes admettent pourtant facilement l'effectivité comme critère de légitimation. Ainsi, pour Bobbio, « l'effectivité d'un pouvoir est la preuve de sa légitimité »²³⁰³. De même, pour Santi Romano, « un ordonnancement juridique illégitime est une contradiction en termes, son existence et sa légitimité sont la même chose »²³⁰⁴. En d'autres termes, au jusnaturalisme qui fait dépendre la validité de la légitimité, avec pour fondement l'ordre *naturel* des choses, le positivisme justifie également ce qui existe parce qu'il est valide – et donc parce qu'il existe – se fondant sur l'ordre *juridique* des choses. C'est en ce sens qu'il est possible de comprendre les raisons pour lesquelles « la question de la légitimité sature nécessairement n'importe quel discours juridique »²³⁰⁵, y compris les discours positivistes²³⁰⁶ : le fondement de validité n'est rien d'autre qu'un fondement du pouvoir.

503. La légalité – confondue parfois avec la validité ou l'effectivité²³⁰⁷ – est donc un critère de légitimation et non un présupposé de légitimité. En effet, comme nous l'avons exposé, le présupposé de légitimité concerne le titre du pouvoir quand les critères de légitimation s'appliquent à ceux qui l'exercent. Bobbio a à ce titre bien démontré que la légalité consistait à justifier l'*exercice* du pouvoir. Au contraire, considérer la légalité comme un présupposé de légitimité n'est pas sans arrière-pensée, puisque cela aboutit à placer, au fondement de

²³⁰¹ *Ibid.*, p. 55.

²³⁰² « On pourrait dire en bref que la norme fondamentale est la règle à laquelle on assigne la fonction de légitimer juridiquement un pouvoir qui n'a besoin d'aucune légitimation juridique, parce qu'il trouve sa légitimation dans le fait même qu'il existe. Si le pouvoir ultime est un pouvoir dont la caractéristique particulière consiste dans le fait que sa validité dépend de son effectivité, quel besoin y a-t-il de le valider au moyen d'une règle supérieure ? Plus brièvement, si le pouvoir ultime est – et ne peut pas ne pas être – un pouvoir de fait, y a-t-il besoin d'une règle qui l'autorise ? Un pouvoir secondaire, s'il n'était pas légitimé par une règle, ne serait pas un pouvoir légitime, c'est-à-dire qu'il n'existerait pas juridiquement ; le pouvoir suprême, au contraire, est légitime par le fait seul d'exister, et donc indépendamment de toute règle. Bien plus, il est lui-même le fondement, le seul fondement, de légitimité de la norme fondamentale. Quelle règle étrange, au vrai, que la norme fondamentale : on l'invoque pour fonder un pouvoir, dont elle a besoin elle-même pour être fondée », *ibid.*, p. 55-56.

²³⁰³ *Ibid.*, p. 57.

²³⁰⁴ S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1946, 2^e éd., p. 192-193, cité in S. COTTA, « Éléments d'une phénoménologie de la légitimité » in P. BASTID *et al.*, *Annales de philosophie politique. L'idée de légitimité*, *op. cit.*, p. 62, note 4.

²³⁰⁵ D. MONGOIN, « La légitimité dans les rapports entre les ordres juridiques », art. cité, p. 334.

²³⁰⁶ *Ibid.*, p. 333-334.

²³⁰⁷ Cette confusion est critiquée par François Ost, qui affirme qu'il convient de bien distinguer la légitimité de la légalité et de l'effectivité, qui selon lui constituent « trois pôles différents » de la validité. Il dénonce ainsi la confusion opérée par « les grandes théories du droit » quant à ces trois pôles qu'il convient pourtant de distinguer. Pour lui, « la limite est atteinte lorsqu'un des trois aspects de la validité est tenu pour une condition à la fois nécessaire et suffisante de la validité », F. OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », ARSP, 1985, beiheft n° 25, repris in F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Travaux et recherches », 1987, p. 512 *sqq.*

l'autorité, non pas un *sujet*, mais une *norme*. La conséquence de ce renversement est immense, puisqu'elle conduit à une pure et simple négation de la souveraineté telle qu'elle est classiquement appréhendée²³⁰⁸. Quoi qu'il en soit, le choix de fonder le critère de légitimation sur la légalité s'avère profondément cohérent, dans la mesure où les gouvernants sont des pouvoirs constitués dotés d'une compétence conférée par la constitution ; constitution émanant elle-même d'une décision du souverain²³⁰⁹. La compétence apparaît alors comme une puissante justification à l'exercice du pouvoir par les organes constitués, conséquence inéluctable eu égard tout à la fois à la rationalisation du pouvoir et à la logique représentative²³¹⁰. Les limites du critère de légitimation fondé sur la légalité surgissent toutefois immédiatement. Appliqué au juge, ce critère conduit sommairement à rechercher dans la constitution le « fondement de validité » permettant au juge constitutionnel de contrôler la constitutionnalité des lois. Or, fonder la *légitimité* d'un organe constitutionnel sur sa seule existence en droit apparaît au mieux comme une tautologie, au pire comme un expédient infructueux. L'argument serait en effet tautologique dans la mesure où cela consisterait à affirmer que la fonction est légitime en raison même de sa fonction, autrement dit d'une compétence conférée par la Constitution. Le critère de légitimation fondé sur la constitutionnalité a donc cela de problématique qu'elle paralyse l'analyse des fondements de la décision d'instituer un juge constitutionnel en la bornant à ses effets. Au surplus, s'il est le gardien de la Constitution, qui jugera de sa légitimité – entendue, selon ce critère de légitimation, comme constitutionnalité – sinon lui-même ? Qui viendra s'opposer à ce que le juge outre passe « les compétences d'attribution prévues par l'article 61 de la Constitution », commettant alors un « excès de pouvoir constitutionnel »²³¹¹ ? Ce critère de la légalité est donc d'autant plus problématique s'agissant du juge que les actes des autres pouvoirs constitués peuvent être confrontés au critère de légitimation fondé sur la légalité précisément du fait de la présence du juge, alors qu'il n'est opposé au juge – garant de la légalité *lato sensu* –, aucune garantie. Difficile dès lors de légitimer le juge par référence à la norme qui

²³⁰⁸ En ce sens, à propos du constitutionnalisme de la première moitié du XIX^e siècle, Dieter Grimm relève que « ce que les libéraux avaient en vue avec l'affirmation d'une souveraineté de la constitution n'est autre chose que la négation complète de la souveraineté », D. GRIMM, « Souveraineté et *checks and balances* », art. cité, p. 230.

²³⁰⁹ « Tout Souverain est – ou se sent – contraint d'invoquer un principe de légitimité, à la différence des subordonnés du Souverain qui peuvent se contenter d'invoquer un simple *principe de légalité* (la loi du Souverain) », O. BEAUD, « Souveraineté » in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, p. 740.

²³¹⁰ « Une des caractéristiques de nos ordres juridiques, fondés sur un principe de souveraineté populaire ou, du moins, de légitimité démocratique, est qu'ils ont tendance à transformer l'exercice de tout pouvoir propre en compétences, c'est-à-dire en l'exercice d'un pouvoir fonctionnel, dérivé d'une habilitation qui, à la fois, en conditionne et en limite l'exercice », E. MAULIN, « Compétence, capacité, pouvoir » in AFDA, *La compétence*, Paris, Litec, coll. « Colloques & débats », 2008, p. 35.

²³¹¹ Ph. BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 17.

lui confère sa compétence²³¹². Formulée, *la conclusion de la prémisse serait en effet fort étrange : si légitimité signifie constitutionnalité, alors la compétence constitutionnelle du juge est constitutionnelle, donc légitime.*

504. L'avènement de la démocratie représentative est toutefois venu profondément remettre en cause le critère de légitimation fondé sur la légalité, au profit de l'élection, qui constitue le second critère contemporain de légitimation. Si le peuple est titulaire de la souveraineté, il ne peut l'exercer que par le biais de représentants. Or, Bruno Daugeron a bien montré que la rupture d'identification de la légitimité à « la production de la volonté générale »²³¹³ va marquer l'avènement de la « légitimité élective »²³¹⁴. La légitimité passe alors « de l'objet à l'origine, de *ce qui la fait* à *ceux qui la font* »²³¹⁵. Par suite, apparaît la nécessité de désigner ces représentants à travers le procédé de l'élection²³¹⁶. Dès lors, « l'élection va s'affirmer comme une technique de légitimité *en dehors de la volonté générale*, et en dehors du processus représentatif dont elle va s'affranchir au point d'être regardée comme une sorte de fin en soi »²³¹⁷. L'élection devient ainsi le critère permettant de légitimer ceux qui exercent effectivement la souveraineté, puisque « chaque citoyen échange sa part de souveraineté contre

²³¹² Analysant les justifications du contrôle de constitutionnalité des lois, Michel Troper écarte d'ailleurs cette hypothèse : « la référence à une règle constitutionnelle positive ne constitue pas une justification suffisante [...] ». On ne peut pas justifier, par exemple, l'existence de la Cour constitutionnelle italienne par le renvoi à une disposition de la Constitution, parce que ce qu'on cherche à déterminer, c'est ce qui justifie la décision du pouvoir constituant d'instituer une cour », M. TROPER, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois », art. cité, p. 912-913.

²³¹³ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, op. cit., p. 942.

²³¹⁴ *Ibid.*, p. 932 sqq.

²³¹⁵ *Ibid.*, p. 944.

²³¹⁶ En ce sens, Bruno Daugeron met en évidence le changement de paradigme qui a affecté le concept de représentation, par le passage d'un concept révolutionnaire de représentation dissocié de l'élection à un concept de représentation étroitement lié à elle : « l'élection-représentation ». Ce bouleversement ne sera alors pas sans conséquences : « la modification de la signification du concept de représentation a implicitement substitué l'élection à la volonté générale dans le fondement de la légitimité politique, à la faveur d'un renversement complet du sens des notions et de leur logique : la représentation n'est plus conçue comme "institutive" de volonté, mais comme restitutive des aspirations populaires censées exister avant elle et exprimées dans l'élection, en rupture avec toute la construction théorique du gouvernement représentatif », *ibid.*, p. 946. Dans le même sens, Carré de Malberg compte parmi les éléments permettant de distinguer la représentation sous l'ancienne France et la conception révolutionnaire la rupture dans l'association de la représentation à l'élection. À partir de 1791, en effet, « la représentation ne présuppose plus nécessairement l'élection du représentant : la qualité de représentant va être étendue à tout personnage ou collègue qui tient de la Constitution la puissance de vouloir pour la nation. Dans le système représentatif consacré par la Const. de 1791, on peut être un représentant sans être un élu, comme aussi il y a des élus qui ne sont pas des représentants », R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome II, op. cit., p. 263.

²³¹⁷ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, op. cit., p. 990. Être « dépourvu de légitimité démocratique » c'est donc être « sans lien avec la prétendue expression électorale de la volonté du peuple. L'accusation du "manque de légitimité" reviendra dès lors à dénoncer une absence d'élection. Les compétences définies et attribuées par la Constitution ou par la loi ne semblent se suffire à elles-mêmes dans la justification de l'exercice d'un pouvoir au regard du principe démocratique. La justification d'un pouvoir ne repose plus sur le procédé normatif mais sur le procédé de désignation censé révéler quelque chose du rapport à la souveraineté », *ibid.*, p. 925.

le droit de suffrage »²³¹⁸. Le suffrage universel marquera donc le succès de l'identification de la légitimité à l'élection²³¹⁹, en même temps qu'elle renforcera le principe de la représentation²³²⁰. Or, de manière fondamentale, Bruno Daugeron relève que la légitimité élective « n'est jamais qu'une forme de *légitimation* »²³²¹, si bien que « va s'amorcer la tendance à prendre la *légitimité démocratique* elle-même redéfinie autour de l'élection pour la *légitimation électorale* »²³²². En d'autres termes, l'élection comme critère de légitimation s'est tellement incorporée au présupposé de légitimité démocratique qu'elle s'y est substituée. Parce que « la représentation et la responsabilité sont, dans nos régimes démocratiques contemporains, les catégories *a priori* de la légitimité »²³²³, cette idée de la légitimité par l'élection est aujourd'hui profondément ancrée dans la pensée des auteurs.

505. Assurément, le critère de légitimation par l'élection conduit à rendre la question de la légitimité du juge insoluble : tout organe non élu serait en effet mécaniquement illégitime, si bien que l'on aboutit à l'incongruité juridique de déclarer tous les organes constitutionnels non élus illégitimes. Maintenir le critère de légitimation par l'élection entretient dès lors le caractère aporétique de la confrontation du présupposé de légitimité démocratique et du juge. Deux solutions semblent alors envisagées afin de résoudre cette difficulté. La première solution consiste à se demander s'il ne faudrait pas abandonner « le cadre de la légitimité fonctionnelle » et s'interroger sur la possibilité pour « ces juges qui disent le droit, beaucoup plus que ne le fait le législateur, qui maintiennent l'État de droit et qui ont en charge des valeurs républicaines » de « rester en lien avec la communauté, au moins symboliquement ? »²³²⁴. Autrement dit, « examiner la relation entre les juges et les justiciables en termes de légitimité d'origine »²³²⁵ en posant la question de savoir si l'élection des juges ne serait pas un remède au problème de sa

²³¹⁸ E. FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, A. Marescq, 1880, p. 319.

²³¹⁹ « Par le suffrage universel, exercice et essence de la souveraineté donneront implicitement le sentiment de s'être rejoints, la notion de souveraineté du peuple trouvant enfin une traduction concrète ne se réduisant plus à un vain mot puisque le principe sera regardé comme se matérialisant dans une pratique », B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*, p. 719.

²³²⁰ Jean-Marie Denquin établit en effet que l'identification de la démocratie à la seule élection a pour conséquence de renforcer la représentation, qui « n'est plus un pis-aller, mais la variable d'ajustement qui permet de soutenir que le peuple est souverain mais n'a rien à dire », J.-M. DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus Politicum*, n° 2, 2010, p. 198.

²³²¹ B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*, p. 930.

²³²² *Ibid.*, p. 1010.

²³²³ D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 6^e éd., 2013, p. 97.

²³²⁴ J. KRYNEN, « Position du problème et actualité de la question », art. cité, p. 23.

²³²⁵ *Ibid.*, p. 23.

légitimité²³²⁶. La deuxième solution réside dans le refus pur et simple de considérer la légitimité des organes constitutionnels comme une problématique juridique²³²⁷.

506. Pourtant, entre la question prospective de savoir si les juges ne devraient pas être élus et la solution radicale tendant à rejeter la question de la légitimité de l'exercice du pouvoir hors de la sphère du droit, une troisième solution serait plus fructueuse. Celle-ci consiste à étudier les nouveaux critères de légitimation du présupposé démocratique que l'émergence du juge constitutionnel a fait naître. À cet égard, il nous semble possible d'affirmer que le passage de la légalité à l'élection comme critère de légitimation²³²⁸, enregistre, avec la juridictionnalisation du droit constitutionnel, une nouvelle transformation, à travers l'émergence d'un critère finaliste propre aux juges. On observe en effet que « le droit et le juge ont (...) pris une place croissante dans l'économie générale de nos sociétés, et ils l'ont prise contre l'empire de la légitimité électorale »²³²⁹.

2. Le critère finaliste de protection des droits et libertés des individus

507. Après être passé d'un critère procédural – la légalité – à un critère d'origine – l'élection –, les critères contemporains de légitimation démocratique enregistrent une nouvelle mutation sous l'influence du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, en passant à un critère finaliste de la garantie des droits et libertés des individus. C'est le cas par exemple du doyen Favoreu, qui considère, s'agissant du juge constitutionnel, que l'essentiel est de savoir ce que « gagnent en définitive la démocratie et donc les individus »²³³⁰. Un organe n'est donc plus seulement légitimé par son procédé de désignation, mais également par le fait qu'il réalise

²³²⁶ J. KRYNEN (dir.), *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 1999. Jacques Krynen affirme ainsi que « sauf à se résoudre à l'avènement d'une super-technocratie juridictionnelle, la réinscription de la justice dans notre système de vie collective requiert un réajustement en suffisante adéquation démocratique. Quiconque exerce sous nos régimes une responsabilité de nature politique doit en répondre devant la communauté », « Avant-propos » in *ibid.*, p. 16. Dans un sens similaire, Wanda Mastor invite à tirer les conséquences du gouvernement des juges par leur élection, qui les rendrait plus légitimes, W. MASTOR, « Plaidoyer pour le gouvernement des juges » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 63.

²³²⁷ « Si légitimité il y a en dehors des règles de compétence, alors il n'appartient pas aux juristes d'en faire l'analyse lesquels, s'ils sont conséquents, ne voient de légitimité ou d'autorité que dans la règle de droit », B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*, p. 1039.

²³²⁸ *Ibid.*, p. 932 *sqq.* L'auteur parle quant à lui d'une « substitution des légitimités ».

²³²⁹ D. DE BÉCHILLON, « Comment légitimer l'office du juge ? » in G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT, (dir.), *L'office du juge*, Sénat – Palais de Luxembourg, 29 et 30 septembre 2006, coll. « Les colloques du Sénat », p. 472.

²³³⁰ L. FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », art. cité, p. 81. De façon plus conciliante, il a pu être affirmé que « la légitimité démocratique d'une norme implique désormais qu'elle soit conforme aux souhaits de la majorité dans le respect des droits de l'homme », M.-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », art. cité, p. 213.

certaines fins²³³¹. Plus précisément, la légitimation ne réside plus dans les moyens d'accéder au pouvoir, mais dans les finalités poursuivies par ce pouvoir, c'est-à-dire *l'effectivité de la protection des droits de l'homme*²³³², appelée aussi « la légitimité libérale »²³³³. Conformément à la « synthèse libérale » qui « a toujours insisté sur la fonctionnalité de l'État dans la protection des droits plutôt que sur la légitimité de son origine »²³³⁴, l'altération du critère de légitimation se traduit par une survalorisation des fins légitimes – la finalité axiologique de protection des droits au détriment des moyens, que constitue l'élection.

508. Ce nouveau critère de légitimation ne se substitue toutefois pas au critère fondé sur l'élection ; il s'y ajoute²³³⁵, ce qui entraîne de façon inéluctable un conflit entre les différents discours de légitimation²³³⁶. Le critère de légitimation reposant sur la protection des droits et libertés est ainsi, avec la juridictionnalisation du droit constitutionnel, le nouveau substrat du présupposé de légitimité démocratique, tant et si bien que l'on opposera aux nostalgiques de la légitimation fondée sur l'élection une objection dirimante : « les droits de l'homme, parce qu'ils représentent des bornes à l'action des autorités élues, sont-ils antidémocratiques ? »²³³⁷. Ce critère de protection des droits et libertés ne doit en revanche pas être confondu avec la légitimation fondée sur l'efficacité²³³⁸. À quelques rares exceptions²³³⁹, la qualité de la

²³³¹ Dans le même sens, François Saint-Bonnet considère que « la légitimation du pouvoir glisse à la fin du second millénaire de son origine (l'élection) vers sa fin (l'action juste) substituant ainsi à la figure de l'État issu de la volonté celle d'un "État de justice" parfaitement conceptualisé avant la Révolution, F. SAINT-BONNET, « Le droit contre la loi. Regard sur les mutations du droit constitutionnel au XX^e siècle » in S. GOYARD-FABRE (dir.), *L'État au XX^e siècle. Regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2004, p. 138.

²³³² V. en ce sens, B. MATHIEU, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Paris, Lextenso éditions, 2013.

²³³³ D. MONGOIN, « La légitimité dans les rapports entre les ordres juridiques », art. cité, p. 340. Ce changement de paradigme n'est pas propre à la juridictionnalisation. Comme le démontre David Mongoin, il existe un « conflit des légitimités » entre le droit national et le droit de l'Union européenne, dans la mesure où « la légitimité des États membres est nationale (statocentrée) et essentiellement démocratique, alors que la légitimité de l'UE est extranationale (désétatisée) et strictement libérale », *ibid.*

²³³⁴ J.-F. SPITZ, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1995, p. 21.

²³³⁵ Dans le même sens, pour Marie-Joelle Redor, « l'ancien registre de légitimation ne disparaît pas pour autant. Le titre du pouvoir reste fondé sur la souveraineté nationale et le suffrage universel », M.-J. REDOR-FICHOT, « Droits fondamentaux et légitimité » in L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité, op. cit.*, p. 81. Il est intéressant de relever à cet égard que ce n'est pas le cas s'agissant du droit de l'Union européenne, puisque « l'origine démocratique de la norme ne peut guère être avancée comme argument de légitimité et les droits fondamentaux deviennent l'élément quasi unique de cette légitimité énoncée pourtant comme démocratique », *ibid.*, p. 83.

²³³⁶ Conflit matérialisé de façon archétypique dans l'opposition entre démocratie et État de droit, sur lequel nous reviendrons. V. *infra*, § 466 *sqq.*

²³³⁷ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, p. 560.

²³³⁸ Définie comme le « mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent ». Ainsi que le relève l'auteur de cette définition, « le niveau d'efficacité des normes dans leur ensemble [...] conditionne la légitimation des institutions », R. BETTINI, « Efficacité » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, p. 219-220.

²³³⁹ V. notamment Fabrice Hourquebie, qui considère que la légitimation du juge passe par la stabilité jurisprudentielle, qui se matérialise à la fois par les exigences de prévisibilité et de clarté de la jurisprudence, F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^e République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 496-523.

jurisprudence ne constitue pas véritablement, au sein de la doctrine, un argument de légitimation du juge constitutionnel²³⁴⁰, ce que la critique de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel démontre aisément²³⁴¹ ; seule l'existence *effective* de la sanction juridictionnelle caractérise la justification des pouvoirs du juge constitutionnel, ce qui n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés au regard de l'idée que l'on se fait du consentement au pouvoir²³⁴², mais également de la juridicité²³⁴³.

509. L'apparition d'un tel critère vient au surplus sans conteste transformer la démocratie, ce qu'atteste l'attitude doctrinale consistant à relever le passage d'une conception formelle à une conception substantielle de celle-ci²³⁴⁴. Le paradoxe propre au constitutionnalisme juridictionnalisé tient alors à ce que la démocratie substantielle se fonde

²³⁴⁰ Certes, certains auteurs n'ont pas manqué de relever que la « prudence » du juge était vecteur de légitimation. Pour Philippe Jestaz, par exemple, « la légitimité d'un juge passe par la vertu de prudence », P. JESTAZ, « Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 13. Pierre Mazeaud, ancien président du Conseil constitutionnel, considérait ainsi que la légitimité du juge constitutionnel résulte « de la cohérence et la retenue de sa jurisprudence », P. MAZEAUD, « Préface » in M. VERPEAUX, M. BONNARD (dir.), *Le Conseil constitutionnel*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 11. Pourtant, le *contenu* de la jurisprudence est fort rarement utilisé comme argument de légitimation. V. à propos de l'efficacité du juge constitutionnel dans la protection des droits et libertés le numéro de *Jus Politicum* intitulé « Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? », n° 7, 2012 [en ligne].

²³⁴¹ Sur la motivation lacunaire des décisions du juge, v. *supra*, § 337-347.

²³⁴² Il a été relevé en ce sens que l'« on ne saurait mesurer la légitimité d'un pouvoir à la proportion de ceux qui lui obéissent et de ceux qui lui résistent, ou au degré d'efficacité de ses entreprises » R. POLIN, « Analyse philosophique de l'idée de légitimité » in P. BASTID *et al.*, *Annales de philosophie politique. L'idée de légitimité*, op. cit., p. 21. De même, Charles Eisenmann mettait en garde contre « la mystification – consciente ou inconsciente – qui consiste à interpréter l'«effectivité» du pouvoir comme équivalent de soi à une adhésion, à un consentement, et à la donner par suite pour un signe et une preuve suffisante du caractère démocratique ou en tout cas populaire de tous les régimes qui en bénéficient, quels qu'ils soient politiquement », C. EISENMANN, « Sur la légitimité juridique des gouvernements » in P. BASTID *et al.*, *Annales de philosophie politique. L'idée de légitimité*, op. cit., p. 127.

²³⁴³ Autrement dit de la sanction comme critère de juridicité. Il s'agit en effet de considérer que « la règle n'a pas de valeur juridique parce qu'elle émanerait d'une autorité légitime : elle est du droit parce qu'elle est assortie de sanction », si bien que « la question de la sanction absorbe, en quelque sorte, celle de l'origine », C.-M. PIMENTEL, « De l'obéissance à la reconnaissance : l'empreinte de la légitimité dans le droit », art. cité, p. 3. L'assimilation de l'effectivité et de la légitimité est une conséquence logique de la vision normativiste du droit, puisque « dès lors que le droit est censé se réduire à un ensemble de normes, de commandements assortis de sanction, toute l'interrogation se trouve rabattue sur la seule question de l'effectivité », *ibid.*, p. 4.

²³⁴⁴ « La première n'exige, pour l'essentiel, que le respect de la volonté souveraine – et donc exclusive – du peuple ou de ses représentants. La seconde réclame, quant à elle, la protection *effective* des droits de l'homme », E. PICARD, « Les droits de l'homme et l'«activisme judiciaire» », *Pouvoirs*, 2000, n° 93, p. 113. Etienne Picard relève que désormais, « chacun est bien convaincu qu'il ne saurait y avoir de véritable démocratie si tous les droits fondamentaux de l'homme ne sont pas *réellement* sanctionnés par le juge, et cela en accord, en marge, voire même à l'encontre de la loi en cas de besoin. La seule souveraineté de la représentation populaire ne paraît plus un critère suffisant pour caractériser tel ordre politique et juridique en tant que démocratie : le sens politique et juridique de la démocratie paraît avoir changé », E. PICARD, *ibid.*, p. 116. Dans le même sens, pour Michel Troper, ce changement de paradigme, analysé comme un « mode de justification » du contrôle de constitutionnalité, conduit à « un changement de définition de la démocratie, qui n'est plus ni un système d'autonomie, ni le pouvoir exercé par le peuple à travers des représentants élus, mais seulement un pouvoir exercé *au nom* du peuple par des représentants dont *certain*s seulement sont élus », M. TROPER, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois », art. cité, p. 924. Nous soulignons.

sur les mécanismes procéduraux de la démocratie formelle. Le juge est en effet réputé en mesure de protéger les droits car il doit respecter les règles d'impartialité, de motivation, de procédure contradictoire, *etc.*, ce qui démontrerait la qualité – ou la justice ? – de ses décisions. L'argument finaliste se transforme alors inéluctablement en argument procédural²³⁴⁵. Cette difficulté est toutefois éludée par l'argument tendant à justifier l'exercice du pouvoir par l'existence d'une *expertise juridique*, ce qui conduit à « créer une légitimation du pouvoir, pour partie en dehors du politique »²³⁴⁶. Cette légitimation par l'expertise peut, de prime abord, apparaître étonnante concernant le Conseil constitutionnel, dont on sait que la nomination des membres n'est conditionnée par aucune exigence de compétences juridiques particulières. Elle se justifie toutefois par le fait que le Secrétaire Général du Conseil constitutionnel, fonctionnaire doté d'une véritable expertise juridique, exerce un rôle fondamental dans la rédaction des décisions comme dans la solution elle-même²³⁴⁷.

510. Plus fondamentalement, cette transformation du critère de légitimation procède d'une certaine vision de la légitimité. Elle pourrait alors s'analyser comme une renaissance, dans la mesure où la légitimation démocratique s'apparente ici à l'ancienne vision de la représentation, celle qui dissociait l'expression de la volonté générale de l'élection²³⁴⁸. Elle n'est à cet égard pas sans rappeler la pensée des Doctrinaires, singulièrement de Guizot, qui, fustigeant le règne de la volonté, défendaient une « souveraineté de la raison, de la justice, du droit »²³⁴⁹ – et donc une « définition finaliste de la légitimité »²³⁵⁰ – même s'il ne s'agissait pas en l'occurrence d'une raison positive – ou plutôt, juridictionnelle – mais d'une « Raison transcendante »²³⁵¹. D'une certaine façon, cette transformation peut également sembler faire

²³⁴⁵ J.-M. FÉVRIER, « Sur l'idée de légitimité », *RRJ-Droit prospectif*, 2002-1, p. 378 : « fonder la légitimité sur des exigences strictement juridiques, surtout si elles sont consacrées comme normes positives comme c'est le cas pour les droits de l'homme, c'est affirmer que la validité du droit repose sur le droit lui-même ».

²³⁴⁶ B. MATHIEU, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, *op. cit.*, p. 106.

²³⁴⁷ W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, Paris, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2020, p. 124.

²³⁴⁸ Par exemple, sous la Monarchie de juillet, certains auteurs entendaient bien « distinguer l'élection de la représentation », considérant que le Roi aussi bien que les deux chambres assuraient cette fonction de représentation, A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2002, p. 138. L'auteur s'appuie notamment sur les écrits de Prosper Duvergier de Hauranne, Henri Fonfrède ou Charles His. V. surtout sur ce point, B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*

²³⁴⁹ « Je ne crois ni au droit divin, ni à la souveraineté du peuple [...]. Je crois à la souveraineté de la raison, de la justice, du droit », F. GUIZOT, *Du gouvernement de la France depuis la Restauration, et du ministère actuel*, Paris, Ladvocat, 2^e éd., 1820, p. 201. Sur cette conception, v. J. HUMMEL, « Guizot, théoricien de la légitimité », *RDP*, 2006, p. 904 et P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain », 2011, p. 450-454.

²³⁵⁰ J. HUMMEL, « Guizot, théoricien de la légitimité », art. cité, p. 908.

²³⁵¹ P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, *op. cit.*, p. 453.

renaître une conception antique – voire biblique – du droit ; conception qui n’est ni assumée ni, sans doute, consciente. En effet, « pour la philosophie politique antique, quelles qu’aient été les divergences entre le platonisme et l’aristotélisme, c’est la Constitution ou *Politeia* qui, dans la Cité ou *Polis*, déterminait l’articulation de la fin visée par la politique et des moyens à mettre en œuvre pour la réaliser. L’idée de Constitution désignait ainsi la finalité politique – le juge – tandis que les lois étaient les moyens par lesquels était recherché l’établissement de la justice »²³⁵². C’est bien l’idée de justice, et donc d’un ordre juste, que la doctrine, en tentant de neutraliser la controverse relative à la légitimité du juge constitutionnel, tend à faire renaître. Comme Aristote²³⁵³ qui, pour justifier ses trois formes idéales de gouvernement se fondait sur la nécessité de gouverner « en vue de l’intérêt commun »²³⁵⁴, le discours doctrinal conduit aujourd’hui à considérer comme légitime un pouvoir qui a pour finalité la protection des droits des individus. Bien entendu, la finalité recherchée, reposant sur la protection des intérêts individuels, n’est nullement comparable – et même profondément opposée – au *juste* aristotélicien fondé sur le bien commun²³⁵⁵. Mais c’est la dimension axiologique et finaliste du critère de légitimation qui peut ici se voir comparée à la conception aristotélicienne du droit et de la justice, ceci d’autant plus qu’il a été relevé que « ce qui est au cœur de la pensée d’Aristote, c’est [...] la nature *juridictionnelle* du droit »²³⁵⁶. Parce que la légitimation du juge ne peut

²³⁵² S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1997, p. 83.

²³⁵³ Sur la philosophie du droit d’Aristote, v. M. VILLEY, *Philosophie du droit*. Tome I, *Définitions et fins du droit* [1986], rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2001, p. 39-71 et *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2^e éd., coll. « Quadrige manuels », 2013, p. 78-99.

²³⁵⁴ ARISTOTE, *Politique*, Livre III, 7 in *Œuvres*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 2014, p. 453 : « chaque fois que l’individu, le petit ou le grand nombre gouvernent en vue de l’intérêt commun, ces régimes sont nécessairement corrects ; en revanche, ceux qui ont en vue l’intérêt particulier de l’individu, du petit nombre ou de la masse sont des régimes déviés ».

²³⁵⁵ Comme le relève Simone Goyard-Fabre, « pour que la Constitution mixte qui ne dédaigne pas les principes démocratiques enveloppe un gage d’espérance, une condition expresse est requise : que le peuple soit considéré comme un être collectif et non comme un agrégat disparate d’individus. Il est assez remarquable qu’Aristote ait, en son temps, donc bien avant Hobbes et Rousseau, souligné la différence qui existe entre le peuple considéré comme une somme d’individus et le peuple considéré comme un corps politique : si les individus qui composent une masse populaire sont enclins, *ut singuli*, à céder aux passions et à leurs excès, le peuple, en sa globalité, est loin d’être dépourvu de lucidité et de discernement politique. N’est-ce point dire déjà que le risque encouru par la démocratie réside dans les effets délétères de l’individualisme et que si, *a contrario*, elle autorise quelque espoir pour les peuples, c’est à la condition expresse que ceux-ci éteignent la conflagration destructrice des intérêts privés ? », S. GOYARD-FABRE, *Qu’est-ce que la démocratie ? La généalogie philosophique d’une grande aventure humaine*, Paris, Armand Colin, « Collection U », 1998, p. 62. Dans un sens similaire, Jean-Fabien Spitz oppose la dimension politique propre aux sociétés anciennes à la dimension sociale, surévaluée par la société libérale : « L’homme moderne semble donc s’être affranchi et avoir gagné sa liberté en rompant l’idée d’un bien commun objectivement déterminable, et en acceptant de se penser lui-même comme un animal social et non plus comme un animal politique », J.-F. SPITZ, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, *op. cit.*, p. 70.

²³⁵⁶ P. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe. Essais sur le nouvel âge du droit*, *op. cit.*, p. 98. Ailleurs, l’auteur précise ainsi que « dans la philosophie antique, la doctrine d’Aristote exprime de manière privilégiée cette nature “juridictionnelle” du droit », si bien que « la philosophie d’Aristote peut [...] être utilisée comme puissant instrument dans la critique du “légitimisme” moderne », P. RAYNAUD, « Juge » in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, p. 361.

reposer sur le principe électif, la doctrine a donc recours aux valeurs. En ce sens, le juge est légitime – il est *juste* – parce qu’il assure la protection des droits des individus ; valeur suprême des sociétés contemporaines qui, pour cette raison, se disent démocratiques. De même que l’eupéanisation du droit conduit à un « glissement d’une légitimité fondée sur l’élaboration démocratique de la règle de droit vers une légitimité plus technicienne fondée sur l’efficacité libérale de la règle de droit elle-même »²³⁵⁷, la justification de la justice constitutionnelle consiste également à écarter la légitimation élective, qui repose sur les moyens d’exercice du pouvoir, pour lui préférer une légitimation axiologique, fondée sur les fins poursuivies²³⁵⁸. Certes, l’inéluctable inconstance des critères de légitimation tend à imprimer un relativisme des valeurs préjudiciable au concept de démocratie. Toutefois, en lui-même, ce relativisme des valeurs est de peu d’importance, dans la mesure où l’intention normative du discours doctrinal ouvre la voie à une analyse substantielle de l’évolution des paradigmes démocratiques.

511. Cette évolution des critères contemporains de légitimation démocratique emporte un bouleversement de l’objet même de la démocratie et, par conséquence, du droit constitutionnel lui-même en tant que discipline.

²³⁵⁷ D. MONGOIN, « La légitimité dans les rapports entre les ordres juridiques », art. cité, p. 341.

²³⁵⁸ V. dans le même sens, B. MATHIEU, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, op. cit., p. 89 et B. DAUGERON, « De la démocratie aux droits fondamentaux : transition ou substitution ? », art. cité, p. 247-249. Pour François Ost, il s’agit d’une « légitimité technocratique » qui « repose en fait sur une légitimation par la performance ou l’efficience » dans le cadre d’un « système finalisé au sein duquel la logique de la performance risque bien de prendre le pas sur la désirabilité en elle-même de l’objectif poursuivi », F. OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », art. cité, p. 524.

SECTION 2

L'AVÈNEMENT D'UNE DÉMOCRATIE DU JUGE, PAR LE DROIT POUR L'INDIVIDU

512. En raison de l'évolution des critères de légitimation, le discours de justification du juge par la doctrine a pour ultime conséquence d'altérer les finalités même de la démocratie. Elle aboutit en effet à deux types de discours antagonistes, à savoir, d'un côté, la légitimation du juge contre un Parlement potentiellement dangereux pour la protection des libertés individuelles et, de l'autre, la délégitimation d'un juge qui s'immisce dans une activité législative qui doit s'exercer librement²³⁵⁹. C'est ainsi que sous la V^e république, pendant que Jean Rivero se réjouissait de ce que le contrôle de constitutionnalité des lois a permis de « parachever, en France, la construction de l'État de droit, en rendant effective la soumission du Législateur souverain à la règle qui fonde son pouvoir et en le contraignant par là au respect des libertés publiques »²³⁶⁰, René de Lacharrière s'insurgeait contre le pouvoir détenu par « neuf personnes totalement irresponsables » de censurer la volonté d'un Parlement démocratiquement élu²³⁶¹. Autrement dit, elle ne formule rien de moins que l'opposition du libéralisme et de la démocratie.

513. Présenté par la doctrine constitutionnaliste comme allant de soi, le discours tendant à promouvoir la figure du juge en démocratie est un donc discours polémique. Il produit un bouleversement des *paradigmes démocratiques*, c'est-à-dire du modèle systémique de démocratie admis dans une société. Ce modèle est défini par la Constitution de la V^e République comme le « gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple »²³⁶², dans lequel la « souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum »²³⁶³. Parce que la justice constitutionnelle heurte ces paradigmes, la doctrine constitutionnaliste a entendu en réduire les antagonismes, si bien que « la transformation du rôle du juge correspond à la transformation de la démocratie elle-même »²³⁶⁴. La démocratie est alors désormais repensée autour du discours de protection des droits et libertés constitutionnels.

²³⁵⁹ V. pour une illustration de ces deux discours, L. HAMON, P. THIBAUD, « Le Conseil constitutionnel et la démocratie », *Le Débat*, n° 43, 1987, p. 69.

²³⁶⁰ J. RIVERO, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, nouvelle éd. 1986, p. 5.

²³⁶¹ R. de LACHARRIÈRE, « Opinion dissidente », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 133.

²³⁶² Article 2 de la Constitution française.

²³⁶³ Article 3 de la Constitution française.

²³⁶⁴ A. GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 42. Dans le même sens, Bertrand Mathieu soutient que « l'émergence d'un nouveau système juridique fondé essentiellement sur les droits fondamentaux est l'une des caractéristiques essentielles de l'évolution du droit », B. MATHIEU, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, op. cit., p. 23.

Profondément – et peut-être irrémédiablement – ébranlée, la démocratie *du peuple, par le peuple, pour le peuple* se voit remplacée par une *démocratie du juge, par le droit, pour l'individu*.

514. La démocratie du juge, par le droit, correspond à la promotion de l'État de droit, hérité du *Rechtsstaat* allemand²³⁶⁵, dont il conviendra de se demander ce qu'elle conserve de démocratique. La transformation de la démocratie opérée par le phénomène doctrinal de juridictionnalisation semble ainsi avoir parachevé le constitutionnalisme et, avec lui, le droit constitutionnel. Désormais, la démocratie ne semble plus pouvoir être pensée en dehors de l'État de droit²³⁶⁶. Or, ce dernier limite la démocratie et, en cela, la transforme (§ 1). La démocratie que produit le phénomène doctrinal de juridictionnalisation est également une démocratie *pour l'individu*. Avec la justice constitutionnelle, les droits subjectifs des individus ont progressivement fait leur apparition en droit constitutionnel. La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité, en créant un statut de citoyen-individu, a parachevé le processus. Ce phénomène de subjectivisation n'est pas sans poser de nombreuses difficultés (§ 2).

§ 1. – La démocratie du juge, par le droit, comme érosion des finalités de la démocratie

515. L'érosion des finalités de la démocratie procède de son *antagonisme principal* avec l'État de droit qui, en tant que « terre d'élection du pouvoir juridictionnel »²³⁶⁷, vient limiter, par la promotion de valeurs relatives que le juge est libre de déterminer, la volonté

²³⁶⁵ Sur les origines du concept de *Rechtsstaat* en Allemagne à l'époque du *Vormärz*, au début du XIX^e siècle, et son évolution, v. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique », 2000, trad. O. Jouanjan, p. 128-147. V. également J. HUMMEL, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2002, p. 113-126 : Jacky Hummel expose les différentes conceptions de l'idée de *Rechtsstaat* chez ses premiers penseurs, Kant et Robert von Mohl, puis son prolongement chez Friedrich Julius Stahl. L'auteur explique notamment que le « droit étatique » se traduisait originellement chez Kant de façon éminemment libérale comme la préservation par l'État de la sphère de liberté des citoyens, permettant à chacun de se réaliser « selon ses mérites ». Mais c'est véritablement Robert von Mohl qui va penser le concept de *Rechtsstaat*, dont l'un des « buts suprêmes » tient à « la protection des droits individuels contre toute atteinte non juridiquement autorisée » ; but assuré grâce au pouvoir de police que l'État doit déployer à cette fin. Stahl réduira ensuite le concept d'État de droit à son aspect formel, c'est-à-dire en excluant « le problème des buts que doit poursuivre l'État pour se contenter de formuler la soumission de l'État à la norme juridique ».

²³⁶⁶ « Penser en tant que juriste la démocratie revient souvent, de nos jours, à penser l'articulation entre démocratie et État de droit ou, dans l'ordre inverse, entre État de droit et démocratie ; *Le terme* et, au-delà, le *concept* d'État de droit – un *certain* concept d'État de droit – devient l'outil grâce auquel nombre de juristes pensent/repensent la démocratie », L. HEUSCHLING, « De la nécessité d'une démocratie informée par le droit » in A. VIALA (dir.), *La démocratie : mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2014, p. 33.

²³⁶⁷ S. CAPORAL, « Le gouvernement des juges : protection des droits ou captation du politique ? » in *Justice et État*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection d'Histoire des Idées Politiques », 2014, p. 437.

politique (A). Mais l'« hégémonie culturelle de l'État de droit »²³⁶⁸ semble faire illusion puisque, derrière lui, se dissimule l'État juridictionnel. En effet, derrière la soumission de la politique au droit se manifeste ainsi une soumission de la politique au juge, et donc d'une volonté politique à une autre (B).

A. La démocratie limitée par l'État de droit

516. La conséquence ultime de la juridictionnalisation se traduit par le passage du dogme de la souveraineté parlementaire à l'État de droit dans sa conception formelle – l'État qui agit au moyen du droit et s'y soumet – comme matérielle – l'État qui tend à la promotion de certaines valeurs et à la garantie des droits individuels²³⁶⁹. Autrement dit, la promotion du juge se traduit par l'affirmation libérale de la primauté du droit et l'avènement subséquent de ce que Guy Carcassonne avait significativement qualifié de « *société de droit* »²³⁷⁰. Réputé constituer la finalité ultime du droit, l'État de droit serait devenu une « contrainte axiologique qui commande toute légitimité politique »²³⁷¹ et dont les juges, nationaux et internationaux, seraient les garants ainsi que les promoteurs²³⁷². Il en découlerait une sorte de face-à-face entre les représentants, qui symbolisent la démocratie, et les juges, qui assurent la protection de l'État

²³⁶⁸ P. AVRIL, « Hégémonie culturelle de l'État de droit » in *Vies politiques. Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*, Paris, Dalloz, 2018, p. 7.

²³⁶⁹ Si, ainsi que l'a démontré Jacques Chevallier, l'époque contemporaine marque le passage d'une conception formelle à une conception substantielle de l'État de droit (J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien – Lextenso éditions, coll. « Clefs Politiques », 6^e éd., 2017, p. 85-86), il n'en demeure pas moins que la conception formelle subsiste en tant que la promotion de droits subjectifs passe par leur consécration par le droit objectif : « Le droit subjectif n'existe pas en effet en soi, mais seulement à partir du moment où il fait l'objet d'un processus de reconnaissance par le droit objectif : préalablement à cette reconnaissance, il n'existe qu'à l'état virtuel, à travers l'expression de certaines aspirations ou attentes sociales », J. CHEVALLIER, « État des droits *versus* État de droit ? » in P.-Y. BAUDOT, A. REVILLARD (dir.), *L'État des droits. Politique des droits et pratique des institutions*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 247-248. En Allemagne, le *Rechtsstaat* était originairement pensé dans ses deux aspects formels et matériels. Il a ensuite été réduit à son seul aspect formel par Friedrich Julius Stahl. L'État de droit fut donc entendu en son sens exclusivement formel de limitation de l'État par le droit, jusqu'à ce que le régime nazi oblige durablement à réintégrer la dimension matérielle de l'État de droit. V. en ce sens, E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, op. cit., p. 133-147. Sur la conception de l'État de droit et des droits subjectifs en Allemagne dans la seconde moitié du XIX^e siècle, V. surtout, A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2012, p. 247-467.

²³⁷⁰ G. CARCASSONNE, « Société de droit contre État de droit » in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 37.

²³⁷¹ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 111.

²³⁷² P. ROLLAND, « Faut-il craindre le gouvernement des juges ? » in M. WIEVIORKA (dir.), *Rendre (la) justice*, Auxerre, Sciences Humaines Éditions, coll. « Les entretiens d'Auxerre », 2013, p. 162-163 : « L'État de droit place le juge au centre de son dispositif, parce que, contrairement aux principes hérités de la Révolution française et conservés par la tradition républicaine, il ne se contente pas d'une fonction de contrôle politique de l'État par le Parlement ou par les autres représentants élus. Il manifeste une confiance grandissante envers le contrôle [...]. L'État de droit s'accomplit ainsi en acceptant le contrôle de la presque totalité de ses décisions par un juge ».

de droit²³⁷³. Dans ce duel, les seconds sortent nettement valorisés²³⁷⁴. Kelsen relevait à cet égard de manière significative que la dissolution du dualisme entre l'État et le droit, c'est-à-dire la considération que tout État est un État de droit, permettrait « l'anéantissement radical et absolu d'une des plus efficaces idéologies de légitimité »²³⁷⁵. L'État de droit est en effet un puissant argument de justification du pouvoir du juge, qui « s'inscrit dans une légitimité concurrente de celle portée par la démocratie politique »²³⁷⁶.

517. Mais l'État de droit n'a pas pour seule utilité de légitimer le pouvoir des juges. Sa survalorisation génère un glissement paradigmatique, faisant de la démocratie un idéal insuffisant pour la protection des individus. « Démocratie des droits », « démocratie libérale », « démocratie constitutionnelle »²³⁷⁷ ou « démocratie continue » : ces concepts tendent à indiquer que la démocratie représentative, ne suffit plus. Ils visent tous à promouvoir ce que nous avons qualifié de critère de légitimation finaliste de protection des droits et libertés. Or, cette promotion ne peut être sans conséquence sur la conception de la démocratie elle-même, dont les finalités évoluent. Celles-ci ne peuvent résider dans une seule logique procédurale – associer le peuple souverain à la prise de décision de ses représentants – mais doivent être complétées par une garantie effective des droits et libertés. Autrement dit, la démocratie ne peut plus être envisagée indépendamment des exigences de l'État de droit. Or, le juge constitutionnel étant indispensable à la satisfaction de telles exigences, affirmer que l'État de droit est indispensable à la démocratie revient inévitablement à considérer que la démocratie ne peut se passer du juge. En ce sens, le doyen Favoreu soutenait que les conséquences de la justice constitutionnelle sur

²³⁷³ Même si les acteurs de la vie publique contribuent également à ériger l'État de droit en standard incontournable de toute société moderne, dans lequel la justice constitutionnelle joue un rôle décisif. Ainsi, les déclarations publiques n'omettent jamais de valoriser cette fonction de protection de l'État de droit. Le recours par les personnalités politiques à l'idée de « progrès de l'État de droit » pour justifier le rôle de la justice constitutionnelle a été opéré pour la première fois par le Président Valéry Giscard d'Estaing lors de son discours d'allocution à l'occasion du XX^e anniversaire de la Constitution du 28 septembre 1978. Depuis, l'invocation de la réalisation de l'État de droit par la justice constitutionnelle est systématique. Par exemple, pour le Président Nicolas Sarkozy, « le juge a pour mission de faire en sorte que l'État de droit soit une réalité », N. Sarkozy, Discours du 1^{er} mars 2010 à l'occasion de l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité. Dans le même sens, le Président du Conseil Jean-Louis Debré considère que la réforme de la question prioritaire de constitutionnalité « a permis de très grands progrès de l'État de droit », J.-L. Debré, Discours de vœux au Président de la République, 7 janvier 2013.

²³⁷⁴ L'État de droit est en effet une notion « chargée d'un rôle discriminant, puisqu'elle fournit la pierre de touche de l'acceptabilité en matière politique », M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie*. Tome IV, *Le nouveau monde*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 2017, p. 577.

²³⁷⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 310.

²³⁷⁶ B. MATHIEU, *Justice et politique : la déchirure ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Forum », 2015, p. 16.

²³⁷⁷ Présentant l'ouvrage de Carl Friedrich sur la *Démocratie constitutionnelle*, Marcel Prélot s'étonne de ce que l'expression ne soit pas plus fréquemment employée. Pour lui, la démocratie constitutionnelle n'est en réalité que la seule forme possible de démocratie. Face à l'impossible « démocratie absolue » de Jean-Jacques Rousseau, la « démocratie constitutionnelle » est la « seule façon d'exister » de la démocratie, M. PRÉLOT, « Préface » in C. J. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, coll. « Bibliothèque de la science politique », 1958, trad. A. Martinerie *et al.*, p. XII-XIII.

la démocratie sont irréversibles, puisqu'il ne pourrait « plus y avoir de Constitution réellement démocratique sans l'existence d'une justice constitutionnelle assurant le règne de l'État de droit »²³⁷⁸. De même, le président Badinter écrivait que la suppression du contrôle de constitutionnalité des lois conduirait à une méconnaissance « des exigences de l'État de droit dans une démocratie moderne »²³⁷⁹. Cet argument permet alors de justifier le rôle du juge constitutionnel car, si le contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas indispensable à la démocratie – l'exemple anglais permet de l'attester – il est une condition de réalisation de l'État de droit, lui-même érigé en condition de la démocratie. Le juge constitutionnel, en tant que garant de l'État de droit, permettrait ainsi tout à la fois de prémunir les citoyens des atteintes portées par le pouvoir politique à leurs droits et de conférer aux individus de nouveaux droits. La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité a évidemment renforcé ce rôle, puisque le Conseil constitutionnel, dans le cadre de son contrôle *a posteriori*, se consacre désormais exclusivement aux atteintes portées « aux droits et libertés que la Constitution garantit »²³⁸⁰. La légitimité du juge constitutionnel se trouve indéniablement renforcée par l'ouverture de son prétoire aux justiciables, ces derniers bénéficiant d'un juge leur permettant tout à la fois de garantir leurs libertés que de remettre en cause toute loi qu'ils jugeraient attentatoire à leurs droits.

518. Pourtant, est-il possible de soutenir sans contradiction que l'État de droit est une version perfectionnée de la démocratie représentative, dont les défauts seraient mis en évidence par la crise de l'élection comme critère de légitimation ? Une telle présentation nous semble malaisée. De prime abord, la démocratie et l'État de droit reposent sur des finalités inverses : alors que la démocratie se rapporte à une certaine organisation de *l'exercice du pouvoir*, l'État de droit tend à sa *limitation*. La première traduit une *participation* du peuple à la décision collective, le second une *restriction* du pouvoir de l'État. Au surplus, il n'est pas possible de constater une interdépendance entre les deux. L'État de droit n'est, en effet, pas consubstantiel à la démocratie représentative, mais seulement à ce que l'on appelle la « démocratie constitutionnelle »²³⁸¹ ou « substantielle », c'est-à-dire celle qui a précisément émergé avec l'État de droit pour se confondre avec elle. Kelsen condamnait en ce sens le conditionnement

²³⁷⁸ L. FAVOREU, « Annexe » in C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], rééd. Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1986, p. 374.

²³⁷⁹ R. BADINTER, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde*, 23 novembre 1993.

²³⁸⁰ Article 61-1 de la Constitution française.

²³⁸¹ D. ROUSSEAU, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008. V. également, C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 338 : l'auteur relève que le système de l'État de droit appliqué à une démocratie transforme ce qu'il appelle la « démocratie pure » – sans que l'on sache bien ce que l'auteur entend par là, puisque la démocratie directe n'existe pas à l'époque moderne – en « démocratie constitutionnelle ».

de l'État de droit à la démocratie, en considérant qu'il constituait un « préjugé de droit naturel »²³⁸². Au reste, l'État de droit peut également s'épanouir hors du cadre étatique : l'Union européenne, dont les traités se fondent sur les valeurs de promotion de l'État de droit²³⁸³ et qui se définit elle-même comme une « Union de droit »²³⁸⁴, fournit à cet égard un exemple probant. En dépit de cela, l'association de la démocratie et de l'État de droit se présente aujourd'hui comme un axiome : toute démocratie doit tendre vers la réalisation de l'État de droit, et inversement, tout État de droit doit tenter d'associer le peuple à la prise de décision²³⁸⁵. Or l'État de droit, présenté comme un moyen d'améliorer la démocratie, borne en réalité son exercice puisqu'il repose sur la limitation de la souveraineté collective au profit des droits individuels. L'État de droit vise en effet à rompre la fiction démocratique de « l'identité du dominant et du dominé, du gouvernant et du gouverné, de celui qui commande et de celui qui obéit »²³⁸⁶. Parce qu'il a vocation à contrôler l'ensemble des activités de production normative, il répond à une logique inverse de celle de la démocratie représentative : à rebours de l'identification du représentant et du représenté, il tend à accentuer la séparation de la société civile et de la société politique, en réduisant la sphère du politique au profit de la sphère privée²³⁸⁷.

519. Ces divergences de finalités – exercice du pouvoir d'un côté, limitation du pouvoir de l'autre – posent la question de la possibilité même de leur coexistence. Au fond, les « droits

²³⁸² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 309-310 : « En prétendant limiter [...] la notion d'État de droit aux seuls États qui répondent aux postulats de la démocratie et de la sécurité juridique, on se condamne logiquement à admettre que seuls peuvent être considérés comme des ordres juridiques "véritables" des ordres de contrainte qui présentent ce caractère. Mais une telle idée est un préjugé de droit naturel ».

²³⁸³ Article 2 TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme ».

²³⁸⁴ CJUE, Grande chambre, 29 juin 2010, aff. C-550/09, *Procédure pénale c/ E. et F.*

²³⁸⁵ L'État de droit est également confondu avec les conceptions particulières de la démocratie, notamment la « démocratie continue » que Dominique Rousseau assimile à l'État de droit, qu'il qualifie d'« État procédural », lorsqu'il défend l'idée selon laquelle « par le principe de discussion qui le structure, l'État de droit ne réduit donc pas l'action politique des citoyens à un seul moment, le vote par exemple ; il ouvre au contraire sur une activité communicationnelle continue par laquelle les hommes, pris dans les mutations de leur mode de vie, redéfinissent sans cesse leurs exigences », D. ROUSSEAU, « L'État de droit est-il un État de valeurs particulières ? » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 893. Ici, l'État de droit semble bien fonctionner comme synonyme de démocratie continue.

²³⁸⁶ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 372.

²³⁸⁷ La « démocratie continue » conceptualisée par Dominique Rousseau repose ainsi sur l'idée de la « consécration d'un espace séparé au profit des gouvernés ». La constitution, que l'auteur appelle Charte jurisprudentielle des droits et libertés, est un « acte qui s'intéresse moins à l'organisation de l'État qu'aux relations entre les citoyens et l'État, en posant le principe de leur différenciation, et surtout en donnant à chacune des "parties", les institutions propres à faire vivre cette différence : à l'État, à la société politique, les organes parlementaires et gouvernementaux ; aux citoyens, à la société civile, le Conseil constitutionnel », D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5. La « fusion » des gouvernants et gouvernés laisserait ainsi place grâce au contrôle de constitutionnalité à un « écart entre le corps des représentants et le corps des représentés, écart qui est constitué du principe démocratique », D. ROUSSEAU, « La QPC, redécouverte de la pensée constitutionnelle » in D. ROUSSEAU, P. PASQUINO (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris, Mare et Martin, coll. « Néo-Rétro constitutionnalisme », 2018, p. 134.

fondamentaux » ou « valeurs fondamentales » de l'État de droit substantiel ne constituent-ils pas de sérieux obstacles à la volonté politique démocratiquement exprimée ? En apparence quelque peu simpliste, puisque renvoyant à la sempiternelle question de la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle – dont on a dit qu'elle ne pouvait être qu'un discours de légitimation –, cette problématique est en réalité d'une grande complexité, car elle suppose d'abord d'identifier les droits et valeurs que l'État de droit tend à promouvoir. Mais cette identification est rendue malaisée en raison de ce que Lucien Jaume a pu qualifier de « crise de l'universel suscitée par l'affirmation de la primauté consécutrice de la société sur l'État »²³⁸⁸. Or, ainsi que nous l'avons soutenu, la *constitution jurisprudentielle*²³⁸⁹ est une constitution axiologiquement déterminée qui tend à promouvoir des valeurs érigées au rang « d'idéal », sans toutefois que les droits et libertés ne soient considérés comme appartenant par nature, ou par essence, à l'homme²³⁹⁰. En d'autres termes, les valeurs de l'État de droit ne précèdent pas leur création constitutionnelle et, surtout, jurisprudentielle ; elles ne peuvent dès lors être déterminées ou identifiées par avance, puisque le constitutionnalisme juridictionnalisé vise à promouvoir les droits et libertés en tant qu'ils sont constitutionnellement consacrés. L'anéantissement par la société juridique contemporaine des postulats *jusnaturalistes* a entraîné une multiplication des valeurs ; valeurs par nature relatives. Dans ce cadre, la Constitution devient une valeur en soi sans pourtant que l'on ne s'attache à véritablement en définir le contenu précis : la promotion des valeurs est, ainsi que nous l'avons déjà souligné, masquée derrière un discours formaliste²³⁹¹. C'est sans doute à cet égard que l'individualisme de l'État de droit se manifeste le plus vivement. Puisque les valeurs sont relatives, chaque individu est libre de revendiquer celles qui lui sont propres et dispose d'un mécanisme pour exalter de telles revendications : la question prioritaire de constitutionnalité permet en effet à chaque individu de revendiquer la protection de ses droits et libertés, pourvu qu'ils puissent être rattachés à la constitution.

²³⁸⁸ L. JAUME, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Flammarion, coll. « Champs essais », 2010, p. 353-354.

²³⁸⁹ V. *supra*, § 231-234.

²³⁹⁰ V. *supra*, § 427-429.

²³⁹¹ Dans un sens similaire, François Saint-Bonnet affirme que le nouveau droit constitutionnel « est le résultat de la rencontre et du mariage entre une volonté de préserver les citoyens des atteintes que les pouvoirs publics pourraient porter au droit (ce qui n'a rien de nouveau, le juge administratif et le juge judiciaire le faisaient dans l'« État légal ») et une conception purement formaliste du droit constitutionnel d'inspiration kelsénienne, laquelle est, en tant que « science du droit », indifférente aux valeurs de la démocratie libérale », F. SAINT-BONNET, « Le Conseil d'État, juge constitutionnel. Une propédeutique administrativiste pour le nouveau droit constitutionnel », art. cité, p. 299.

520. Envisagée par Lucien Jaume comme une accentuation des « tendances “démocratiques”, de l’État de droit »²³⁹², la possibilité offerte « de laisser toujours ouverte la question des droits »²³⁹³ ne paralyse-t-elle pas au contraire la démocratie ? Car les droits et libertés que promeut l’État de droit, qu’ils soient déjà consacrés ou en voie de l’être par le juge, entravent nécessairement la décision démocratique lorsqu’elle est exprimée par la voie représentative²³⁹⁴. Plutôt que de rapports irrémédiablement antagonistes, les auteurs qui soulignent ces divergences préfèrent toutefois parler de tensions²³⁹⁵. L’idée d’une « tension » plutôt que d’une véritable « contradiction » entre démocratie et État de droit a l’avantage de mettre en évidence les conflits qui affectent la pensée constitutionnelle elle-même. Celles-ci résident dans le fait que la démocratie n’était pas l’horizon originel du constitutionnalisme²³⁹⁶ ;

²³⁹² « La loi doit elle-même devenir image de la société, reflet de sa diversité et de ses conflits, voire de ses inquiétudes éthiques, sans qu’une clôture de ce procès spéculaire puisse être posée *a priori*. À terme, chacun peut penser que la loi a tort et qu’il parviendra à l’influencer : c’est dans cette lutte pour la reconnaissance que s’éprouve la liberté au sens contemporain ; ce qui, visant à accentuer les tendances, “démocratiques”, de l’État de droit, accroît sa complexité et, du même coup, sa fragilité », L. JAUME, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Flammarion, coll. « Champs essais », 2010, p. 354.

²³⁹³ D. ROUSSEAU, « L’État de droit est-il un État de valeurs particulières ? », art. cité, p. 893.

²³⁹⁴ En ce sens, Éric Millard considère que la démocratie substantielle paralyse nécessairement la démocratie procédurale, car si l’on place les valeurs au-dessus de la décision, alors « l’idée de participation du peuple à la décision » n’a plus de sens en face de valeurs « déjà décidées », E. MILLARD, « Quelques bonnes raisons de douter du néo-constitutionnalisme » in V. CHAMPEIL-DESPLATS, J.-M. DENQUIN (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme. Retours critiques, op. cit.*, p. 249. De même, pour Patrice Rolland, « dans l’État de droit moderne on peut relever une tension entre deux conceptions : la vision démocratique entend réserver à la volonté humaine, s’exprimant notamment dans le suffrage universel, le soin de maîtriser son destin ; la conception libérale, par exemple dans la théorie des droits fondamentaux, cherche à faire échapper les droits et libertés aux aléas de la volonté humaine et de la volonté démocratique », P. ROLLAND, « Faut-il craindre le gouvernement des juges ? » in M. WIEVIORKA (dir.), *Rendre (la) justice*, Sciences Humaines Éditions, coll. « Les entretiens d’Auxerre », 2013, p. 164. C’est également ce que relève Véronique Champeil-Desplats dans une étude sur la conception de la démocratie de Norberto Bobbio. Distinguant démocratie formelle et substantielle, Bobbio penche pour la première : la démocratie est ainsi un « ensemble de règles du jeu ». Toutefois, Véronique Champeil-Desplats relève « l’impossible détachement des valeurs » en dépit du choix de la démocratie formelle : la démocratie est chez Bobbio « inséparable des valeurs exprimées par les droits de l’Homme et des idéaux pacifistes ». Or, une telle conception « détermine aussi partiellement le contenu des décisions politiques, dans la mesure où il interdit certaines options. En ce sens, la démocratie se convertit en un État de droit », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les règles du jeu démocratique chez Norberto Bobbio », *Droit & Philosophie*, Vol. 7, 2015, p. 145 et p. 156.

²³⁹⁵ Refusant de présenter la démocratie et l’État de droit comme des concepts antagonistes, Olivier Jouanjan propose ainsi de parler de « tension » plutôt que « d’opposition » entre démocratie et État de droit, *ibid.* Le terme de « tension » est également employé par Bruno Dageron, même si l’auteur souligne au fond un réel antagonisme : « une décision souveraine du peuple (entendue prise par le peuple, c’est-à-dire, en droit, *imputée* au peuple) peut porter atteinte à des droits que l’on nomme “fondamentaux” et les défenseurs de ces derniers peuvent contester la légitimité d’une décision du souverain qui ne les respecteraient pas. La tension est donc forte entre les deux notions et confirme l’idée que les deux concepts n’ont pas les mêmes fins même s’il est devenu rare de le souligner », B. DAGERON, « De la démocratie aux droits fondamentaux : transition ou substitution ? », *Politeia*, n° 30, 2016, p. 241.

²³⁹⁶ D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 1994, p. 15 : « le constitutionnalisme originel n’est pas destiné à promouvoir la démocratie : estimant que la Raison n’est pas la chose du monde la mieux partagée, les libéraux n’ont eu de cesse d’apporter des contrepoids, élitistes, à la loi du nombre et à la tyrannie de la majorité : fédéralisme, séparation des pouvoirs, représentation politique et, plus tard, contrôle de constitutionnalité sont autant de recettes du droit constitutionnel classique pour maintenir le peuple à la lisière de l’État ».

elle en était même l'adversaire. Sans s'engager dans une analyse de l'expression de « démocratie illibérale »²³⁹⁷, il semble possible de penser que la démocratie, même représentative, est anti-individualiste, dans la mesure où elle tend à appréhender le peuple dans sa dimension collective²³⁹⁸. Les origines libérales du constitutionnalisme combinées à l'avènement de la démocratie ne peuvent en ce sens que susciter le conflit. Surtout, sombrant dans le « gouffre du droit »²³⁹⁹, la démocratie se voit inéluctablement négligée. C'est ce que confirme la doctrine constitutionnaliste la plus autorisée, puisque le doyen Favoreu reconnaît que « le droit constitutionnel moderne met l'accent sur l'État de droit plus que sur la démocratie »²⁴⁰⁰. Mais cette tension ne peut être véritablement comprise comme une opposition de la volonté et du droit ; elle révèle au contraire un conflit de volontés.

B. L'État juridictionnel dans l'ombre de l'État de droit

521. Si, ainsi qu'a pu le soutenir, Marcel Gauchet, les années 1970 marquent le passage d'une « *démocratie des partis* » à une « *démocratie de contrôle* »²⁴⁰¹, cela signifie que l'alliance de la démocratie à l'État de droit marque le passage de la décision politique à la décision juridictionnelle – le juge étant l'acteur principal du contrôle démocratique. La décision juridictionnelle étant, ainsi que nous l'avons soutenu, elle-même politique²⁴⁰², le contrôle effectué par le juge est lui-même l'expression d'une volonté. L'État de droit n'est en ce sens rien d'autre qu'un État juridictionnel – parfois qualifié de « juristocratie »²⁴⁰³ – qui, à l'instar de l'État de justice, se présente, en apparence, comme antivolontariste²⁴⁰⁴. En effet, derrière la volonté de dépolitiser la décision – ce qui renvoie au « principe de constitutionnalité » – l'État juridictionnel substitue en réalité une volonté à une autre : la volonté du juge est substituée à celle du législateur – c'est ce que nous avons proposé d'appeler le principe de

²³⁹⁷ L. JAUME, « “Démocratie illibérale” : une nouvelle notion ? », *Constitutions*, 2019, p. 177.

²³⁹⁸ Pour Marcel Waline, « une conception radicalement anti-individualiste du droit est [...] exclusivement celle qui assigne aux règles de droit un but autre que l'intérêt des individus, c'est-à-dire soit l'intérêt du corps social lui-même considéré comme transcendant les individus qui le composent soit l'intérêt d'une entité qui n'est ni le corps social considéré (l'État, par exemple), ni ses membres », M. WALINE, *L'individualisme et le Droit* [1949], Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2007, p. 32.

²³⁹⁹ M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie*. Tome IV, *Le nouveau monde*, op. cit., p. 7.

²⁴⁰⁰ L. FAVOREU, « De la démocratie à l'État de droit », art. cité, p. 157.

²⁴⁰¹ M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie*. Tome IV, *Le nouveau monde*, op. cit., p. 580.

²⁴⁰² V. notamment *supra*, § 313-315 et §322-325.

²⁴⁰³ E. MILLARD, « Quelques bonnes raisons de douter du néo-constitutionnalisme » in V. CHAMPEIL-DESPLATS, J.-M. DENQUIN (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme. Retours critiques*, op. cit., p. 249 : « le despotisme éclairé n'est pas le gouvernement par le peuple ; il est le gouvernement du peuple par une oligarchie qui affirme gouverner pour le peuple. La juristocratie n'est pas la démocratie ».

²⁴⁰⁴ V. *supra*, § 67 *sqq.*

juridictionnalité²⁴⁰⁵. La limitation de l'État par le droit n'est ainsi rien d'autre qu'une limitation de l'État par le juge, autrement dit de l'État par l'État : si la violation du droit par l'État est proclamé par un tribunal, nous dit Marcel Waline, « elle est faite au nom de l'État lui-même ; il y a donc bien auto-limitation, ; ou plutôt, il n'y a pas du tout de limitation de la souveraineté de l'État, mais limitation de la souveraineté d'un organe de l'État par un autre organe, ou, plus exactement encore, du pouvoir d'un organe par celui d'un autre organe »²⁴⁰⁶. La fonction politique de la justice constitutionnelle apparaît alors de façon éclatante : si la Constitution exprime des valeurs par nature relatives et préalablement indéterminées, le juge constitutionnel a nécessairement pour mission de trancher des conflits de valeurs ; mission que la question prioritaire de constitutionnalité, en permettant aux individus de revendiquer de nouveaux droits, accentue. Or, trancher entre des valeurs qui se valent éthiquement toutes revient à prendre une décision politique, c'est-à-dire à trancher de manière discrétionnaire.

522. Les difficultés engendrées par la démocratie représentative – par l'identité du représentant et du représenté – se retrouvent ainsi reproduites de façon plus problématique encore dans l'État de droit comme État juridictionnel²⁴⁰⁷. C'est pourquoi l'idée de « démocratie par le droit », par laquelle la doctrine néo-constitutionnaliste justifie le contrôle de constitutionnalité des lois, peut créer un malaise quant à la question démocratique. En effet, Jean-Marie Denquin souligne que si l'on définit la démocratie comme tendant à promouvoir le règne des droits fondamentaux, alors la démocratie par le droit se réduit à une tautologie puisqu'elle signifie en réalité « “les droits fondamentaux par le droit”, autrement dit le droit par le “droit” »²⁴⁰⁸. Ce qui le conduit à considérer que le droit est « seul fondement et seul gardien de lui-même, il ne renvoie à rien qui lui soit extérieur » ; il est « souverain et autosuffisant »²⁴⁰⁹. Mais le libéralisme, en tant qu'idéologie de limitation du pouvoir, peut-il avoir recours au juge comme acteur *extérieur* à ce pouvoir alors qu'il en constitue l'une des manifestations ?²⁴¹⁰ Au

²⁴⁰⁵ V. *supra*, § 208-209.

²⁴⁰⁶ M. WALINE, *L'individualisme et le Droit* [1949], Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2007, p. 406-407.

²⁴⁰⁷ Olivier Jouanjan souligne en ce sens que « l'État de droit est lui aussi une certaine forme de domination des hommes par les hommes » car « ce qui norme juridiquement un comportement humain, c'est la décision d'hommes, institutionnellement organisés, interprétant et concrétisant pour le cas d'espèce un texte en lui-même privé de force normative. La norme, qui règle un cas, une situation, présuppose un processus institutionnel et donc humain de normativisation. Le gouvernement des lois reste toujours un gouvernement des hommes », O. JOUANJAN, « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, n° 22, 2019, p. 12-13.

²⁴⁰⁸ J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, 2008, p. 2 [en ligne].

²⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 2 [en ligne].

²⁴¹⁰ Tels sont au fond les paradoxes du libéralisme français, profondément étatiste, mis en lumière par Lucien Jaume : l'histoire du libéralisme français, singulièrement au XIX^e siècle, est en effet celle de la volonté de « concilier, si possible, les droits et libertés de l'individu moderne avec la légitimité de l'État français », L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 19.

fond, la finalité axiologique de l'État de droit conduit à déposséder le peuple de sa souveraineté au nom de sa protection²⁴¹¹. Dans cette perspective, le juge a un rôle déterminant puisqu'il aura pour tâche de réguler, par le droit, les activités politiques. L'État de droit, qui se fonde sur la nécessité d'une « politique saisie par le droit », ou « valorisée par le droit »²⁴¹², pourrait être considérée comme une politique saisie par le juge. Aussi nous paraît-il fondamentalement paradoxal de soutenir l'argument selon lequel la justice constitutionnelle, qui est aussi un pouvoir politique, serait l'arme du libéralisme. Certes, des théories ont été élaborées afin de penser le juge comme le représentant de la société face à l'État, mais *cette construction ne peut tenir car le juge est l'État*. Un État mis au service de l'individu, et non plus du corps politique ou social, mais qui, contrairement à la rhétorique libérale qui en sous-tend la promotion, ne saurait se confondre avec la société civile. Le paradoxe tient alors, au fond, à ce que le libéralisme, en renforçant la puissance du juge, renforce la puissance de l'État. Il n'est alors pas possible de faire le constat d'une « désétatisation de la société », résultant notamment d'un mouvement « de réduction de l'espace de l'État au profit des citoyens »²⁴¹³, *mais bien au contraire d'une étatisation de la société résultant d'un mouvement d'expansion de l'État au profit des individus*.

§ 2. – La démocratie pour l'individu comme facteur de subjectivisation du droit constitutionnel

523. Dans sa défense de la « démocratie continue », Dominique Rousseau préconise de « changer de position, de point de vue ; partir du citoyen et non des pouvoirs publics, de la société civile et non de l'État »²⁴¹⁴. Une telle préconisation peut apparaître prophétique : avec la question prioritaire de constitutionnalité, les fondements du droit constitutionnel classique vont en effet plus que jamais être renversés. Le constitutionnalisme juridictionnalisé, qui tend à présenter la justice constitutionnelle comme instrument indispensable de protection des droits et libertés, subjectivise inéluctablement le droit constitutionnel (A). Il en découle que les

²⁴¹¹ V. dans le même sens, M.-J. REDOR, « La démocratie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et dans ses représentation » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 345. Elle affirme notamment que « les définitions qui sont aujourd'hui proposées de la démocratie placent le peuple non plus au centre, mais à la périphérie, le citoyen devient un élément décoratif, une référence incantatoire et l'on se contente des garanties libérales pour définir la démocratie ».

²⁴¹² L. FAVOREU, « De la démocratie à l'État de droit », art. cité, p.157.

²⁴¹³ J.-B. AUBY, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 914.

²⁴¹⁴ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », art. cité, p. 8.

destinataires du droit constitutionnel, les pouvoirs et citoyens politiques, se voient concurrencés par le citoyen-individu (B).

A. L'emprise d'une conception subjectiviste du droit constitutionnel

524. En élargissant, en 1971, son contrôle au Préambule de la Constitution, le Conseil constitutionnel s'affirmait compétent pour reconnaître un nombre considérable – et potentiellement illimité – de droits pour l'individu. Depuis, chacun des dix-sept articles de la Déclaration des droits de 1789 a conduit le Conseil à créer – même si d'aucuns diraient « découvrir » – de nouveaux droits²⁴¹⁵. De même, le Préambule de la Constitution de 1946 a permis la reconnaissance d'un nombre toujours plus important de droits sociaux et de droits-créances²⁴¹⁶. Enfin, l'incorporation de la Charte de l'environnement dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité a favorisé l'apparition de « droits de solidarité »²⁴¹⁷. Quelle que soit la philosophie intrinsèque de ces textes, ils tendent tous, après l'effort d'interprétation du Conseil, à la protection des droits et libertés de l'individu. En effet, il importe peu que la Déclaration de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946 consacrent des droits substantiellement antagonistes car, en présence d'une disposition constitutionnelle imprécise ou vague, le rôle du juge est d'absorber le contenu du texte afin de le rendre conforme à la société dans laquelle il évolue, c'est-à-dire à la société libérale qui tend à la limitation du pouvoir de l'État au profit des individus. Pour cette même raison, il importe également peu que la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ait eu moins pour objet de garantir les droits des individus que de légitimer les représentants en présentant les droits individuels comme le fondement et la finalité de la souveraineté nationale, ou que le collectif l'emporte initialement sur l'individu dans l'esprit du Préambule de 1946. Ainsi, dès 1971, le droit constitutionnel originairement destiné à régir l'exercice des pouvoirs devient un droit régissant les rapports humains, les droits individuels, les libertés personnelles. À côté du droit constitutionnel

²⁴¹⁵ Par exemple, à partir de l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789, le Conseil reconnaît le droit au respect de la vie privée, le droit à la sûreté, le droit au secret des correspondances, la liberté individuelle, la liberté personnelle, la liberté de mariage, la liberté d'aller et venir et le droit de propriété.

²⁴¹⁶ On peut citer, de nouveau à titre d'exemple, l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946, à partir duquel le Conseil reconnaît le droit d'obtenir un emploi et la prohibition de toute discrimination négative dans le travail. De même, l'alinéa 6 a permis la reconnaissance de la liberté syndicale et l'alinéa 7 le droit de grève. Ou encore, l'alinéa 11 lui a permis de reconnaître le droit à des moyens convenables d'existence, la protection de la santé et de la sécurité matérielle, le droit à la protection sociale, la politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités, le droit à la protection de la santé et le droit au repos.

²⁴¹⁷ A.-M. LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 138 *sqq.* Il s'agit par exemple du droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, du devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement, du droit d'accès aux informations, du droit de participation, etc.

institutionnel, a donc surgi ce que le doyen Favoreu a appelé le « droit constitutionnel relationnel », c'est-à-dire le droit destiné à la protection des droits et libertés par le juge constitutionnel²⁴¹⁸. Cette place croissante des droits et libertés est ainsi considérée par l'auteur comme une « modernisation du droit » qui serait « synonyme de libéralisation car les changements s'analysent comme des progrès commandés ou impliqués par la logique des droits fondamentaux »²⁴¹⁹ – sans que l'on ne sache véritablement, par-delà la rhétorique incantatoire, ce que « progrès » et « modernisation » veulent dire.

525. Avec la juridictionnalisation, et plus encore depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, le droit constitutionnel classique, *fondamentalement objectif* puisqu'il est destiné à régir les règles d'organisation du pouvoir, se transforme en *droit constitutionnel subjectif* tendant à garantir les droits et libertés des individus. Le droit constitutionnel intéresse en effet originairement la répartition des compétences entre les pouvoirs davantage que les droits et libertés des individus. En ce sens, Jean Rossetto recense trois catégories de normes constitutionnelles : d'une part, « celles qui disposent les organes au sein desquels va passer le pouvoir », d'autre part « celles qui fixent leurs compétences respectives » et enfin « celles qui règlent leurs rapports mutuels ». Il constate que, depuis la Révolution, « ce sont ces trois catégories de normes qui fondamentalement structurent un ordre constitutionnel »²⁴²⁰. Or, désormais, la finalité du droit constitutionnel ne tient plus à l'encadrement du pouvoir mais à la garantie des intérêts subjectifs des individus²⁴²¹.

526. La subjectivisation suppose une extension de ce que l'on appelle les *droits subjectifs*, catégorie que Michel Villey rattache à la modernité du nominalisme occamien ou de l'absolutisme hobbesien, à rebours de l'objectivisme romain et thomiste²⁴²². Originairement, le

²⁴¹⁸ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel. Chronique constitutionnelle », *RDP*, 1986, p. 473. Marcel Prélôt et Jean Boulouis opèrent également une distinction, au sein du droit public, entre « le *droit public constitutionnel* », qui intéresse « la structure de l'État », et le « *droit public relationnel* », qui concerne les rapports de l'État aux individus, M. PRÉLOT, J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz, 9^e éd., 1984, p. 29.

²⁴¹⁹ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit » in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 38.

²⁴²⁰ J. ROSSETTO, *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels* [1982], Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & essais », 2019, p. 74.

²⁴²¹ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuels », 2^e éd., 2018, p. 550 : « le subjectivisme oriente la manière de créer et d'appliquer le droit. Celui-ci doit être pensé en fonction, non de la règle de droit et de son objet, mais du sujet de droit et de sa volonté ».

²⁴²² Pour Michel Villey, Guillaume d'Occam est « le père du droit subjectif », M. VILLEY, « Droit subjectif I (La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam) » in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1969, p. 141. V. également, M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2^e éd., 2013, p. 249-268. Ce droit subjectif, qui est « le maître mot du droit moderne », se manifestera ensuite dans la pensée de Hobbes qui en « a été le philosophe, plus que nul autre », M. VILLEY, « Droit subjectif II (Le droit de l'individu chez Hobbes) » in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire, op. cit.*, p. 179 et p. 181. Le droit objectif symbolise ainsi pour l'auteur la période de la Rome antique, qui ignorait le droit subjectif, quand ce dernier serait

droit subjectif ne désigne pas les droits attribués à l'individu par le droit positif ; il n'était pas appréhendé, contrairement au droit objectif, comme « une création de notre esprit, une production artificielle », mais au contraire comme un droit « *tiré de l'être* même du sujet, de son essence, de sa nature »²⁴²³ qui peut ensuite se voir « *positivé* ». Progressivement, le droit subjectif désignera tout à la fois des droits inhérents à l'individu et des droits consacrés juridiquement pour l'individu²⁴²⁴. Mais la conception positiviste finira par triompher et annihiler les présupposés *jusnaturalistes* : les droits subjectifs désigneront dans la doctrine constitutionnaliste des droits conférés aux individus par l'État et dont ils peuvent se prévaloir contre lui. Ainsi que le soutient Eisenmann, « il n'y a pas de droits (subjectifs) en dehors du droit (objectif) »²⁴²⁵. Aussi l'individu ne possède-t-il pas des droits inhérents, mais croit en des valeurs, par nature relatives, qu'il entend revendiquer. Ce n'est qu'une fois consacrés par le droit positif que ces droits subjectifs se déploient. En dépit du changement de vocable de « libertés publiques » à « droits fondamentaux »²⁴²⁶, les droits et libertés constitutionnels ne reposent pas sur un présupposé de droit naturel mais sont contingents et relatifs, puisque dépendant de la volonté – ou des désirs – du moment.

527. Cette conception subjectiviste du droit n'est toutefois pas un phénomène propre au droit constitutionnel. D'abord, parce que les droits subjectifs ne s'épuisent pas dans les droits et libertés consacrés par la Constitution ou son gardien juridictionnel²⁴²⁷. Au surplus, alors que

le symbole de la modernité, M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*. Sur l'histoire du droit subjectif, v. aussi, A. VIALA, « La modernité juridique ou l'histoire d'une objective complicité entre puissance étatique et garantie des droits » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 229. Sur l'émergence du concept de droit public subjectif en Allemagne, v. O. JOUANJAN, « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande » in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques & débats », 2011, p. 25. Notons, au passage, que l'adjectif « subjectif » n'apparaît dans le *Dictionnaire de l'Académie française* que dans sa 7^e édition de 1878.

²⁴²³ M. VILLEY, « Droit subjectif I (La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam) » in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, *op. cit.*, p. 144-145.

²⁴²⁴ « Droits subjectifs » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 211 : « le droit subjectif sera tout à tour perçu comme ce qui aurait une réalité antérieurement à la loi (journaturalisme moderne, XVI^e-XVIII^e ou contemporain, XIX^e-XX^e) mais sera aussi considéré comme une faculté (ou un pouvoir) attribuée par la loi à un individu ».

²⁴²⁵ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], *op. cit.*, p. 96.

²⁴²⁶ V. *supra*, § 424.

²⁴²⁷ Ainsi en droit administratif de la jurisprudence relative aux droits acquis, qui sont des droits subjectifs se distinguant de la notion de droits et libertés constitutionnels. Pierre Delvolvé donne également un certain nombre d'exemples de droits subjectifs propres au droit administratif : le droit de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, notamment le droit à l'indemnité, les droits à l'information ou à la communication de documents, le droit de revendiquer des prestations comme le droit au logement opposable, etc., P. DELVOLVÉ, « Propos introductifs. Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif » in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 8-10. L'auteur relève que la subjectivisation du droit administratif ne tient pas seulement à la « reconnaissance des droits publics subjectifs des administrés », mais également à « la prise en compte de la situation subjective des administrés ». V. sur ce second aspect, *ibid.*, p. 13-18.

la catégorie de droits et libertés constitutionnels ou de droits fondamentaux désigne des droits consacrés par la Constitution – et en ce sens, ne constitue aucune nouveauté de la modernité juridique –, les droits subjectifs supposent quant à eux que leur consécration soit assortie d’une garantie effective²⁴²⁸. Ils constituent « une possibilité d’agir conférée dans l’intérêt *exclusif* de son titulaire »²⁴²⁹. La question prioritaire de constitutionnalité apparaît ainsi comme la concrétisation des droits constitutionnels subjectifs ; concrétisation nouvelle en droit constitutionnel au contraire des autres branches du droit. En effet, alors que le droit privé est depuis longtemps familier de cette conception subjectiviste du droit²⁴³⁰, le contentieux administratif enregistre une augmentation considérable de recours subjectifs, si bien que la doctrine n’hésite pas à décrire également une « subjectivisation du droit administratif »²⁴³¹. Plus encore, dans l’ensemble des disciplines juridiques, on a assisté à ce que le doyen Carbonnier a qualifié de « pulvérisation du droit objectif en droits subjectifs », engendrée par « l’exaltation permanente des droits de l’homme » au détriment des « valeurs collectives (le peuple, la démocratie, la république) »²⁴³².

528. Une telle évolution nourrit l’inquiétude qu’exprimait, par une heureuse formule, Guy Carcassonne : que « l’État de droit s’ensable dans les tas de droits »²⁴³³. Ces « tas de droits » sont revendiqués par les nouveaux destinataires de la constitution axiologiquement déterminée : les individus.

²⁴²⁸ Ainsi, d’une certaine façon, les droits subjectifs complètent les « libertés publiques » : « la liberté désigne la possibilité même d’agir, avec ou sans les tiers, avec ou sans extériorisation de l’action. Le droit subjectif, quant à lui, présuppose un tiers auquel il est opposable : c’est le droit de faire valoir une prérogative donnée à l’encontre d’autrui », D. GUTMANN, « Droit subjectif » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 530.

²⁴²⁹ D. GUTMANN, « Droit subjectif » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 530. Nous soulignons.

²⁴³⁰ O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Paris, Sirey, 1931 ; J. DABIN *Le droit subjectif* [1952], Paris, Dalloz, 2007 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques* [1963], Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005.

²⁴³¹ P. FRAISSEIX, « La “subjectivisation” du droit administratif », *LPA*, n° 207, 2004, p. 12 ; AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.* ; J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 529. Pour un point de vue critique sur le terme de subjectivisation du droit administratif, v. B. PLESSIX, « Faut-il parler de subjectivisation du droit administratif ? L’exemple du préjudice » in *Penser le droit à partir de l’individu. Mélanges en l’honneur d’Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 783. V. également pour une perspective historique, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d’un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2001.

²⁴³² J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, Coll. « Champs Essais », 2008, p. 121.

²⁴³³ G. CARCASSONNE, « Société de droit contre État de droit » in *L’État de droit. Mélanges en l’honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 44.

B. L'irruption du citoyen-individu

529. Les droits constitutionnels subjectifs, en tant que droits conférés à un individu et dont celui-ci peut se prévaloir, sont classiquement qualifiés de « droits à » ou de « droits de ». En ce sens, si la question prioritaire de constitutionnalité marque la concrétisation du processus de subjectivisation du droit constitutionnel, c'est précisément parce qu'elle crée la catégorie du *citoyen-individu* ; expression certes singulière, mais qui nous permet de le distinguer du citoyen politique. Alors que ce dernier se caractérise par la possession de droits civils et politiques, le *citoyen-individu*, en revanche, est celui qui peut se prévaloir, en droit constitutionnel, de droits et libertés individuels devant un juge. Cette possibilité est offerte par la question prioritaire de constitutionnalité : depuis le 1er mars 2010, tout justiciable peut en effet soulever, au cours d'un litige, une question tendant à remettre en cause la conformité d'une disposition législative à un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Or, la loi organique du 10 décembre 2009 précise que la disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure ou constituer le fondement des poursuites²⁴³⁴. Il ne s'agit donc pas d'un « procès fait à un acte », selon la célèbre formule d'Édouard Laferrière à propos du recours pour excès de pouvoir en droit administratif, mais bien d'une prétention personnelle : une demande d'abrogation d'une loi attentatoire à un droit ou une liberté dont le citoyen-individu se prévaut. Chaque justiciable peut donc désormais faire valoir ses droits en tant que demandeur devant le juge civil, en tant que requérant devant le juge administratif et en tant que citoyen-individu devant le juge constitutionnel. À cet égard, il est apparu nécessaire de faire connaître l'existence des droits fondamentaux à ces nouveaux justiciables. Outre la parution foisonnante d'ouvrages sur la question prioritaire de constitutionnalité destinés au public, la quatrième de couverture des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* s'adresse directement aux nouveaux justiciables, puisque la mention suivante a été ajoutée à sa présentation : « Cet ouvrage permettra aussi aux justiciables de mieux connaître l'ensemble des droits et libertés que la Constitution garantit et dont ils peuvent désormais se prévaloir »²⁴³⁵. Dans le même esprit, en 2013, le Conseil constitutionnel a publié un « guide pratique de la QPC » destiné aux citoyens-individus. Alexandre Viala relève en ce sens le paradoxe d'une « dépossession du sujet comme acteur

²⁴³⁴ Article 23-2 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

²⁴³⁵ L. FAVOREU *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 19^e éd., 2018.

politique dont la souveraineté se dilue dans le Grand Tout normatif » accompagnée « d'une promotion du sujet comme individu » ; individu qui « a remplacé le citoyen »²⁴³⁶.

530. Le citoyen-individu est donc une figure nouvelle en droit constitutionnel, qui se distingue du citoyen politique²⁴³⁷. Cette évolution est décrite par une partie de la doctrine comme un progrès, car elle concrétise le projet du constitutionnalisme libéral. En ce sens, Dominique Rousseau affirme que le plaideur est peut-être plus « démocratique » que le citoyen, « car le citoyen électeur met en scène la figure abstraite de la Nation ou du Peuple, alors que le citoyen justiciable met en exercice la figure concrète du petit peuple, des gens, de “tout un chacun”. Ce n'est pas le même peuple qui est en jeu avec l'électeur et le justiciable »²⁴³⁸. Figure nouvelle en droit constitutionnel positif, l'irruption du citoyen-individu permise par la question prioritaire de constitutionnalité ne correspond-elle pas au fond à l'achèvement du projet constitutionnaliste ? L'individu n'est pas une figure nouvelle dans la pensée constitutionnelle ; il était tout au contraire une préoccupation fondamentale pour la doctrine classique de la III^e République²⁴³⁹, qui rattachait les droits individuels au droit naturel moderne, c'est-à-dire un droit naturel « détaché du ciel et ramené sur la terre »²⁴⁴⁰. La liberté de l'individu est ainsi

²⁴³⁶ A. VIALA, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline » in B. MATHIEU (dir.), *1958 -2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 523. Dans un sens similaire, défendant l'idée selon laquelle la question prioritaire de constitutionnalité invite à repenser les rapports entre gouvernants et gouvernés, Stéphane Mouton soutient que « la QPC participe à l'émergence d'une citoyenneté constitutionnelle composée de droits effectifs instrumentalisés par le justiciable contre la loi » et « inaugurerait la naissance d'un nouveau citoyen constitutionnel *situé* par la revendication de droits contre la volonté des représentants bien distincts de ce citoyen abstrait dont la reconnaissance des droits passait exclusivement par la loi », S. MOUTON, « La QPC et la représentation démocratique : esquisse d'une nouvelle relation entre gouvernants et gouvernés ? » in X. MAGNON *et al.* (dir.), *Question sur la question 3 (QSQ). De nouveaux équilibres institutionnels ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2014, p. 50-51.

²⁴³⁷ Ce citoyen politique désigne pour Pierre Rosanvallon « l'individu-électeur », qui émerge avec le suffrage universel et symbolise ce que l'auteur appelle significativement « l'individualisme démocratique », P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992, p. 21. « L'individu-électeur » se distingue lui-même de « l'individu citoyen » qui émerge à la Révolution, définit comme le « membre abstrait de la nation, considéré en lui-même, indépendamment de toute détermination économique ou sociale », *ibid.*, p. 44. Bruno Daugeron relève à cet égard que l'apparition de « l'individu électeur » s'explique par le fait que « la représentation n'est plus celle de la volonté d'un être collectif abstrait mais celle d'individus composant le corps électoral », B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*, p. 546 et p. 646.

²⁴³⁸ D. ROUSSEAU, « La QPC, redécouverte de la pensée constitutionnelle » in D. ROUSSEAU, P. PASQUINO (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, *op. cit.*, p. 140.

²⁴³⁹ En ce sens, Charles Eisenmann dressait en 1928 le constat suivant : « c'est une tendance encore très répandue dans la doctrine que d'attribuer parmi les règles du droit constitutionnel une sorte de prééminence à celles qui concernent [...] les rapports de l'État et des individus sur celles qui ont pour objet “la forme de l'État et l'organisation des pouvoirs publics” », C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], *op. cit.*, p. 93.

²⁴⁴⁰ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1914, 6^e éd., rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », 2001, p. 540.

essentielle à la construction du droit constitutionnel libéral d'Adhémar Esmein²⁴⁴¹. Quant à Maurice Hauriou, l'auteur accordait davantage d'importance à ce qu'il appelait la « Constitution sociale de la France », destinée à protéger les libertés individuelles et dont la seule garantie est le contrôle de constitutionnalité²⁴⁴², qu'à la constitution dite politique²⁴⁴³. L'individu constitue depuis la naissance du constitutionnalisme moderne la finalité de l'État de droit, qui tend à limiter le pouvoir de l'État au profit des libertés individuelles.

531. Toutefois, le constitutionnalisme ne tendait pas à faire émerger l'individu dans la sphère publique, mais à placer l'État à distance de la sphère privée²⁴⁴⁴. La subjectivisation renouvelle donc la finalité du libéralisme classique car, en sus de cette prescription formulée par une partie de la doctrine de la III^e République de limiter l'État pour permettre l'épanouissement des libertés individuelles, l'État doit désormais agir pour protéger les individus. Ces derniers ne se contentent plus en retour d'agir comme citoyens politiques par le procédé électif, au nom d'un idéal collectif, mais entrent dans la scène contentieuse pour formuler des revendications particulières²⁴⁴⁵. C'est en ce sens que la *démocratie pour le peuple* se transforme en *démocratie pour l'individu*. La subjectivisation du droit constitutionnel désigne ainsi spécifiquement l'irruption de l'individu dans la sphère publique, singulièrement constitutionnelle²⁴⁴⁶. À rebours de la pensée constitutionnelle classique, la doctrine constitutionnaliste contemporaine ne présente plus l'État de droit comme un moyen d'établir

²⁴⁴¹ A. CHOPLET, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Paris, Mare et Martin, coll. « Bibliothèque des Thèses. Droit public », 2014, p. 43 : « le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein est un droit constitutionnel éminemment libéral. Procédant à la synthèse des doctrines d'un Laboulaye ou d'un Rossi, Esmein enseigne que le droit constitutionnel est constitué avant toute chose par la détermination des règles et des limites de l'État au profit de la liberté de l'individu. Les *Éléments de droit constitutionnel* visent ainsi à établir une véritable théorie générale de l'État par laquelle se trouvent strictement limités les droits de ce dernier ».

²⁴⁴² M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2015, p. 612.

²⁴⁴³ L'avènement de la démocratie marque ainsi pour Hauriou le passage d'un « individualisme inégalitaire » à un « individualisme égalitaire », *ibid.*, p. 614-617. La pensée du doyen Hauriou ne se caractérise toutefois pas par un individualisme radical, puisque l'ordre apparaît pour l'auteur comme la condition de la liberté. L'auteur affirme ainsi que « l'individualisme absolu ne peut retrouver la société que par une contradiction et en se jetant dans l'absolutisme de l'État. [...] Il est très joli d'affirmer que les droits de l'individu ont pour seul fondement sa puissance de volonté, mais cela conduit en droite ligne à supprimer la question du but social des droits », M. HAURIOU, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 63.

²⁴⁴⁴ La « véritable portée » de l'individualisme tient pour Hauriou à la « séparation de l'individu et de l'État », *ibid.*, p. 541.

²⁴⁴⁵ « En 1789, l'objet était collectif et public. Il s'agissait d'établir la souveraineté de la nation en corps et d'assurer la participation des citoyens à la chose publique. Deux siècles après, la nôtre de révolution, une révolution qui s'ignore, est placée sous un signe inverse. L'objet est individuel et privé. Il est de protéger les individus privés contre des règles collectives méconnaissant leurs prérogatives propres, leurs intérêts singuliers ou leurs identités spécifiques ». Dans cette perspective, le juge « tient le rôle stratégique d'arbitre entre l'individu et la société, ou, plus exactement, d'arbitre de ce que la société doit à l'individu », M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie*. Tome IV, *Le nouveau monde, op. cit.*, p. 585-586.

²⁴⁴⁶ À l'inverse du droit constitutionnel, l'irruption de l'individu en droit administratif est présentée comme un indice de démocratisation, ce que révèlent les expressions de « citoyenneté administrative » ou de « démocratie administrative ».

une frontière entre sphère publique et la sphère privée, mais comme la possibilité offerte à la sphère privée de s’immiscer dans la sphère publique afin de faire valoir ses droits – à l’inverse des États totalitaires qui anéantissent précisément les libertés en permettant une immixtion de la sphère publique dans la sphère privée. De manière paradoxale, l’individu se dresse contre l’État au moyen de l’État. Alors que l’individu appelle une mise à distance de la politique²⁴⁴⁷, c’est pourtant par l’intermédiaire du juge constitutionnel, organe de l’État, qu’il peut agir. Déjà le doyen Vedel décrivait sous la IV^e République le contrôle de constitutionnalité comme le moyen pour le juge de défendre « l’individu contre l’État »²⁴⁴⁸. Il n’est dès lors plus possible d’affirmer, comme au XIX^e siècle, que « le droit public concerne l’État ; le droit privé les individus »²⁴⁴⁹.

532. La constitution étant décrite comme « acte de la société »²⁴⁵⁰, le juge de la constitution devient subséquemment un juge pour l’individu²⁴⁵¹. L’irruption de l’individu tend donc à transformer le droit constitutionnel en droit fondamentalement individualiste. L’affaiblissement de la démocratie – et donc du collectif – et de la figure du représentant profite ainsi à l’État juridictionnel et à l’individu. L’égalitarisme, en tant que finalité originaire de la démocratie, se transforme – inéluctablement, pour certains²⁴⁵² – en individualisme. L’individualisme ne renvoie toutefois pas ici à l’autonomie de la volonté, au sens d’un « système dans lequel l’individu est l’unique créateur des situations juridiques »²⁴⁵³. Le

²⁴⁴⁷ M. KALUSZYNSKI, « La fonction politique de la justice : regards historiques. Du souci d’historicité à la pertinence de l’historicisation » in J. COMMAILLE, M. KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2007, p. 18-19 : « le développement du désir de droit paraît consubstantiel à une longue évolution au cours de laquelle les individus ont pris une distance croissante par rapport aux structures sociales qui, de manière pluriséculaire, les avaient encadrés. Contestées et affaiblies dans le temps, les institutions (État, famille, partis politiques, syndicats, école) ont progressivement laissé place à une individualisation inhérente au libéralisme et à la montée du droit de l’individu ».

²⁴⁴⁸ « En annulant les lois inconstitutionnelles en tant qu’elles portent atteinte à la partie de la Constitution qui reconnaît les droits des citoyens, l’organe chargé du contrôle de constitutionnalité défend l’individu contre l’État », G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, p. 123.

²⁴⁴⁹ A. SAINT-GIRONS, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose et Forcel, 2^e éd., 1885, p. 1.

²⁴⁵⁰ D. ROUSSEAU, « La QPC, redécouverte de la pensée constitutionnelle », art. cité, p. 127 : « Le contentieux constitutionnel révèle la constitution comme acte de la société ».

²⁴⁵¹ « La justice pour du droit contemporain, tournée, comme toutes les créations de l’âge libéral, vers une sensibilité exclusive aux exigences de l’individu (intérieurisation de la faute, individualisation de la peine, sursis, etc.), a fait oublier la justice de, la justice due à des réalités supra individuelles, plus universelles que les commodités ou les perspectives de l’individu. Mais il n’y a pas de justice des choses. La justice de est encore une justice pour. Elle n’est pas un tribut jeté à une idole abstraite, elle est une circulation vivante des individus au tout, et du tout aux individus », E. MOUNIER, « Y a-t-il une justice politique ? », *Esprit*, 1947, p. 227.

²⁴⁵² Pierre Rosanvallon considère en effet que « l’égalité politique marque l’entrée définitive dans le monde des individus » au point de n’être « pensable que dans la perspective d’un individualisme radical », P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 1992, p. 9.

²⁴⁵³ M. WALINE, *L’individualisme et le Droit* [1949], *op. cit.*, p. 25. L’auteur distingue trois sens de l’individualisme juridique. Le premier désigne « un système où l’on admet que l’individu est la seule fin de toutes les règles de droit, la cause finale de toute activité juridique des institutions, notamment de l’État ». Le deuxième

citoyen-individu n'est pas l'auteur, mais le destinataire du droit²⁴⁵⁴, qui peut toutefois intervenir, non plus comme citoyen ou sujet de droit²⁴⁵⁵, mais comme justiciable qui ne revendique pas des droits politiques, mais des droits individuels. Alors que les différentes branches du droit, et singulièrement du droit public²⁴⁵⁶, manifestent un certain engouement pour la citoyenneté, il semble qu'elle n'intéresse plus guère le droit constitutionnel²⁴⁵⁷. Un tel changement est ainsi enregistré par le manuel aixois, qui désigne la discipline comme le « droit de l'État et des individus »²⁴⁵⁸. L'irruption du citoyen-individu, finalité ultime du constitutionnalisme, semble ainsi parachever le droit constitutionnel dont il est devenu comme une sorte d'horizon indépassable²⁴⁵⁹.

est le « système d'après lequel l'individu serait la source des règles de droit ou des situations juridiques, ou d'une partie d'entre elles ». Le dernier, le plus courant selon lequel, est le « système où la législation subit l'influence de l'individualisme politique et consacre des institutions directement et exclusivement profitables à l'individu », *ibid.*, p. 27.

²⁴⁵⁴ Jacques Commaille propose l'expression « individualisme démocratique », qui est « susceptible de se manifester notamment par la recherche croissante de droit subjectifs auprès de la justice », J. COMMAILLE, « La justice entre *détraditionnalisation*, *néolibéralisation* et *démocratisation* : vers une théorie de la sociologie politique de la justice » in J. COMMAILLE, M. KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, *op. cit.*, p. 310.

²⁴⁵⁵ Classiquement, l'individu est appréhendé comme un sujet de droit. Comme le montre Olivier Beaud, Carré de Malberg distingue l'individu « en citoyen et sujet. En droit, le même individu doit obéir, en tant que sujet, à la nation, même s'il est, en tant que citoyen, membre de la nation et donc partie intégrante de la souveraineté ». Ainsi « le droit divise ou découpe artificiellement l'individu saisi comme citoyen ou comme sujet suivant les circonstances, c'est-à-dire suivant la position de l'individu par rapport au pouvoir. Tantôt il y participe, tantôt il lui est soumis ; tantôt ; il a des droits envers lui, tantôt, il a des devoirs », O. BEAUD, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg. Ou comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, p. 21-22 [en ligne].

²⁴⁵⁶ S'interrogeant sur la notion de « contribuable-citoyen », Bruno Daugeron relève que la « citoyenneté » sature le discours dans les différentes branches du droit, B. DAUGERON, « Le “contribuable citoyen” : *sujet* du droit public financier ou *objet* d'un discours en droit fiscal ? » in J.-F. BOUDET, X. CABANNES (dir.), *Finances publiques citoyennes*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 49.

²⁴⁵⁷ Il peut à cet égard sembler significatif que le « droit à la citoyenneté » se substitue progressivement « au droit de la citoyenneté », J.-M. DENQUIN, « Citoyenneté » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 200.

²⁴⁵⁸ L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 565.

²⁴⁵⁹ Tel est également le constat dressé par Marcel Gauchet : « Nous sommes enfermés hypnotiquement dans une zone éclairée réduite à l'individu, à ses droits et à l'interminable dispute sur ce qui lui est permis et ce qui lui est dû. Le reste se perd dans la pénombre », M. GAUCHET, *L'avènement de la démocratie*. Tome IV, *Le nouveau monde*, *op. cit.*, p. 20.

CONCLUSION DU CHAPITRE

533. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation a donc eu tout d'abord pour effet d'inviter à repenser la légitimité démocratique. En définitive, au sein de tout régime constitutionnel, il est possible d'établir le constat de l'existence de différents organes fondés chacun sur un discours de légitimation spécifique. Mais la difficulté tient à ce que l'unité dans l'exercice de la souveraineté – autrement dit, la confusion entre souveraineté et organe – entraîne potentiellement un conflit entre plusieurs discours de légitimation. Au lieu, donc, de disqualifier un critère de légitimation particulier afin de promouvoir la figure du juge, il nous a semblé plus fructueux d'analyser ce que disent tous ces critères de la discipline. S'agissant spécifiquement du juge, sa justification passe inéluctablement par une critique du critère de légitimation fondé sur l'élection, subséquente à une remise en cause de la démocratie représentative. Elle donne alors naissance à un critère de légitimation concurrent, finaliste cette fois, qui repose sur la défense des droits et libertés des individus et bouleverse par là même les paradigmes démocratiques. La démocratie se confond alors avec le triomphe des valeurs. Si cette dimension finaliste semble s'apparenter à une renaissance, faisant resurgir une conception antique du droit tout entière fondée sur un idéal de justice, elle en diffère en réalité par son idéal individualiste, conduisant hasardeusement à un glissement des valeurs au désir.

534. Il en découlera une profonde transformation des finalités de la démocratie, qui du peuple en tant que citoyen, vise désormais à satisfaire le citoyen en tant qu'individu. Le jaillissement d'une démocratie *du juge, par le droit, pour l'individu* constituera ainsi le parachèvement de l'État juridictionnel, qui semble correspondre pour le phénomène doctrinal de juridictionnalisation au parachèvement du droit constitutionnel lui-même. Posant la question de savoir ce que cette démocratie repensée conserve de démocratique, cet attachement à l'État de droit transformé en État juridictionnel soulève une interrogation plus embarrassante encore : au fond, la démocratie a-t-elle jamais vraiment constitué l'idéal de la pensée constitutionnaliste ?

CONCLUSION DU TITRE

535. Les théories de légitimation du pouvoir, confrontées à la question du juge, portent en elles une contradiction que l'on observe dès la Révolution entre le légicentrisme et le constitutionnalisme, autrement dit entre l'éloge de la volonté et la prescription de limitation du pouvoir. Les conflits intérieurs du droit constitutionnel juridictionnalisé révèlent ainsi les mêmes difficultés que celles qui ont pu être analysées dans la pensée de Hobbes, c'est-à-dire un tiraillement entre libéralisme et étatisme²⁴⁶⁰. Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation révèle que les deux formes de constitutionnalisme qui s'observent dans l'histoire constitutionnelle ne s'opposent pas, mais se complètent : le constitutionnalisme libéral et le constitutionnalisme juridictionnalisé assurent en effet de concert la défense d'un droit constitutionnel archétypique, couronnant l'idéal révolutionnaire de l'article 16 de la Déclaration de 1789, qui conditionne l'existence d'une constitution à la double exigence de la séparation des pouvoirs et de la garantie des droits. Avec le juge constitutionnel, ce sont donc les fondements du constitutionnalisme classique qui se verront régénérés.

536. L'expansion de cette rhétorique nouvelle aura alors de profondes conséquences sur la légitimité démocratique. À cet égard, l'intérêt d'une analyse sur la légitimité, le « plus obscur des phénomènes constitutionnels »²⁴⁶¹, tient donc en définitive au fait que les débats qui l'entourent sont révélateurs de représentations spécifiques de la discipline. Le discours de la doctrine constitutionnaliste ne peut en ce sens qu'altérer les fondements de la démocratie, dont les critères de légitimation ne résideront plus uniquement dans l'élection mais aussi dans la protection des droits et libertés. La juridictionnalisation du droit constitutionnel a en effet entraîné une transformation paradigmatique du critère de l'élection à un critère finaliste d'effectivité dans la protection des droits des individus ; transformation pouvant s'analyser comme un rejet de la représentation politique accompagné d'une condamnation du principe majoritaire. Parce que le fait majoritaire et l'élection ne suffisent plus, le juge, en tant que nouvel acteur du droit constitutionnel, est appelé à remédier à cette carence. Les finalités de la démocratie ne tiennent alors plus à la réalisation d'un idéal collectif mais la satisfaction des intérêts individuels. Or, paradoxalement, l'individualisme constitutionnel favorisera

²⁴⁶⁰ Sur les aspects tout à la fois absolutistes et individualistes de la pensée de Hobbes, v. L. JAUME, *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, coll. « Philosophie d'aujourd'hui », 1986, p. 135-153.

²⁴⁶¹ D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 6^e éd., 2013, p. 71.

l'extension de l'intervention de l'État, dont la puissance s'accroît avec celle du juge constitutionnel qui l'incarne.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

537. On le voit, les effets de la juridictionnalisation sur les représentations du droit constitutionnel sont considérables. Le phénomène d’emprise du juge sur la discipline polarise en effet deux oppositions, consistant à déplorer ou se féliciter de cette évolution. Entre les deux, il nous a semblé possible d’adopter une position médiane, consistant à prendre acte de l’importance du phénomène de juridictionnalisation tout en préservant les spécificités politiques du droit constitutionnel. En envisageant la justice constitutionnelle comme un objet politique, les conflits s’atténuent paradoxalement et invitent à réfléchir à une approche mieux à même de penser la juridictionnalisation, comme le droit constitutionnel lui-même. À cet égard, le parti-pris dit positiviste des tenants du phénomène consistant à rejeter le droit politique nous semble par ailleurs d’autant plus étonnant que le positivisme suppose, dans une perspective volontariste, de concevoir le droit comme le fruit d’une volonté immanente de l’homme et non d’une vérité transcendante des normes²⁴⁶². Aussi, en se représentant la parole du juge constitutionnel comme une parole de vérité, et non de volonté, le positivisme porte-t-il en lui une contradiction fondamentale. L’approche de droit politique présente alors l’avantage de proposer une autre manière, moins polémique, de percevoir la justice constitutionnelle, comme le droit constitutionnel lui-même. Cette démarche ne conduit pas à nier l’emprise du juge sur le droit constitutionnel, pas plus qu’à réfuter les présupposés et implications politiques de son intervention, mais bien à envisager sa fonction comme à la fois juridique – fondée et encadrée par le droit – autant que politique – s’exprimant par un authentique pouvoir de décision.

538. La juridictionnalisation du droit constitutionnel a pour autre effet d’affecter les paradigmes de la démocratie. Alors que la complexité inextricable de la légitimité du juge constitutionnel en démocratie semble sans issue²⁴⁶³, il convenait de démontrer que l’aporie tient en réalité à ce que la question de la légitimité est mal posée. La doctrine opère en effet une confusion entre deux niveaux de discours : le discours sur la légitimité d’une part, qui renvoie

²⁴⁶² S. GOYARD-FABRE, « L’illusion positiviste » in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 358 : le positivisme juridique répond « à un projet épistémologique écartant toute postulation essentialiste et toute espérance idéaliste ».

²⁴⁶³ « Depuis maintenant plus de deux siècles que l’on débat du contrôle de constitutionnalité, on se heurte à la même question : une telle institution est-elle compatible avec la démocratie ? », M. TROPER, « Avant-propos » in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l’épreuve de la justice constitutionnelle*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ., coll. « Grands colloques », 2016, p. 1.

exclusivement à la question de l'origine du pouvoir, et le discours de légitimation d'autre part, c'est-à-dire un discours qui tend à justifier l'exercice du pouvoir. En clarifiant le concept de légitimité démocratique, nous espérons ainsi avoir délesté la controverse relative à la légitimité de son fardeau axiomatique. Les difficultés ne se résoudront toutefois pas pour autant. En justifiant l'existence et la fonction du juge constitutionnel, la doctrine va engendrer une mutation majeure dans la rhétorique constitutionnaliste, transformant ainsi les finalités du droit constitutionnel. Si ce dernier intéressait originairement les gouvernants, avec pour finalité la préservation de la démocratie à travers différents processus – le pouvoir constituant, les élections, la citoyenneté, le suffrage –, elle repose désormais sur un critère de légitimation démocratique fondé sur l'efficacité dans la protection des droits et libertés des individus. Ce phénomène de subjectivisation du droit constitutionnel bouleverse alors la présentation classique de la discipline. Du droit de la légitimité politique, le droit constitutionnel devient un droit intéressant la société et son substrat : l'individu.

CONCLUSION GÉNÉRALE

539. Au commencement de cette recherche, nous formulions l'intention de mener une quête de sens. Cette quête a-t-elle abouti ? Notre ambition de réinterroger les représentations du droit constitutionnel n'a-t-elle pas, au contraire, aggravé le chaos épistémologique ? Reconnaissons-le : les questions que suscite la place du juge en droit constitutionnel ne peuvent qu'emporter celui qui les pose dans un tourbillon spéculatif. Pour en sortir, il nous a semblé pertinent de tenter, dans un premier temps, de mieux comprendre comment ce phénomène se manifeste. Cela supposait de révéler les présupposés implicites et les contradictions des discours doctrinaux et de proposer une autre manière de les analyser.

540. L'identification du phénomène passait donc par une entreprise de déconstruction préalable. Déconstruction, d'abord, de l'idée selon laquelle le phénomène doctrinal de juridictionnalisation s'inscrirait dans la continuité du constitutionnalisme des modernes, alors que nous avons entrepris de démontrer qu'il trouve ses racines dans le pré-constitutionnalisme des anciens. À rebours de la présentation stéréotypée consistant à considérer que la juridictionnalisation du droit constitutionnel aurait permis la réalisation du projet du constitutionnalisme révolutionnaire, nous nous sommes attachés à démontrer que ce phénomène de juridictionnalisation prenait sa source dans un certain discours propre à l'ancienne France : celui des parlementaires. Au contraire, le constitutionnalisme moderne constitue le point de départ des controverses relatives au juge, révélant que la question du contrôle juridictionnel des lois fut d'emblée polémique. Dès la naissance du droit constitutionnel moderne, la justice constitutionnelle a en effet généré un embrasement doctrinal que le temps n'a jamais éteint. Cette identification historique établie, l'entreprise de déconstruction se concentrait ensuite sur les discours contemporains. Leur analyse a permis de tracer les limites des discours normativistes tendant à présenter la juridictionnalisation comme le basculement vers une soumission de l'ensemble des pouvoirs à la constitution. L'objectif était, sur ce point, de démontrer qu'elle manifeste en réalité une emprise du juge sur les objets de la discipline. Réputée promouvoir la constitution, la doctrine promet davantage le juge, interprète et gardien de celle-ci, si bien que les manifestations contemporaines du phénomène appellent à être repensées. La domination du juge dans les rapports de pouvoir se signale en

effet, non par un « principe de constitutionnalité », mais par un principe de juridictionnalité. Or, un tel principe fonde et justifie la naissance de ce que nous avons proposé d'appeler l'*État juridictionnel*, c'est-à-dire un État qui valorise la volonté juridictionnelle au détriment de la volonté législative. Au surplus, avec l'émergence de la constitution jurisprudentielle – concept mieux à même de décrire ce que la doctrine constitutionnaliste envisage comme la « constitution-norme » –, la juridictionnalisation des sources se concrétise par une jurisprudentialisation du droit constitutionnel, qui constitue ainsi la forme paroxystique et achevée du phénomène.

541. Le phénomène ainsi identifié, il convenait d'en analyser les effets sur les représentations de la discipline. L'intérêt de cette enquête épistémologique tenait à ce que la question du juge témoigne de manière privilégiée des profondes controverses doctrinales qui divisent la discipline. À l'issue de cette recherche, il est possible de conclure que le phénomène doctrinal de juridictionnalisation *symbolise, et aggrave, les deux antagonismes les plus déconcertants de la pensée constitutionnelle* : celui du *droit et de la politique* d'une part, celui du *libéralisme et de la démocratie* d'autre part. Le premier ne nous paraît pas irréductible. Le parti-pris doctrinal tendant à opposer le droit à la politique et à considérer que la juridictionnalisation du droit constitutionnel a permis une dissolution de la politique dans le droit a pour grave inconvénient de nier la spécificité de la justice constitutionnelle. À l'inverse, la position critique à l'égard du phénomène, si elle a pour ambition de repenser les rapports du droit et la politique, nie en revanche les mutations du droit constitutionnel, qui ne peut plus faire l'économie de réflexions sur l'évolution du rôle du juge et de la jurisprudence. Entre ces deux positions polémiques, la connaissance gagnerait en lisibilité si la doctrine admettait de réconcilier les rapports du droit et de la politique non pas *sans* le juge, mais *avec* lui. En envisageant la justice constitutionnelle comme une justice politique, la juridictionnalisation du droit constitutionnel n'apparaît plus comme l'adversaire du droit politique, mais comme une manifestation de celui-ci. L'aporie résultant de l'opposition entre le droit jurisprudentiel et le droit politique peut alors être surmontée, ce qui suppose, pour mieux comprendre cet objet, que son analyse soit elle-même caractérisée par une démarche renouvelée de droit politique.

542. Le second antagonisme, en revanche, suscite un sérieux embarras. L'ensemble des théories de justification du pouvoir, qu'il s'agisse de la représentation ou de la souveraineté, se heurte en effet au conflit du libéralisme et de la démocratie, qui semble insoluble. Ce conflit se voit d'ailleurs exacerbé par l'attitude de la doctrine constitutionnaliste, qui ne s'est pas contentée de concentrer l'analyse du droit constitutionnel sur le juge, mais a également entendu justifier l'existence du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois en démocratie. Or,

la démocratie ne peut sortir indemne de cette entreprise de légitimation. Parce que la justice constitutionnelle, en tant qu'elle limite la loi, expression de la volonté générale, apparaît de prime abord incompatible avec la démocratie représentative, la doctrine constitutionnaliste a entrepris de penser une démocratie non seulement compatible avec elle, mais renforcée par elle. Pour comprendre le caractère aporétique de la confrontation du juge à la question de la légitimité, il nous a donc semblé indispensable d'établir que le concept de légitimité n'est en lui-même pas opérant pour résoudre le problème de la justification de l'exercice du pouvoir. La distinction entre deux niveaux de langage – la légitimité et la légitimation – permet ainsi de mieux comprendre les enjeux de la confrontation du juge constitutionnel à la démocratie. Une telle confrontation s'avère fâcheuse, dans la mesure où le problème de la légitimité du juge est mal posé. Pris en tant que tel, le relativisme de la légitimité n'intéresse pas le juriste puisqu'il n'apporte aucune compréhension à la pensée juridique. Il ne s'agissait donc pas ici de s'attarder sur la relativité des valeurs, mais bien sur un problème constitutionnel. Ce dernier tient à ce que la question de la légitimité, en tant que présupposé de légitimité, ne s'adresse pas aux organes constitutionnels. Seuls les critères de légitimation permettent de résoudre le problème de la justification de l'exercice du pouvoir. Aussi, le discours sur de tels organes est-il toujours un discours de justification – de légitimation – marqué par une *intention normative*. Mais ces discours de légitimation ne sont pas pour autant vains : ils disent quelque chose du droit constitutionnel. Or, ce qui se révèle en l'espèce est que le juge existe en droit, parmi d'autres organes qui existent en droit, et qui reposent chacun sur un discours de légitimation qui lui est propre. S'agissant du juge, sa promotion provoque une transformation inouïe des *critères de légitimation démocratique*, comme de la démocratie elle-même et de ses finalités. Sans postuler une quelconque essence de la démocratie, mais en admettant toutefois que les mots ne peuvent être *a priori* dépourvus de toute signification, on se demandera ce que la *démocratie du juge, par le droit, pour l'individu*, qui jaillit du phénomène doctrinal de juridictionnalisation, conserve de démocratique.

543. Ce questionnement appelle une réflexion conclusive qui, par-delà son apparente provocation, constitue une interrogation existentielle : en définitive, dans la pensée constitutionnelle, la démocratie ne se présente-t-elle pas comme une anomalie ? De l'ancienne France monarchique au phénomène doctrinal de juridictionnalisation d'inspiration libérale, en passant par le constitutionnalisme révolutionnaire légicentriste et le constitutionnalisme républicain parlementariste, on cherchera vainement cette chimérique « démocratie du peuple, par le peuple, pour le peuple » réputée fonder la souveraineté nationale à l'époque contemporaine. On ne trouvera, en définitive, que la représentation. Or, au contraire, cette étude

aura eu pour ambition de démontrer que le juge constitutionnel – et l'idéologie libérale qui le sous-tend –, loin d'être une parenthèse dans l'histoire, constitue le point de mire de la pensée constitutionnelle. En ce sens, l'analyse diachronique des discours révèle que c'est moins le juge qui heurte la démocratie que la démocratie qui entre en conflit avec une pensée intrinsèquement libérale, fondant sa croyance constitutionnelle dans les arguments téléologiques de limitation de l'exercice du pouvoir et de garantie des droits.

544. Quelles perspectives se dégagent alors de l'ensemble de ces analyses ? Comment envisager le devenir du phénomène doctrinal de juridictionnalisation et, plus largement, du droit constitutionnel français ? Si, à l'origine, sous l'impulsion du doyen Favoreu, la juridictionnalisation appelait à éclairer le paysage constitutionnel d'une lumière comparatiste – ce que la multiplication de recherches en droit constitutionnel comparé à partir des années 1990 illustre bien –, l'horizon du droit constitutionnel semble désormais supranational, singulièrement européen, pour une partie de la doctrine. En limitant l'exercice de la souveraineté, le juge constitutionnel engagerait en ce sens une remise en cause plus générale de la souveraineté étatique. Sous l'influence de la juridictionnalisation, l'État constituerait désormais un cadre insuffisant pour comprendre le droit constitutionnel. La problématique qui s'ouvre alors à l'analyse est celle d'un « droit sans l'État »²⁴⁶⁴ ou, plus spécifiquement, d'un droit constitutionnel existant en dehors de l'État. L'émergence d'un « droit constitutionnel européen »²⁴⁶⁵, invite alors à repenser l'ensemble des concepts structurants du droit constitutionnel, ce que certains auteurs appellent d'ailleurs de leurs vœux²⁴⁶⁶. Symétriquement, le sens de l'histoire constitutionnelle conduirait au passage du phénomène doctrinal de

²⁴⁶⁴ L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, PUF, coll. « Recherches politiques », 1987.

²⁴⁶⁵ V. notamment, D. MAUS, « Où en est le droit constitutionnel ? » in *Mouvements du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 736 ; D. ROUSSEAU, « Le droit constitutionnel européen en débat », *RDP*, 2008, p. 721 ; H. GAUDIN, « Le droit constitutionnel européen en débat », *RDP*, 2008, p. 729 ; A. LEVADE, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen. L'intuition d'une piste à explorer », *CCC*, n° 27, 2010 [en ligne] ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen. La conviction d'une piste à exploiter », *CCC*, n° 27, 2010 [en ligne] ; A. VIALA, « Le droit constitutionnel européen, un nouvel objet pour une nouvelle discipline ? », *RFDC*, n° 120, 2019, p. 929.

²⁴⁶⁶ Dominique Rousseau appelle par exemple à « apprendre à penser la notion de Constitution sans État et avec le peuple comme projet », D. ROUSSEAU, « Le droit constitutionnel européen en débat », art. cité, p. 729. Pour Hélène Gaudin, « il ne s'agit pas de penser le droit constitutionnel européen sans l'État, mais de penser l'État autrement. C'est aussi là, sans doute, un autre objet du droit constitutionnel européen. Si l'État européen n'est plus tout à fait un État comme les autres, il convient en effet de l'étudier », H. GAUDIN, « Le droit constitutionnel européen en débat », *RDP*, 2008, p. 729. Alexandre Viala relève toutefois la prégnance d'une conception « essentialiste » de la Constitution, ainsi qu'une « affinité » du droit constitutionnel avec « la notion de souveraineté » qu'il serait « encore difficile de dépasser », A. VIALA, « Le droit constitutionnel européen, un nouvel objet pour une nouvelle discipline ? », art. cité, p. 947.

juridictionnalisation à un phénomène doctrinal d'eupéanisation du droit constitutionnel²⁴⁶⁷, qui ne serait lui aussi pas sans poser de singulières difficultés théoriques. La juridictionnalisation du droit constitutionnel s'inscrit en effet dans un mouvement de globalisation du droit qui bouleverse l'ordre juridique, posant la question, d'une immense complexité, des rapports de primauté du droit supranational et de suprématie constitutionnelle, et interrogeant l'effectivité du « dialogue des juges ». Pourtant, le point de vue selon lequel la juridictionnalisation entraînerait une désétatisation du droit doit être fortement nuancé. Le juge étant un organe de l'État, ce phénomène valorise au contraire le pouvoir étatique bien davantage qu'il ne l'affaiblit. L'État sort en effet renforcé de la juridictionnalisation du droit constitutionnel, même si les finalités qu'il est supposé poursuivre, tournées vers l'individu davantage que vers la collectivité nationale, se voient profondément altérées.

545. On le voit, ce sujet ouvre des perspectives politiques encore irrésolues, qui dépassent le cadre scientifique de ce travail. La juridictionnalisation du droit constitutionnel s'inscrit dans un contexte de crise, qui se manifeste par un conflit opposant un « constitutionnalisme global », d'inspiration libérale, souhaitant dépasser le cadre étatique par la valorisation paradoxale de la figure du juge, à un « constitutionnalisme populaire » qui, à l'heure de l'émergence de la notion de « démocratie illibérale »²⁴⁶⁸, oppose le peuple à l'individu. Ce conflit s'inscrit, au reste, dans une opposition plus large qui est celle du droit et de la démocratie, que le référendum britannique de 2016 sur la sortie de l'Union européenne a, par exemple, cristallisée.

546. Parce qu'il serait hasardeux de prédire les évolutions futures du droit constitutionnel français, ce travail avait davantage vocation à soulever des questions qu'à prétendre clore les débats sur la place prépondérante du juge. Le phénomène doctrinal étant en effet en perpétuel mouvement, les réflexions sur ce demi-siècle de juridictionnalisation du droit constitutionnel ne pouvaient se présenter comme un bilan définitif de l'état de la discipline. L'impénétrable avenir du phénomène ne s'oppose toutefois pas à formuler une conviction : si « tout ne finit pas par des chansons »²⁴⁶⁹, toutes les chansons ne finissent pas. Ainsi en est-il de l'antienne à la gloire du juge chantée par la doctrine constitutionnaliste, qui ne cessera, sans nul doute, de résonner dans les chapelles constitutionnelles.

²⁴⁶⁷ Pour Dominique Rousseau, « le droit constitutionnel “nouveau” a pour horizon l'Europe ». En effet, ajoute-t-il, « Le droit constitutionnel a été institutionnel. Il est aujourd'hui jurisprudentiel. Il sera demain européen. Sans cesser d'être institutionnel et jurisprudentiel », D. ROUSSEAU, « Le nouvel horizon du droit constitutionnel ? » in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 892-893.

²⁴⁶⁸ L. JAUME, « “Démocratie illibérale” : une nouvelle notion ? », *Constitutions*, 2019, p. 177.

²⁴⁶⁹ L. ARAGON, *La grande gâté*, Gallimard, coll. « Poésie », 2019, p. 121.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Dans l'objectif d'éclairer au mieux la démarche adoptée, les sources se divisent en trois bibliographies distinctes.

Une première bibliographie historique couvre la période qui s'étend du Moyen-Âge à l'avènement de la V^e République. Elle se justifie par l'importance accordée, dans notre travail, aux sources antérieures à la juridictionnalisation du droit constitutionnel et donc par l'intention de mettre en valeur la perspective historique. Le choix a été fait d'identifier trois grandes périodes, parmi lesquelles sont distinguées les sources primaires et les sources postérieures relatives à chaque époque concernée.

La deuxième bibliographie, thématique, regroupe les sources de langue française depuis 1958 ayant directement servi à l'analyse de l'objet d'étude. Elle a vocation à répartir les références, de façon analytique, autour des différents thèmes qui ont structuré notre recherche.

La troisième bibliographie regroupe les sources étrangères – juridiques et philosophiques – et les sources portant sur ces cultures étrangères. Elle marque la volonté d'inscrire chaque pensée, même élevée à un très fort degré d'abstraction, dans la culture particulière qui la singularise.

Précisons enfin que la bibliographie est *sélective* ; aussi ne reprend-elle pas toutes les références citées en note de bas de page. Sont ainsi exclues les sources qui n'apparaissent pas nécessaires à la compréhension, même la plus globale possible, de l'étude.

- I. Bibliographie historique jusqu'en 1958
- II. Bibliographie thématique depuis 1958
- III. Bibliographie étrangère et sur les cultures étrangères

BIBLIOGRAPHIE HISTORIQUE JUSQU'EN 1958

I. – FRANCE MÉDIÉVALE (SOURCES CONTEMPORAINES)

CARBASSE Jean-Marie, « Le juge entre la loi et la justice. *Approches médiévales* » in *Droits et justices du moyen âge. Recueil d'articles d'histoire du droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Introuvables », 2016, p. 165.

DAVID Marcel, *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IX^e au XV^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg », 1954, 281 p.

DUCOUDRAY Gustave, *Les origines du Parlement de Paris et la justice aux XIII^e et XIV^e siècles*, Paris, Hachette, 1902, 1058 p.

HAROUEL Jean-Louis, BARBEY Jean, BOURNAZEL Éric, THIBAUT-PAYEN Jacqueline, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 11^e éd., 2006, 646 p.

KRYNEN Jacques, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France. XIII^e-XV^e siècle*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 1993, 556 p.

MAUGIS Édouard, *Histoire du Parlement de Paris. De l'avènement des rois Valois à la mort d'Henri IV. Tome III, Rôle de la Cour par règnes, 1345-1610. Présidents, Conseillers, Gens du roi*, Paris, Auguste Picard, 1916, 360 p.

MAUGIS Édouard, *Histoire du Parlement de Paris. De l'avènement des rois Valois à la mort d'Henri IV. Tome I, Période des Rois Valois*, Paris, Auguste Picard, 1913, 734 p.

RIGAUDIÈRE Albert, « Un grand moment pour l'histoire du droit constitutionnel français : 1374-1409 », *Journal des Savants*, 2012, n° 2, p. 281.

TIERNEY Brian, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 150 p.

II. – FRANCE MODERNE (XVI^e – XVIII^e SIÈCLES)

A. SOURCES D'ÉPOQUE

BODIN Jean, *Les Six Livres de la République* [1576], Paris, Fayard, coll. « Corpus des œuvres de philosophie en langue française », 1986, 6 volumes, 340, 123, 209, 216, 229 et 550 p.

DIDEROT Denis, LE ROND D'ALEMBERT Jean, *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome 10, A. Berne et Lausanne, 1782, 1024 p.

DIDEROT Denis, LE ROND D'ALEMBERT Jean, *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome 5, A. Berne et Lausanne, 1778, 885 p.

LA ROCHE-FLAVIN (de) Bernard, *Treize livres des parlements de France*, Genève, Matthieu Berjon, 1621, 1216 p.

LE PAIGE Louis Adrien, *Lettre sur les lits de justice*, 18 août 1756, 15 p.

LE PAIGE Louis Adrien, *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des pairs et sur les loix fondamentales du royaume*, Amsterdam, 1753-1754, 2 tomes, 326 et 380 p.

MONTESQUIEU, *Œuvres complètes*, Tome I, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1949, 1728 p.

MONTESQUIEU, *Œuvres complètes*, Tome II, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1951, 1809 p.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Œuvres complètes*, Tome III. *Du contrat social, Écrits politiques*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1964, 1978 p.

SERPILLON François, *Code civil ou commentaire sur l'Ordonnance du mois d'Avril 1667*, Paris, Pierre-Merry Delaguette, 1776, 777 p.

B. SOURCES SUR L'ÉPOQUE

1. OUVRAGES

BARBEY Jean, *Être roi. Le roi et son gouvernement en France de Clovis à Louis XVI*, Fayard, 1992, 573 p.

BARBICHE Bernard, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne. XVI^e - XVIII^e siècle*, Paris, PUF, coll. « Quadriges », 2012, 448 p.

BASSE Bernard, *La constitution de l'ancienne France. Principes et lois fondamentales de la royauté française*, Dominique Martin Morin, 1986, 387 p.

BICKART Roger, *Les Parlements et la notion de Souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, Paris, Felix Alcan, 1932, 285 p.

BONNEY Richard, *L'absolutisme*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1989, 125 p.

CARBASSE Jean-Marie, LEYTE Guillaume, *L'État royal, XII^e - XVIII^e siècle. Une anthologie*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2004, 266 p.

CARCASSONNE Elie, *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII^e siècle* [1927], Genève, Slatkine Reprints, 1978, 736 p.

CARRÉ Henri, *La fin des parlements (1788-1790)*, Paris, Hachette et Cie, 1912, 382 p.

CHALINE Olivier (dir.), *Les parlements et les Lumières*, Pessac, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2012, 328 p.

DUCLOS-GRÉCOURT Marie-Laure, *L'idée de loi au XVIII^e siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, Poitiers-Issy-les-Moulineaux, Faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers-LGDJ-Lextenso éditions, « Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 2014, 779 p.

DUFEY Pierre-Joseph-Spiridion, *Histoire, actes et remontrances des parlemens de France, Tome II (1756 à 1790)*, Paris, Galliot, 1826, 531 p.

DUFEY Pierre-Joseph-Spiridion, *Histoire, actes et remontrances des parlemens de France, Tome I (1461 à 1756)*, Paris, Galliot, 1826, 452 p.

DUPUIS-BERRUX Marjorie, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, « Collection des Thèses », 2012, 460 p.

EGRET Jean, *Louis XV et l'opposition parlementaire. 1715-1774*, Paris, Armand Colin, 1970, 246 p.

FEUTRY David, *Plumes de fer et robes de papier. Logiques institutionnelles et pratiques politiques du parlement de Paris au XVIII^e siècle, 1715-1790*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, « Collection des Thèses », 2013, 674 p.

FLAMMERMONT Jules, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Tome III, 1768-1788*, Paris, Imprimerie nationale, 1898, 804 p.

FLAMMERMONT Jules, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Tome II, 1755-1768*, Paris, Imprimerie nationale, 1895, 958 p.

- FLAMMERMONT Jules, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome I, 1715-1753, Paris, Imprimerie nationale, 1888, 713 p.
- FLAMMERMONT Jules, *La réforme judiciaire du Chancelier Maupeou*, Mémoire, Paris, Alphonse Picard, 1880, 51 p.
- FRANKLIN Julian H., *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, Paris, PUF, coll. « Fondements de la politique », 1993, 201 p.
- HILDESHEIMER Françoise, MORGAT-BONNET Monique, *Le Parlement de Paris. Histoire d'un grand corps de l'État monarchique*, Paris, Honoré Champion, coll. « Histoire et archives », Hors-série n° 16, 2018, 830 p.
- LEMAIRE André, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, Paris, A. Fontemoing, 1907, 336 p.
- LEMAIRE Elina, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2010, 375 p.
- LEMAÎTRE Alain J. (dir.), *Le monde parlementaire au XVIII^e siècle. L'invention d'un discours politique*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. « Histoire », 2010, 266 p.
- LE MAO Caroline, *Parlement et parlementaires. Bordeaux au Grand Siècle*, Seyssel, Champ Vallon, coll. « Époques », 2007, 378 p.
- MAIRE Catherine, *De la cause de Dieu à la cause de la Nation. Le jansénisme au XVIII^e siècle*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 1998, 710 p.
- OLIVIER-MARTIN François, *L'absolutisme français et Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, Paris, LGDJ, coll. « Reprint », 1997, 548 p.
- OLIVIER-MARTIN François, *Les lois du Roi*, Paris, LGDJ, coll. « Reprint », 1997, 422 p.
- PAYEN Philippe, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 1997, 526 p.
- PICHOT-BRAVARD Philippe, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain », 2011, 522 p.
- PIMENTEL Carlos-Miguel, *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, Thèse dactyl., Paris II, 2000, 700 p.
- RENOUX-ZAGAMÉ Marie-France, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003, 324 p.

ROELS Jean, *Le concept de représentation politique au dix-huitième siècle*, Paris, Béatrice-Nauwelaerts, 1969, 184 p.

SAGUEZ-LOVISI Claire, *Les lois fondamentales au XVIII^e siècle. Recherches sur la loi de dévolution de la couronne*, Paris, PUF, coll. « Travaux et recherches de l'Université de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Paris », 1983, 179 p.

SAINT-BONNET François, SASSIER Yves, *Histoire des institutions avant 1789*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat Droit public », 6^e éd., 2019, 500 p.

SLIMANI Ahmed, *La modernité du concept de nation au XVIII^e siècle (1715-1789) : apports des thèses parlementaires et des idées politiques du temps*, PUAM, Collection d'Histoire des Idées Politiques, 2004, 623 p.

SUEUR Philippe, *Histoire du droit public français, XV^e – XVIII^e siècle. Tome I, La Constitution monarchique*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2007, 4^e éd., 440 p.

SUEUR Philippe, *Histoire du droit public français, XV^e – XVIII^e siècle. Tome II, Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2007, 4^e éd., 601 p.

VERGNE Arnaud, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Paris, De Boccard, coll. « Romanité et modernité du droit », 2006, 653 p.

2. ARTICLES

BARANGER Valérie, « La légitimité du pouvoir politique dans l'ancienne France » in *Légitimité du pouvoir politique et représentation*, Paris, Éditions Cujas, coll. « Travaux du Centre de recherches Hannah Arendt », 2008, p. 9.

BARBEY Jean, « Genèse et consécration des lois fondamentales », *Droits*, n° 3, 1986, p. 75.

BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte, « Les juridictionnalismes ; politiques concordataires ou politiques nationales ? » in *Institutions et libertés. Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Pierre Machelon*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 37.

BEIGNIER Bernard, « Les arrêts de règlement », *Droits*, n° 9, 1989, p. 45.

BOYER Georges, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements » in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome II, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, p. 257.

CARBASSE Jean-Marie, « Le roi législateur : théorie et pratique », *Droits*, n° 38, 2003, p. 3.

COCATRE-ZILGIEN André, « Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII^e siècle ou les avocats dans la bataille idéologique prérévolutionnaire », *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lille*, 1963, p. 29.

DAUCHY Serge, DEMARS-SION Véronique, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », *Revue historique de droit français et étranger*, 2004, p. 223.

DI DONATO Francesco, « Le concept de “représentation” dans la doctrine juridico-politique de Louis-Adrien Le Paige » in AFHIP, *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection d'histoire des idées politiques », 2003, p. 53.

DI DONATO Francesco, « Constitutionnalisme et idéologie de robe. L'évolution de la théorie juridico-politique de Murard et Le Paige à Chanlaire et Mably », *Annales HSS*, 1997, n° 4, p. 821.

DI DONATO Francesco, « Le concept de “liberté” dans l'idéologie des hommes de robe au XVIII^e siècle (France et Italie) » in *Lexicon philosophicum, Quaderni di terminologia filosofica e storia delle idee*, Firenze, Leo S. Olschki, 1996, p. 81.

GOJOSSO Éric, « Les cours souveraines et le contrôle de constitutionnalité des lois royales » in J. MONNET, E. GOJOSSO (dir.), *Les fonctions du contrôle en droit français et néerlandais*, Poitiers, LGDJ, Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2012, p. 101.

GOJOSSO Éric, « Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIII^e siècle : une autre approche », *Giornale di Storia costituzionale*, n° 4, 2002, p. 145.

GOJOSSO Éric, « L'absolutisme et l'histoire juridique : à propos d'un ouvrage récent », *Revue historique de droit français et étranger*, 2002, p. 465.

GOJOSSO Éric, « Le contrôle de l'activité normative royale à la veille de la Révolution : l'opinion de Mercier de la Rivière », *RRJ-Droit prospectif*, 1999, p. 237.

HALÉVY Ran, « La modération à l'épreuve de l'absolutisme. De l'Ancien Régime à la Révolution française », *Le Débat*, n° 109, 2000, p. 73.

HANLEY MADDEN Sarah, « L'idéologie constitutionnelle en France : le lit de justice », *Annales. Économies, sociétés, civilisations*, 1982, p. 32.

KRYNEN Jacques, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne) », *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, p. 161.

KRYNEN Jacques, « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires “prêtres de la justice” » in *Mélanges de l'École française de Rome*, T. 114, 2002, p. 95.

LAHMER Marc, « La doctrine physiocratique du contrôle juridictionnel de la loi positive », *Giornale di storia costituzionale*, n° 4, 2002, p. 125.

MESTRE Jean-Louis, « Juridictions judiciaires et contrôle de constitutionnalité en France de 1715 à 1814 » in *Toward Comparative Law in the 21st Century*, Tokyo, Chuo University Press, 1998, p. 499.

MESTRE Jean-Louis, « L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les "Maximes du droit public français" (1775) » in AFHIP, *État et pouvoir. L'idée européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection d'histoire des idées politiques », 1992, p. 21.

PAGÈS Georges, « La vénalité des offices dans l'ancienne France », *Revue historique*, Tome 169, 1932, p. 477.

RENOUX-ZAGAMÉ Marie-France, « Juger la loi au nom du droit naturel : fondements et portée du contrôle des parlements de la Monarchie », *CCC*, n° 28, 2010 [en ligne].

RENOUX-ZAGAMÉ Marie-France, « La figure du juge chez Domat », *Droits*, n° 39, 2004, p. 35.

RENOUX-ZAGAMÉ Marie-France, « De la parole de Dieu à la parole de justice : l'éloquence judiciaire selon les juges monarchiques », *Droits*, n° 36, 2002, p. 3.

RENOUX-ZAGAMÉ Marie-France, « "Royaume de la loi" : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Histoire de la Justice*, n° 11, 1998, p. 35.

SAINT-BONNET François, « Les périls du contre-feu doctrinal des absolutistes au XVIII^e siècle. Des contraintes de l'éristique constitutionnelle coutumière », *Droits*, 2011, n° 54, p. 81.

SAINT-BONNET François, « Le "constitutionnalisme" des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des "lits de justice" du XVIII^e siècle », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, n° 15, 2011, p. 16.

SAINT-BONNET François, « Le contrôle a posteriori : les parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi », *CCC*, n° 28, 2010 [en ligne].

SAINT-BONNET François, « Louis XIV, les parlements et la souveraineté » in G. AUBERT, O. CHALINE (dir.), *Les parlements de Louis XIV. Opposition, coopération, autonomisation ?*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. « Histoire », 2010, p. 173.

SAINT-BONNET François, « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel a priori des lois du roi », *CCC*, n° 24, 2008 [en ligne].

SAINT-BONNET François, « Remarques sur les arguments historiques dans les débats constitutionnels français » (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Droits*, n° 38, 2003, p. 135.

SAINT-BONNET François, « Le parlement, juge constitutionnel (XVI^e-XVIII^e siècle) », *Droits*, n° 34, 2001, p. 177.

SÉE Henri, « La doctrine politique des parlements au XVIII^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, 1924, p. 287.

STAMMLER Rudolf, « Notion et portée de la “volonté générale” chez Jean-Jacques Rousseau », *Revue de Métaphysique et de Morale*, Tome XX, 1912, p. 383.

STOREZ-BRANCOURT Isabelle, « “C’est légal parce que je le veux” : loi et constitution dans le face à face du roi et du Parlement à la fin de l’Ancien Régime », *Parlement[s], Revue d’histoire politique*, 2011, n° 15, p. 59.

STOURZH Gérald, « Constitution. Évolution des significations du terme depuis le début du XVII^e siècle jusqu’à la fin du XVIII^e siècle », *Droits*, n° 29, 1999, p. 157.

THIREAU Jean-Louis, « L’absolutisme monarchique a-t-il existé ? », *Revue Française d’Histoire des Idées Politiques*, n° 6, 1997, p. 291.

III. – ÉPOQUE CONTEMPORAINE

A. RÉVOLUTION FRANÇAISE

1. SOURCES D’ÉPOQUE

MAISTRE (de) Joseph, *Considérations sur la France* [1797], Complexe, 1988, 193 p.

MAISTRE (de) Joseph, *Des Origines de la Souveraineté*, PRNG Éditions, 2014, 180 p.

SIEYÈS Emmanuel-Joseph, *Qu’est-ce que le tiers-état ?*, Paris, Flammarion, coll. « Champs Classiques », 1988, 188 p.

SIEYÈS Emmanuel-Joseph, *Essai sur les privilèges et autres textes*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2007, 150 p.

2. SOURCES SUR L’ÉPOQUE

a) *Ouvrages*

ANSELME Isabelle, *L’invocation de la Déclaration des droits de l’homme et de la Constitution dans les débats de l’Assemblée législative (1791-1792)*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Bibliothèque d’histoire du droit et du droit romain », 2013, 342 p.

DERATHÉ Robert, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, J. Vrin, coll. « Bibliothèque d’histoire de la philosophie », 2^e éd., 1995, 473 p.

DESLANDRES Maurice, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Tome I, *De la fin de l’Ancien Régime à la chute de l’Empire (1789-1815)*, Paris, Édouard Duchemin, 1977, 794 p.

DUCLOS Pierre, *La notion de Constitution dans l'œuvre de l'Assemblée Constituante de 1789*, Paris, Dalloz, 1932, 349 p.

GAUCHET Marcel, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 1995, 288 p.

GAVEN Jean-Christophe, *Le crime de lèse-nation, histoire d'une invention juridique et politique. 1789-1791*, Paris, Presses de Sciences Po, « Collection académique », 2016, 559 p.

GLÉNARD Guillaume, *L'exécutif et la Constitution de 1791*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2010, 503 p.

HUFTEAU Yves-Louis, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi [mémoire]*, Paris, PUF, 1965, 158 p.

LECOQ-PUJADE Benjamin, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, Thèse dactyl., Université Lyon 3, 2019, 914 p.

RAYNAUD Philippe, *Trois révolutions de la liberté. Angleterre, Amérique, France*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2010, 386 p.

RIALS Stéphane, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », 1988, 771 p.

SELIGMAN Edmond, *La justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, Paris, Plon, 1901, 600 p.

TROPER Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980, rééd. Paris, LGDJ, 2015, coll. « Anthologie du Droit », 251 p.

TROPER Michel, JAUME Lucien (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », 1994, 302 p.

b) Articles

ALVAZZI DEL FRATE Paolo, « Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789 », *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, p. 253.

BEAUD Olivier, « L'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible ? », *Droits*, n° 17, 1993, p. 3.

BRUNET Pierre, « La notion de représentation sous la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 2, 2002, p. 27.

CLAVREUL Colette, « Sieyès et la genèse de la représentation moderne », *Droits*, n° 6, 1987, p. 45.

DUGUIT Léon, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 1893, p. 99 ; p. 336 ; p. 567.

GANZIN Michel, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : droit naturel et droit positif » in CERHIIP, *Les principes de 1789*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection d'histoire des idées politiques », 1989, p. 81.

GOJOSSE Éric, « Le contrôle de constitutionnalité des lois dans quelques écrits monarchistes de la période révolutionnaire » in AFHIP, *La Constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection d'histoire des idées politiques », 2001, p. 229.

HALPÉRIN Jean-Louis, « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », *Justices. Revue générale de droit processuel*, n° 3, 1996, p. 13.

IMBERT Jean, « L'origine idéologique des “principes de 1789” » in CERHIIP, *Les principes de 1789*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection d'histoire des idées politiques », 1989, p. 11.

JAUME Lucien, « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Droits*, n° 36, 2002, p. 115.

JAUME Lucien, « Garantir les droits de l'homme : 1791-1793 », *La Revue Tocqueville*, Vol. XIV, 1993, p. 49.

JAUME Lucien, « Légitimité et représentation sous la Révolution : l'impact du jacobinisme », *Droits*, n° 6, 1987, p. 57.

LAHMER Marc, « Le Moment 1789 et la séparation des pouvoirs », *Jus Politicum*, n° 12, 2014 [en ligne].

MANIN Bernard, « Les deux libéralismes : la règle et la balance » in C. BIET, I. THÉRY (dir.), *La Famille, la Loi, l'État. De la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie nationale-Centre Georges Pompidou, 1989, p. 372.

RAYNAUD Philippe, « La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française », *APD*, Tome 30, 1985, p. 61.

RIALS Stéphane, « Sieyès ou la délibération sans la prudence », *Droits*, n° 13, 1991, p. 123.

RIALS Stéphane, « Ouverture : Le mystère des origines », *Droits*, n° 8, 1988, p. 3.

SAINT-BONNET François, « La protection juridique des droits en 1791. Les *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution* en débat » in *Études à la mémoire du Professeur François Burdeau*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 359.

TROPER Michel, « Sieyès et le jury constitutionnaire » in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 265.

TROPER Michel, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française » in *1791. La première Constitution française*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1993, p. 355.

VELLEY Serge, « Une Constitution trop “vivante” ? Heurs et malheurs de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) », *Napoleonica. La Revue*, n° 33, 2019, p. 51.

VERPEAUX Michel, « La notion révolutionnaire de juridiction », *Droits*, n° 9, 1989, p. 33.

WACHSMANN Patrick, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l’homme de 1789 », *Droits*, n° 2, 1985, p. 13.

WOLIKOW Claudine, « 1789 - an III : l’émergence de la “démocratie représentative” » in R. BOURDERON (dir.), *L’an I et l’apprentissage de la démocratie*, Saint-Denis, Éditions PSD, 1995, p. 53.

B. XIX^e SIÈCLE (JUSQU’EN 1875)

1. SOURCES D’ÉPOQUE

ANCILLON Frédéric, *De la souveraineté, et des formes de gouvernement. Essai destiné à la rectification de quelques principes politiques*, Paris, Le Normant, 1816, trad. François Guizot, 166 p.

BERRIAT-SAINT-PRIX Felix, *Théorie du droit constitutionnel français. Esprit de la Constitution de 1848*, Paris, Videcoq, 1851, 723 p.

BLUNTSCHLI Johann Kaspar, *Théorie générale de l’État*, Paris, Guillaumin et Cie, 1877, trad. A. de Riedmatten, 478 p.

CHERBULIEZ Antoine-Elysée, *Théorie des garanties constitutionnelles*, Tome II, Paris, Genève, Cherbuliez, 1838, 263 p.

CONSTANT Benjamin, *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 1997, 870 p.

CONSTANT Benjamin, *Cours de politique constitutionnelle*, Tome I, 2^e éd., Paris, Guillaumin et Cie, 1872, 563 p.

CONSTANT Benjamin, *Réflexions sur les constitutions, La distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, H. Nicolle, 1814, 166 p.

GABOURG Amédée, *Histoire de la Révolution et de l’Empire*. Tome I, *Consulat*, Paris, Jacques Lecoffre et C^{ie}, 1849, 480 p.

GUIZOT François, *Des conspirations et de la justice politique*, Paris, Ladvocat, 1821, 119 p.

GUIZOT François, *Du gouvernement de la France depuis la Restauration, et du ministère actuel*, Paris, Ladvocat, 2^e éd., 1820, 324 p.

HELLO Charles-Guillaume, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, Tome II, Paris, Auguste Durand, 3^e éd., 1848, 344 p.

HENRION DE PANSEY Pierre, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Théophile Barrois, 1818, 587 p.

HIS Charles, *Du Roi dans la monarchie représentative*, Paris, Ladvocat, 1824, 123 p.

LABOULAYE Édouard, *Questions constitutionnelles*, 1872, rééd. Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1993, 440 p.

LABOULAYE Édouard, *Histoire des États-Unis*, Tome III, Paris, Charpentier et Cie, 4^e éd., 1870, 574 p.

LABOULAYE Édouard, *L'État et ses limites*, Paris, Charpentier, 1863, 391 p.

MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, 516 p.

MAISTRE (de) Joseph, *Œuvres*, Paris, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 2007, 1348 p.

MANCEL DE BACILLY Pierre, *Observations sur le gouvernement représentatif suivies d'un aperçu succinct sur l'origine et le principe de la souveraineté*, Paris, E. Dentu, 1854, 97 p.

PAGÈS Jean-Pierre, *Principes généraux du droit politique dans leur rapport avec l'esprit de l'Europe, et avec la monarchie constitutionnelle*, Paris, Bechet, 1817, 504 p.

ROSSI Pellegrino, *Cours de droit constitutionnel*, Guillaumin, 1866-1867, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2012, 412 p.

TOCQUEVILLE (de) Alexis, *De la démocratie en Amérique* [1848], Tome I, Paris, Gallimard, coll. « Folio histoire », 1986, 631 p.

TOCQUEVILLE (de) Alexis, *De la démocratie en Amérique* [1848], Tome II, Paris, Gallimard, coll. « Folio histoire », 1961, 471 p.

TOCQUEVILLE (de) Alexis, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, coll. « Folio histoire », 1967, 378 p.

2. SOURCES SUR L'ÉPOQUE

a) *Ouvrages*

DESLANDRES Maurice, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Tome II, *De la chute de l'Empire à l'avènement de la Troisième République (1815-1870)*, Paris, Armand Colin-Sirey, 1932, 766 p.

HOLMES Stephen, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne* [1984], Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, trad. O. Champeau, 373 p.

LAQUIÈZE Alain, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2002, 436 p.

MEUWLY Olivier, *Liberté et société. Constant et Tocqueville face aux limites du libéralisme moderne*, Genève, Librairie Droz, 2002, 258 p.

RIALS Stéphane, *Révolution et Contre-Révolution au XIX^e siècle*, Paris, Albatros-Diffusion Université Culture, 1987, 325 p.

TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste. 1800-1880*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2009, 309 p.

ZACHARIE Clémence, *Le Sénat du Consulat et de l'Empire, contribution à l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois en France*, Thèse dactyl, Paris II, 2004, 532 p.

b) *Articles*

ASHWORTH Antoinette, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire », *RDP*, 1994, p. 45.

BACOT Guillaume, « La représentation politique : le tournant de la Monarchie de Juillet », *Droits*, n° 6, 1987, p. 69.

FELDMAN Jean-Philippe, « Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant », *RFDC*, n° 76, 2008, p. 675.

HUMMEL Jacky, « Guizot, théoricien de la légitimité », *RDP*, 2006, p. 904.

HUMMEL Jacky, « Convergences et discordances des discours libéraux allemand et français (1815-1848) », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2006, n° 24, p. 233.

JAUME Lucien, « Droit, État et obligation selon Benjamin Constant », *Commentaire*, n° 87, 1999, p. 711.

PICHOT Philippe, « Penser le contrôle a priori (1789-1870) », *CCC*, n° 28, 2010, [en ligne].

ROLLAND Patrice, « Comment préserver les institutions politiques ? La théorie du pouvoir neutre chez B. Constant », *RFHIP*, n° 27, 2008, p. 43.

SAINT-BONNET François, « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire. Les “libertés sociales” comme dépassement de l’alternative entre libertés individuelles et libertés politiques », *Jus Politicum*, n° 5, 2010 [en ligne].

C. III^e RÉPUBLIQUE

1. SOURCES D’ÉPOQUE

a) *Ouvrages*

AUCOC Léon, *Conférences sur l’Administration et le droit administratif*, Tome I, Paris, Dunod, 2^e éd., 1878, 702 p.

AUMAÎTRE Théophile, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, F. Pichon, 1890, 305 p.

BARTHÉLEMY Joseph, DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, rééd. Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004, 955 p.

BARTHÉLEMY Joseph, *La crise de la démocratie représentative*, Paris, Marcel Giard, 1928, 88 p.

BARTHÉLEMY Joseph, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Paris, Giard et Brière, 1906, 762 p.

BENOIST Charles, *Sophismes politiques de ce temps. Étude critique sur les formes, les principes et les procédés de gouvernement*, Paris, Perrin et Cie, 1893, 265 p.

BERGSON Henri, *La pensée et le mouvant* [1934], Paris, PUF, coll. « Quadrige », 17^e éd., 2013, 612 p.

BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau, 1900, 933 p.

BEUDANT CHARLES, *Le droit individuel et l’État. Introduction à l’étude du droit*, Paris, Arthur Rousseau, 3^e éd., 1920, 290 p.

BIGNE DE VILLENEUVE (de la) Marcel, *Éléments de droit constitutionnel français*, Paris, Librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, 1892, 487 p.

CAMPAGNOL Édouard, *La démocratie représentative. La représentation proportionnelle de la majorité et des minorités*, Paris, F. Pichon, 1885, 204 p.

CAPITANT René, *Écrits d’entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2004, 580 p.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, rééd., Paris, Dalloz, 2007, 174 p.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931, rééd. Paris, Economica, coll. « Classiques », 1984, 228 p.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920-1922, rééd., Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, 2 tomes.

DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif*, Tome I, Paris, Ernest Thorin, 6^e éd., 1881, 795 p.

DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif*, Tome I, Paris, Ernest Thorin, 5^e éd., 1877, 703 p.

DUEZ Paul, *Les actes de gouvernement*, Paris, Sirey, 1935, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006, 215 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel. Les libertés publiques*, Tome V, Paris, E. de Boccard, 2^e éd., 1925, 703 p.

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

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Tome II, Paris, E. de Boccard, 3^e éd., 1928, 888 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Tome II, Paris, E. de Boccard, 2^e éd., 1923, 800 p.

DUGUIT Léon, *Souveraineté et liberté. Leçons faites à l'Université de Columbia (1920-1921)*, Paris, La mémoire du droit, coll. « Bibliothèque Léon Duguit », 2002, 208 p.

DUGUIT Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 3^e éd., E. de Boccard, 1918, 589 p.

DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, rééd. Paris, A. Colin, coll. « La mémoire du droit », 1999, 285 p.

EISENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], rééd. Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1986, 383 p.

ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Recueil Sirey, 1914, 6^e éd., rééd., Paris, Éditions Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », 2001, 1246 p.

ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel*, Premier fascicule, Paris, L. Larose, 1896, 841 p.

FUZIER-HERMAN Édouard, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, A. Marescq, 1880, 625 p.

GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1932, 2 tomes, 446 et 422 p.

GÉNY François, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 2^e tirage, 1922-1930, 4 tomes, 212, 422, 522, 265 p.

GOLDENBERG Léo, *Le Conseil d'État, juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, Paris, Dalloz, 1932, 423 p.

HAYEM Armand, *La démocratie représentative*, Paris, A. Le Chevalier, 17^e éd., 1873-74, 70 p.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2015, 759 p.

HAURIOU Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, rééd. Paris Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010, 734 p.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Sirey, 6^e éd., 1907, 915 p.

LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome I, Paris, Berger-Levrault et C^{ie}, 1887, 670 p.

LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome II, Paris, Berger-Levrault et C^{ie}, 1888, 675 p.

LAFFITTE Paul, *Le suffrage universel et le régime parlementaire*, Paris, Hachette et Cie, 1888, 256 p.

LAIR Adolphe-Émile, *Des hautes Cours politiques en France et à l'étranger et de la mise en accusation du Président de la République et des ministres. Étude de droit constitutionnel et d'histoire politique*, Paris, Ernest Thorin, 1889, 436 p.

LEBLANC Jacques, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier, en France, la constitutionnalité des lois*, Paris, PUF, 1924, 130 p.

LEFUR Louis, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Marchal et Billard, 1896, rééd. Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2000, 839 p.

LODOVICI Jean, *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*, Lille, Duriez-Bataille, 1937, 182 p.

MOREAU Felix, *Pour le régime parlementaire*, Paris, Albert Fontemoing, 1903, 367 p.

MOREAU Felix, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1921, 9^e éd., 595 p.

MOREAU Felix, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose et Forcel, 1892, 212 p.

NÉZARD Henry, *Éléments de droit public*, Paris, Rousseau, 1911, 302 p.

SAINT-GIRONS Antoine, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose et Forcel, 2^e éd., 1885, 706 p.

SAINT-GIRONS Antoine, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881, 583 p.

SIGNOREL JEAN, *Étude de législation comparée sur le référendum législatif et les autres formes de participation directe des citoyens à l'exercice du pouvoir législatif*, Paris, Arthur Rousseau, 1896, 472 p.

b) Articles

ARTUR Emile, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, 1900, Tome XIII, p. 214 ; p. 470 et Tome XIV, p. 34.

BARTHÉLEMY Joseph, « La crise de la démocratie représentative », *RDP*, 1928, p. 584.

BARTHÉLEMY Joseph, « De l'interprétation des lois par le législateur », *RDP*, 1908, p. 456.

BENOIST Charles, « Les deux parlementarismes. La Cour suprême des États-Unis », *Revue des deux mondes*, 1902, Tome VII, p. 284.

BERTHÉLEMY Henry, « Les lois inconstitutionnelles devant le juge », *Revue politique et parlementaire*, Tome 133, 1927, p. 183.

BERTHÉLEMY Henry, « Le fondement de l'autorité politique », *RDP*, 1915, p. 663.

BERTHÉLEMY Henry, « Les limites du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire*, 1925, Tome 125, p. 355.

BERTHÉLEMY Henry, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1926, 2^e semestre, p. 51.

BONNARD Roger, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, p. 363.

BURDEAU Georges, « Étude sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *APD*, Tome 9, 1939, p. 7.

BURDEAU Georges, « La règle de droit et le pouvoir. Esquisse d'une théorie du pouvoir envisagé comme unificateur de l'idée de droit », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1937, p. 58.

CAPITANT René, « Le droit constitutionnel non écrit » in *Mélanges François Géný*, Tome III, Paris, Sirey, 1934, p. 1.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, Paris, Sirey, 1935, Tome I, p. 192.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l'institut international de droit public*, 1929, p. 144.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927, Tome 132, p. 339.

CHEVALIER Jacques, « Le Concept et l'Idée » in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 111.

DUGUIT Léon, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement*, Tome XVIII, 1889, p. 484.

ESMEIN Adhémar, « La maxime *princeps legibus solutus est* dans l'ancien droit public français » in *Essays in legal history*, Oxford University Press, 1913, p. 201.

ESMEIN Adhémar, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD Civ.*, 1902, p. 5.

ESMEIN Adhémar, « Deux formes de gouvernement », *RDP*, 1894, p. 15.

GIRAUD Émile, « Étude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *Revue générale d'administration*, 1924, p. 193.

HAURIOU André, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification » in *Mélanges R. Carré de Malberg* [1933], Paris, Librairie Édouard Duchemin, 1977, p. 231.

HAURIOU Maurice, « La souveraineté nationale », *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, p. 1.

HAURIOU Maurice, Note sous Conseil d'État, 31 janvier 1902, *Grazietti, S.*, 1903, III, p. 113.

HAURIOU Maurice, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », *Revue générale d'administration*, 1892, Tome II p. 385, Tome III p. 15.

JÈZE Gaston, « Le dogme de la volonté nationale et la technique politique », *RDP*, 1927, p. 165.

JÈZE Gaston, « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP*, 1924, p. 399.

JÈZE Gaston, « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », *Revue générale d'administration*, 1895, Tome II, p. 401.

LAFERRIÈRE Julien, « L'organisation de la juridiction administrative. Réformes et projets de réformes », *RDP*, 1921, p. 109.

LARNAUDE Ferdinand, « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », *Revue politique et parlementaire*, 1926, Tome 126, p. 181.

LARNAUDE Ferdinand, « Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1902, n° 3, p. 175.

LAROQUE Pierre, « Les juges français et le contrôle de la loi », *RDP*, 1926, p. 722.

MICHOUD Léon, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, n° 3, p. 429.

MIRKINE-GUETZEVITCH Boris, « Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel », *RDP*, 1928, p. 5.

ORBAN Oscar, « Des immunités constitutionnelles », *RDP*, 1895, p. 193.

RÉGLADE Marc, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1925, p. 413.

RENARD Georges, « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution » in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 485.

VILLEY Edmond, « La souveraineté nationale. Son fondement, sa nature et ses limites », *RDP*, 1904, p. 5.

WALINE Marcel, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique » in *Mélanges R. Carré de Malberg* [1933], Paris, Librairie Édouard Duchemin, 1977, p. 517.

WALINE Marcel, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 197.

WALINE Marcel, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français », *RDP*, 1928, p. 441.

2. SOURCES SUR L'ÉPOQUE

a) *Ouvrages*

BAUMERT Renaud, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de constitutionnalité des lois dans les Républiques*

française et allemande de l'entre-deux-guerres, Paris, LGDJ, « Collection des Thèses », 2009, 612 p.

CHOPPLET Antoine, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, Paris, Mare et Martin, coll. « Bibliothèque des Thèses. Droit public », 2014, 747 p.

PINON Stéphane, PRÉLOT Pierre-Henri (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien-Lextenso éditions, coll. « Grands colloques », 2009, 285 p.

PINON Stéphane, *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003, 632 p.

REDOR Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1879-1914*, Paris/Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1992, 389 p.

RICHARD Guillaume, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2015, 950 p.

SACRISTE Guillaume, *La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences Po, « Collection académique », 2011, 578 p.

SAULNIER Frédéric, *Joseph Barthélemy, 1874-1945. La crise du constitutionnalisme libéral sous la III^e République*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2004, 690 p.

SICART Gilles, *La doctrine publiciste française à l'épreuve des années 1930*, Thèse dactyl., Paris II, 2000, 708 p.

b) Articles

BEAUD Olivier, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n° 32, 2000, p. 89.

FOULQUIER Norbert, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n° 2, 2009 [en ligne].

MACHELON Jean-Pierre, « Parlementarisme absolu, État de droit relatif. À propos du contrôle de la constitutionnalité des lois en France sous la Troisième République (positions et controverses) », *La Revue administrative*, 1995, p. 628.

MAULIN Eric, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, 2002, [en ligne].

MAULIN Eric, « Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 79.

MILET Marc, « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier », *RFSP*, 1999, p. 783.

PISIER Evelyne, « Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes » in *Droit, institutions et systèmes politiques. Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1987, p. 189.

SACRISTE Guillaume, « La doctrine constitutionnelle et la loi au tournant du XX^e siècle », *Parlement[s]. Revue d'histoire politique*, 2009, n° 11, p. 192.

VERPEAUX Michel, « Le contrôle de la loi par la voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la III^e République », *RFDC*, n° 4, 1990, p. 688.

WALINE Marcel, « Le mouvement des idées constitutionnelles dans les facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XX^e siècle » in *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Éditions Cujas, 1977, p. 259.

D. IV^e RÉPUBLIQUE

1. SOURCES D'ÉPOQUE

a) Ouvrages

BACHELARD Gaston, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une Psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, J. Vrin, 1947, 256 p.

BASTID Paul, *Cours de droit constitutionnel comparé. La justice politique*, Paris, Les cours de droit, 1956-1957, 433 p.

DABIN Jean *Le droit subjectif* [1952], Paris, Dalloz, 2007, 313 p.

LAFERRIÈRE Julien, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Domat-Montchrestien, 1943, 897 p.

PRÉLOT Marcel, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Petits Précis Dalloz », 1950, 606 p.

VEDEL Georges, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, rééd. Paris, Dalloz, 2002, coll. « Bibliothèque Dalloz », 616 p.

WALINE Marcel, *L'individualisme et le Droit* [1949], Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2007, 436 p.

b) Articles

BURDEAU Georges, « Une survivance : la notion de Constitution » in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 53.

BURDEAU Georges, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *RDP*, 1945, p. 202.

CHENOT Bernard, « L'Existentialisme et le Droit », *RFSP*, 1953, p. 57.

DELVOLVÉ Jean, Conclusions sur CE, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, *RDP*, 1951, p. 478.

EISENMANN Charles, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, 1957, p. 25.

EISENMANN Charles, « Sur l'objet et la méthode des sciences politiques » in *La science politique contemporaine. Contribution à la recherche, la méthode et l'enseignement*, Paris, UNESCO, 1950, p. 96.

ESMEIN Paul, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *RTD civ.*, 1949, p. 481.

MOUNIER Emmanuel, « Y a-t-il une justice politique ? », *Esprit*, 1947, p. 212.

PINTO Roger, « La fin du gouvernement des juges », *RDP*, 1950, p. 833.

RIVERO Jean, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 27.

RIVERO Jean, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *Recueil Dalloz*, 1951, p. 21.

RIVERO Jean, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *Recueil Dalloz*, 1951, p. 99

WALINE Marcel, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence » in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, Tome II, Paris, LGDJ, 1950, p. 613.

2. – SOURCES SUR L'ÉPOQUE

BOUYSSOU Fernand, « L'introuvable notion d'affaires courantes : l'activité des gouvernements démissionnaires sous la Quatrième République », *RFSP*, 1970, 20-4, p. 645.

FARGEAUD Benjamin, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2020, 545 p.

BIBLIOGRAPHIE THÉMATIQUE DEPUIS 1958

I. – TRAVAUX THÉORIQUES ET PHILOSOPHIQUES

A. OUVRAGES

ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003, 1640 p.

AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 245 p.

AMSELEK Paul, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1964, 459 p.

AMSELEK Paul, GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1989, 228 p.

ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 2^e éd., rééd. Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2018, 758 p.

ARNAUD André-Jean, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la Sociologie du droit ?*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1981, 466 p.

BÉCHILLON (de) Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997, 302 p.

BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2012, 5^e éd., 399 p.

BERNARDI Bruno, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, coll. « Chemins philosophiques », 2003, 128 p.

BONNET Baptiste (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, 1821 p.

BOURETZ Pierre (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, coll. « Philosophie », 1991, 274 p.

BUREAU Dominique, DRUMMOND France, FENOUILLET Dominique (dir.), *Droit et morale. Aspects contemporains*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2011, 241 p.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 10^e éd., 2014, 493 p.

CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, coll. « Champs Essais », 2006, 276 p.

DESMOULINS Thibault, *L'arbitraire, histoire et théorie. Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'Antiquité à nos jours*, Thèse dactyl., Paris II, 2018, 532 p.

DEUMIER Pascale, *Le droit spontané*, Paris, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2002, 477 p.

DUFOUR Alfred, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1991, 280 p.

EISENMANN Charles, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Editions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2002, 668 p.

FERRET Stéphane, *Le bateau de Thésée. Le problème de l'identité à travers le temps*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. « Paradoxe », 1996, 151 p.

FERRY Luc, *Philosophie politique. 1. Le droit : la nouvelle querelle des anciens et des modernes*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2^e éd., 1999, 183 p.

FREUND Julien, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1986, 3^e éd., rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003, 867 p.

FRYDMAN Benoît, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le Droit », 3^e éd., 2011, 708 p.

GAUCHET Marcel, *L'avènement de la démocratie. Tome IV, Le nouveau monde*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 2017, 749 p.

GAUDEMET Jean, *Sociologie historique du droit*, Paris, PUF, coll. « Doctrine juridique », 2000, 341 p.

GOYARD-FABRE Simone (dir.), *L'État au XX^e siècle. Regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, coll. « Histoire des idées et des doctrines », 2004, 338 p.

GOYARD-FABRE Simone, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1997, 425 p.

GOYARD-FABRE Simone, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 1992, 416 p.

GRIMALDI Nicolas, *Ontologie du temps. L'attente et la rupture*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1993, 221 p.

GRZEGORCZYK Christophe, *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1982, 282 p.

JAUME Lucien, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Flammarion, coll. « Champs Essais », 2010, 389 p.

JAUME Lucien, *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard, 2000, 389 p.

JAUME Lucien, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, 591 p.

JAUME Lucien, *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, coll. « Philosophie d'aujourd'hui », 1986, 236 p.

JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2^e éd., 2005, 198 p.

KOJÈVE Alexandre, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 1981, 586 p.

KRYNEN Jacques, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2018, 377 p.

KRYNEN Jacques (dir.), *Le droit saisi par la morale*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Les Travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », 2005, 352 p.

LALANDE André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2018, 1323 p.

LAVELLE Louis, *Traité des valeurs. I. Théorie générale de la valeur*, Paris, PUF, coll. « Dito », 2^e éd., 1991, 751 p.

LAVELLE Louis, *Traité des valeurs. II. Le système des différentes valeurs*, Paris, PUF, coll. « Dito », 2^e éd., 1991, 560 p.

LEFORT Claude, *Essais sur le politique. XIX^e-XX^e siècles*, Paris, Seuil, coll. « Esprit », 1986, 364 p.

MANENT Pierre, *La cité de l'homme*, Paris, Flammarion, coll. « Champs Essais », 2012, 295 p.

MASTOR Wanda, BENETTI Julie, EGÉA Pierre, MAGNON Xavier (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Grands discours », 2^e éd., 2020, 1089 p.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, 248 p.

OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Travaux et recherches », 1987, 602 p.

PERRIN Jean-François, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979, 177 p.

PICARD Edmond, *Le droit pur*, Paris, Ernest Flammarion, coll. « Bibliothèque de philosophie scientifique », 1908, 401 p.

PRÉLOT Marcel, LESCUYER Georges, *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 7^e éd., 1980, 799 p.

PRÉLOT Marcel, *Histoire des idées politiques*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 3^e éd., 1966, 729 p.

RAYNAL Pierre-Marie, *De la fiction constituante. Contribution à la théorie du droit politique*, Thèse dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2014, 593 p.

RAYNAUD Philippe, *Le juge et le philosophe. Essais sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, coll. « Le Temps des idées », 2013, 288 p.

RAYNAUD Philippe, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 3^e éd., 2003, 892 p.

RENARD Georges, *La Théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Sirey, 1930, 631 p.

RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1955, 431 p.

ROUSSEAU Dominique, VIALA Alexandre (dir.), *Le droit, de quelle nature ?*, Paris, Montchrestien-Lextenso éditions, coll. « Grands colloques », 2010, 205 p.

SAINT-BONNET François, *L'état d'exception*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, 393 p.

SÉGUR Philippe, *Recherches sur les relations du pouvoir politique et du temps*, Thèse dactyl., Université des sciences sociales de Toulouse, 1993, 433 p.

SPITZ Jean-Fabien, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1995, 509 p.

TERRÉ Dominique, *Les questions morales du droit*, Paris, PUF, coll. « Éthique et philosophie morale », 2007, 368 p.

TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2^e éd., 2015, 358 p.

TROPER Michel, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2011, 294 p.

TROPER Michel, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, 334 p.

TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique », 2005, 203 p.

VEYNE Paul, *Comment on écrit l'histoire. Essai d'épistémologie*, Paris, Seuil, coll. « L'Univers historique », 1971, 349 p.

VIALA Alexandre, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2^e éd., 2019, 263 p.

VIALA Alexandre, *Le pessimisme est un humanisme. Schopenhauer et la raison juridique*, Paris, Mare et Martin, coll. « Libre Droit », 2017, 305 p.

VILLEY Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2^e éd., 2013, 624 p.

VILLEY Michel, *Critique de la pensée juridique moderne. Douze autres essais*, Paris, Dalloz, 1976, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2009, 274 p.

VILLEY Michel, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2001, 339 p.

VILLEY Michel, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1969, 370 p.

B. ARTICLES

AGOSTINI Éric, « L'équité », *Recueil Dalloz*, 1978, p. 7.

ALLAND Denis, « Ouverture : Les mœurs sont-elles solubles dans le droit ? », *Droits*, n° 19, 1994, p. 3.

AMSELEK Paul, « Pour une phénoménologie du droit et de l'éthique sans mirages », *RRJ-Droit prospectif*, 2013-5, n° spécial, p. 1983.

AMSELEK Paul, « La teneur indécise du droit », *RDP*, 1991, p. 1199.

AMSELEK Paul, « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits*, n° 11, 1990, p. 85.

AMSELEK Paul, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n° 10, 1989, p. 7.

AMSELEK Paul, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage » in P. AMSELEK (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 109.

AMSELEK Paul, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit : Aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *RDP*, 1983, p. 1471.

AMSELEK Paul, « Théorie du droit et politique », *APD*, Tome 27, 1982, p. 411.

ANDRÉ-VINCENT Philippe-Ignace, « La notion moderne de droit naturel et le volontarisme (de Vitoria et Suarez à Rousseau) », *APD*, Tome 8, 1964, p.237.

ARNAUD André-Jean, « La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démythification », *Droit et Société*, n° 2, 1986, p. 139.

AUBY Jean-Bernard, « Prescription juridique et production juridique », *RDP*, 1988, p. 673.

AUBY Jean-Marie, « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public. Éléments de problématique » in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon, Éditions L'Hermès, coll. « Droit, économie, gestion », 1980, p. 21.

BÉCHILLON (de) Denys, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *RRJ-Droit prospectif*, 1994-1, p. 247.

BRUNET Pierre, « Le "positivisme" français dans la lumière du Nord. Le réalisme juridique scandinave et la doctrine française », *Revus*, n° 24, 2014, p. 2.

BRUNET Pierre, « Introduction : le réalisme scandinave, une épistémologie », *Revus*, n° 24, 2014, p. 5.

CARBONNIER Jean, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, n° 11, 1990, p. 5.

CHÉROT Jean-Yves, « Le tournant méthodologique en philosophie du droit » in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2013, p. 29.

CHEVALLIER Jacques, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général » in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 1, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1979, p. 11.

CIURO CALDANI Miguel Angel, « Méthodologie juridique et théorie du droit » in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2013, p. 103.

COTTA Sergio, « Éléments d'une phénoménologie de la légitimité » in P. BASTID *et al.*, *Annales de philosophie politique. L'idée de légitimité*, n° 7, Paris, PUF, 1967, p. 61.

DESMONS Éric, « Le normativisme est une scolastique (brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits*, n° 32, 2000, p. 21.

DUFOUR Alfred, « Droit naturel / Droit positif », *ADP*, Tome 35, 1990, p. 59.

DUFOUR Alfred, « L'histoire du droit dans la pensée de Savigny », *APD*, Tome 29, 1984, p. 209.

DUFOUR Alfred, « La notion de loi dans l'École du Droit naturel moderne », *APD*, Tome 25, 1980, p. 211.

EISENMANN Charles, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, Tome 11, 1966, p. 25.

FREUND Julien, « Le Polythéisme chez Max Weber », *Archives de sciences sociales des religions*, n° 61, 1986, p. 51.

GASSIN Raymond, « De l'intérêt pour le juriste de la pensée philosophique de Frédéric Nietzsche : le texte et l'interprétation » in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2013, p. 233.

GOYARD-FABRE Simone, « L'illusion positiviste » in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 357.

HACHEZ Isabelle, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *RIEJ*, Vol. 65, 2010, p. 1.

HEUSCHLING Luc, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus Politicum*, n° 8, 2012 [en ligne].

HEUSCHLING Luc, « De l'intérêt de la théorie, de la théorie générale de l'État, de la théorie constitutionnelle. À propos d'un livre récent de Matthias Jestaedt », *Jus Politicum*, n° 5, 2011, [en ligne].

JAUME Lucien, « Libéralisme » in F. ROUVILLOIS, O. DARD, C. BOUTIN (dir.), *Le dictionnaire du conservatisme*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2017, p. 556.

JAUME Lucien, « Le libéralisme difficile : un tournant historique ? » in P. PERRINEAU, L. ROUBAN (dir.), *La démocratie de l'entre-soi*, Presses de Sciences Po, 2017, p. 191.

JAUME Lucien, « L'État administratif et le libéralisme : une histoire française » in *Innovation politique 2011*, Paris, PUF, coll. « L'Innovation politique », p. 627.

JAUME Lucien, « Les droits contre la loi ? Une perspective sur l'histoire du libéralisme », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2005, p. 21.

JESTAZ Philippe, « Source délicieuse (Remarques en cascade sur les sources du droit », *RTD civ.*, 1993, p. 73.

JESTAZ Philippe, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD Civ.*, 1990, p. 625.

JOUANJAN Olivier, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, n° 54, 2011, p. 27.

JOUANJAN Olivier, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, p. 31.

JOUANJAN Olivier, « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, XXXIX-121, 2001, p. 55.

JOUANJAN Olivier, « Faillible droit », *Revue européenne des sciences sociales*, XXXVIII-119, 2000, p. 65.

LAMBERT Yves, « Vers un "monothéisme des valeurs" ? », *Le Débat*, 1990, p. 88.

LEGENDRE Pierre, « Ce que nous appelons le droit », *Le Débat*, n° 74, 1993, p. 98.

LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 79, 2011, p. 715.

LOCHAK Danièle, « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, p. 388.

MAILLE Michel, « Définir le droit », *Droits*, n° 11, 1990, p. 41.

MILLARD Éric, « Réalisme scandinave, réalisme américain. Un essai de caractérisation », *Revus*, n° 24, 2014, p. 81.

MORAND Charles-Albert, « La sanction », *APD*, Tome 35, 1990, p. 292.

NOREAU Pierre, « Épilogue. L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté...à la recherche de soi », *Les Cahiers de droit*, Vol. 52, n° 2-3, 2011, p. 687.

PALMER OLSEN Henrik, « Prédiction et interprétation du droit », *Revus*, n° 24, 2014, p. 69.

PERELMAN Chaïm, « Droit, morale et religion » in C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984, p. 44.

PFERSMANN Otto, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, n° 52, 2002, p. 759.

PFERSMANN Otto, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, n° 50, 2002, p. 279

PFERSMANN Otto, « Théories de l'interprétation constitutionnelle », *AIJC*, n° 17, 2001, p. 351.

PFERSMANN Otto, « Arguments ontologiques et argumentation juridique » in O. PFERSMANN, G. TIMSIT (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « De Republica », 2001, p. 11.

PIAGET Jean, « Les relations entre la morale et le droit », in J. PIAGET, *Études sociologiques*, Genève, Librairie Droz, coll. « Travaux de droit, d'économie, de sociologie et de sciences politiques », 1977, p. 172.

RABAULT Hugues, « Droit et axiologie : la question de la place des “valeurs” dans le système juridique », VIII^e Congrès français de droit constitutionnel, Nancy, 2011, [en ligne].

RAYNAUD Philippe, « Les règles et les principes » in A. POLICAR (dir.), *Ronald Dworkin, l'empire des valeurs*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Politiques », 2017, p. 179.

REBER Bernard, « Pluralisme moral : les valeurs, les croyances et les théories morales », *APD*, Tome 49, 2006, p. 21.

RIALS Stéphane, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, n° 37, 2003, p. 49.

RIVERO Jean, « Sanction juridictionnelle et règle de droit » in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de La Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 457.

SLAMA Alain-Gérard, « Le nouvel ordre juridique “moral” », *Droits*, n° 19, 1994, p. 37.

SOURIOUX Jean-Louis, « Le concept d'*intersubjectivité* au prisme du vocabulaire juridique » in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2013, p. 471.

TERRÉ François, « Crise du juge et philosophie du droit : synthèse et perspectives » in J. LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », 1996, p. 157.

THIBIERGE Catherine, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie » in *Libre propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006 p. 519.

TROPER Michel, « La liberté de l'interprète » in G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT (dir.), *L'office du juge*, Sénat – Palais du Luxembourg, colloque des 29 et 30 septembre 2006, coll. « Les colloques du Sénat », p. 28.

TROPER Michel, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, n° 50, 2002, p. 335.

TROPER Michel, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réplique à Denys de Béchillon », *R.R.J. - Droit prospectif*, 1994-1, p. 267.

TROPER Michel, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 181.

TROPER Michel, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 101.

TROPER Michel, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 133.

VEDEL Georges, « Aspects généraux et théoriques » in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 1.

VEDEL Georges, « Indéfinissable mais présent », *Droits*, n° 11, 1990, p. 67.

VIALA Alexandre, « Le pessimisme de la théorie réaliste de l'interprétation : une lecture schopenhauerienne du positivisme juridique », *Droit & Philosophie*, Vol. 8, 2016, p. 195.

VIALA Alexandre, « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Éditions Pedone, coll. « Cahiers européens », 2011, p. 7.

VIALA Alexandre, « Aux sources de la controverse juridique : la force des mots » in J-J. SUEUR (dir.), *Interpréter et traduire*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 189.

VILLA Vittorio, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme » in Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 281.

VILLEY Michel, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *APD*, Tome 3, 1957, p. 87.

WALINE Marcel, « Le positivisme juridique de Carré de Malberg » in *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg. 1861-1935*, Paris, Dalloz, coll. « Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg », 1966, p. 20.

WALINE Marcel, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? » in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Tome I, Bruxelles-Paris, Sirey, 1963, p. 359.

II. – ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE

A. OUVRAGES

ATIAS Christian, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 2002, 228 p.

ATIAS Christian, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1985, 222 p.

CHAMBOST Anne-Sophie (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Contextes », 2014, 353 p.

EDELMAN Bernard, *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, Hermann Éditeurs, coll. « Le Bel aujourd'hui », 2007, 287 p.

JESTAZ Philippe, JAMIN Christophe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004, 314 p.

B. ARTICLES

AMSELEK Paul, « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, 1997, p. 337.

AMSELEK Paul, « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits*, n° 6, 1987, p. 131.

AMSELEK Paul, « Les fondements ontologiques de la théorétique juridique », *APD*, Tome 29, 1984, p. 201.

AMSELEK Paul, « Eléments d'une définition de la recherche juridique », *APD*, Tome 25, 1979, p. 298.

ATIAS Christian, « Le droit, entre enseignement et réalité », *Les Cahiers Portalis*, n° 2, 2015, p. 77.

ATIAS Christian, « Réflexions sur les méthodes de la science du droit », *Recueil Dalloz*, 1983, p. 145.

AVRIL Pierre, « Le rôle de la doctrine lors du passage de la IV^e à la V^e République » in M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, coll. « Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », 2005, p. 197.

BREDIN Jean-Denis, « Remarques sur la doctrine » in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 111.

BRUNET Pierre, « La part de la doctrine dans la création du droit constitutionnel », *RDA*, 2011, p. 39.

BOURDELOIS Béatrice, « L'autorité doctrinale » in J. FOYER, G. LEBRETON, C. PUIGELIER (dir.), *L'autorité*, Paris, PUF, coll. « Cahiers des sciences morales et politiques », 2008, p. 309.

CAPORAL Stéphane, « Quelques observations du côté de la philosophie » in Geneviève Koubi, *Doctrines et doctrine en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Constitutions, droit et politique », 1997, p. 11.

CHEVALLIER Jacques, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 103.

CHEVALLIER Jacques, « Doctrine ou science ? », *AJDA*, 2001, p. 603.

CHEVALLIER Jacques, « La fin des écoles ? », *RDP*, 1997, p. 679.

CHEVALLIER Jacques, « Les interprètes du droit » in CURAPP, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 259.

DECOCQ Georges, « Réflexions sur l'influence doctrinale » in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 111

DEGUERGUE Maryse, « Doctrine(s) et sources du droit » in G. KOUBI, *Doctrines et doctrine en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Constitutions, droit et politique », 1997, p. 33.

DEUMIER Pascale, « Les autorités des doctrines » in J. FOYER, G. LEBRETON, C. PUIGELIER (dir.), *L'autorité*, Paris, PUF, « Cahiers des sciences morales et politiques », 2008, p. 291.

EMERI Claude, « Les déconvenues de la doctrine », *RFSP*, 1984, p. 671.

GAUDEMET Yves, « Réflexions sur le rôle de la doctrine en droit public aujourd'hui », *RDA*, 2011, p. 31.

GESLIN Albane, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit » in B. SERGUES (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 79.

JACQUINOT Nathalie, « La doctrine constitutionnaliste, quel rôle dans l'élaboration du droit ? » in M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, coll. « Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », 2005, p. 183.

LOCHAK Danièle, TROPER Michel, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? » in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 293.

MAGNON Xavier, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : Quelle distance ? Quelle expertise ? », *RDP*, 2013, p. 135.

PACTEAU Bernard, « La doctrine, auteurs, acteurs du droit administratif... » in M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, coll. « Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques », 2005, p. 83.

PICARD Etienne, « "Science du droit" ou "doctrine juridique" » in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119.

SÉRIAUX Alain, « La notion de doctrine juridique », *Droits*, n° 20, 1994, p. 65.

STOYANOVITCH Konstantin, « Y a-t-il une science du droit ? Contribution à l'épistémologie générale », *APD*, Tome 4, 1959, p. 67.

SUPIOT Alain, « Ontologie et déontologie de la doctrine », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1421.

TERRÉ François, « A propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *RDA*, 2011, p. 38.

TERRÉ François, « La doctrine de la doctrine », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, Dalloz-Litec, 2006, p. 59.

VANDENDRIESSCHE Xavier, « La doctrine "officielle" » in G. KOUBI, *Doctrines et doctrine en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Constitutions, droit et politique », 1997, p. 199.

VEDEL Georges, « Jurisprudence et doctrine : Deux discours », *La Revue administrative*, n° spécial 1997, p. 7.

VEDEL Georges, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP*, 1989, p. 11.

VIRALLY Michel, « Le juriste et la science du droit. (À propos de la traduction de la "Théorie pure du droit" »), *RDP*, 1964, p. 591.

III. – JUSTICE & JUGES

A. OUVRAGES

ALLARD Julie, GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, coll. « La République des Idées », 2005, 95 p.

BASSET Antoine, *Pour en finir avec l'interprétation. Usages des techniques d'interprétation dans les jurisprudences constitutionnelles française et allemande*, Paris/Issy-les-Moulineaux, Institut Universitaire Varenne-LGDJ, « Collection des Thèses », 2015, 527 p.

BASTID Paul, *Les grands procès politiques de l'histoire*, Paris, Fayard, coll. « Les Temps et les destins », 1962, 392 p.

BATAILLER Francine, *Le Conseil d'État, juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1966, 675 p.

BEAUD Olivier, *Le sang contaminé*, Paris, PUF, coll. « Béhémoth », 1999, 171 p.

BELAÏD Sadok, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », Vol. XVII, 1974, 360 p.

BERCÉ Yves-Marie (dir.), *Les procès politiques (XIV^e-XVII^e siècle)*, Rome, École française de Rome, 2007, 709 p.

BOUCOBZA Isabelle, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2005, 449 p.

BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert, HEUSCHLING Luc (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « Série Science politique », 2001, 373 p.

CARBASSE Jean-Marie, DEPAMBOUR-TARRIDE Laurence, (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 1999, 343 p.

CAYLA Olivier, RENOUX-ZAGAMÉ Marie-France (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2001, 239 p.

CHARVIN Robert, *Justice et politique (Évolution de leurs rapports)* [1968], Lyon, L'Hermès, coll. « Bibliothèque de droit », 2^e éd., 2003, 542 p.

CLÉMENT-WILZ Laure (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2019, 472 p.

DARCY Gilles, LABROT Véronique, DOAT Mathieu (dir.), *L'office du juge*, Sénat – Palais du Luxembourg, colloque des 29 et 30 septembre 2006, coll. « Les colloques du Sénat », 544 p.

DERRIEN Arnaud, *Les juges français de la constitutionnalité. Étude sur la construction d'un système contentieux. Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation : trois juges pour une norme*, Athènes, Sakkoulas-Bruylant, coll. « Bibliothèque européenne. Droit constitutionnel – Science politique », 2003, 505 p.

GARAPON Antoine, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, 281 p.

GRANDJEAN Geoffrey, WILDEMEERSCH Jonathan (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 371 p.

GOLOVKO Léonid, MATHIEU Bertrand (dir.), *Le juge et l'État*, Paris, Mare et Martin, 2018, 223 p.

GUÉRIN-BARGUES Cécile, *Juger les politiques ? La Cour de Justice de la République*, Paris, Dalloz, coll. « Droit politique », 2017, 286 p.

KRYNEN Jacques, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. Tome II, L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 2012, 432 p.

KRYNEN Jacques, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*. Tome I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 2009, 326 p.

KRYNEN Jacques (dir.), *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 1999, 278 p.

KRYNEN Jacques, RAIBAUT Jacques (dir.), *La Légitimité des Juges*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Mutation des normes juridiques », 2004, 224 p.

LABANOWSKI Pierre, *La réforme de la justice politique en France*, Thèse, Lille, Camille Robbe, 1925, 137 p.

LAJOIE Andrée, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1997, 217 p.

MATHIEU Bertrand, *Justice et politique : la déchirure ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Forum », 2015, 191 p.

ROYER Jean-Pierre, DERASSE Nicolas, ALLINNE Jean-Pierre, DURAND Bernard, JEAN Jean-Paul, *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 5^e éd., 2016, 1290 p.

SALAS Denis (dir.), *Le procès politique (XV^e-XX^e siècle)*, Paris, La Documentation française, coll. « Histoire de la justice », 2017, 256 p.

SALAS Denis (dir.), *La justice, une révolution démocratique*, Paris, Desclée de Brouwer, coll. « Société », 2001, 235 p.

SALAS Denis, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Paris, Hachette Littératures, coll. « Forum », 1998, 291 p.

B. ARTICLES

ATIAS Christian, « La “simple affirmation” du juge », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 221.

BAUME Sandrine, « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 17.

BEAUD Olivier, « L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la V^e République : un constat critique », *Esprit*, 2002, p. 108.

BEAUD Olivier, « Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique », *RDP*, 1999, p. 419.

BEAUD Olivier, « Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité des ministres et sur la criminalisation du droit constitutionnel », *RDP*, 1997, p. 995.

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

BÉCHILLON (de) Denys, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 973.

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

BELLET Pierre, « Le juge et l'équité » in *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 9.

BREDIN Jean-Denis, « La légitimité des juges » in J.-P. ROYER (dir.), *Être juge demain. Belgique, Espagne, France, Italie, Pays-Bas et République fédérale d'Allemagne*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires de Lille, 1983, p. 19.

CAYLA Olivier, « Le coup d'État de droit ? », *Le Débat*, n° 100, 1998, p. 108.

CAYLA Olivier, « Les deux figures du juge », *Le Débat*, n° 74, 1993, p. 149.

COMMAILLE Jacques, DUMOULIN Laurence, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" », *L'Année sociologique*, 2009, Vol. 59, n° 1, p. 63.

COMMAILLE Jacques, « La justice entre *détraditionnalisation*, *néolibéralisation* et *démocratisation* : vers une théorie de la sociologie politique de la justice » in J. COMMAILLE, M. KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2007, p. 295.

D'ORS Alvaro, « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », *Droits*, n° 10, 1989, p. 51.

DARCY Gilles, « Regard elliptique sur l'office du juge » in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Paris, LGDJ, 2008, p. 287.

FRANÇOIS Bastien, « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité » in CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 201.

FOYER Jean, « La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un nouveau sens » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 749.

FOYER Jean, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 17.

FRAISSEIX Patrick, « Le "prétoricentrisme", coup d'état de droit ? », *RRJ - Droit prospectif*, 2005-1, p. 285.

GARAPON Antoine, « La question du juge », *Pouvoirs*, n° 74, 1995, p. 13.

JESTAZ Philippe, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *Recueil Dalloz*, 1987, p. 11.

LECOQ Pierre, « Pouvoir et autorité judiciaires dans les constitutions françaises » in Jean-Pierre ROYER (dir.), *Être juge demain. Belgique, Espagne, France, Italie, Pays-Bas et République fédérale d'Allemagne*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires de Lille, 1983, p. 109.

LENOBLE Jacques, « Introduction. La crise du juge : mythe ou réalité ? » in *La crise du juge*, Paris-Bruxelles, LGDJ - Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », 1996, p. 1.

LENOBLE Jacques, « Crise du juge et transformation nécessaire du droit » in *La crise du juge*, Paris-Bruxelles, LGDJ - Bruylant, 1996, p. 139.

MAGDELAIN André, « Remarques sur la “perduellio” », *Publications de l'École Française de Rome*, 1990, n° 133, p. 499.

MATHIEU Bertrand, « La responsabilité pénale des ministres ou l'“urgente” réforme d'une institution fantôme », *RFDC*, n° 14, 1993, p. 307.

OURLIAC Paul, « La puissance de juger : le poids de l'histoire », *Droits*, n° 9, 1989, p. 21.

PRIEUR Jean, « Jurisprudence et principe de séparation des pouvoirs », *APD*, Tome 30, 1985, p. 117.

RIALS Stéphane, « Ouverture : L'office du juge », *Droits*, n° 9, 1989, p. 3.

RIALS Stéphane, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA*, 1981, p. 115.

SAVY Robert, « La constitution des juges », *Recueil Dalloz*, 1983, p. 105.

SERVERIN Évelyne, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et Société*, n° 25, 1993, p. 339.

TROPER Michel, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 5.

VULLIERME Jean-Louis, « L'autorité politique de la jurisprudence », *APD*, Tome 30, 1985, p. 95.

WIEDERKEHR Georges, « De la légitimité de la justice » in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2008, p. 485.

ZOLLER Elisabeth, « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française », *RIDC*, 2001, p. 559.

IV. – DROIT CONSTITUTIONNEL

A. OUVRAGES

ALTWEGG-BOUSSAC Manon, *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne-Paris, Institut universitaire Varenne-LGDJ, « Collection des thèses », 2013, 642 p.

ARDANT Philippe, MATHIEU Bertrand, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Manuel », 31^e éd., 2019, 630 p.

AVRIL Pierre, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997, 202 p.

BARANGER Denis, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard, coll. « L'esprit de la cité », 2018, 339 p.

BARANGER Denis, *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2017, 128 p.

BASTID Paul, *L'idée de Constitution*, Paris, Economica, coll. « Classiques », 1985, 197 p.

BASTIT Michel, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de saint Thomas à Suarez*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1990, 389 p.

BÉCHILLON (de) Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, 577 p.

BLACHÈR Philippe (dir.), *La Constitution de la V^e République. 60 ans d'application (1958-2018)*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, 613 p.

BLACHÈR Philippe, *Droit constitutionnel*, Paris, Hachette Supérieur, 2007, 319 p.

BOUDON Julien, *Manuel de droit constitutionnel. Tome I, Théorie générale – Histoire – Régimes étrangers*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 2019, 310 p.

BURDEAU Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 18^e éd., 1977, 690 p.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique. Tome V, Les régimes politiques*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1985, 608 p.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique. Tome IV, Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1983, 648 p.

CAMY Olivier, *Droit constitutionnel critique*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2007, 122 p.

CARCASSONNE Guy, *La Constitution*, Paris, Seuil, 11^e éd., 2013, 465 p.

CHARLOT Patrick (dir.), *L'œuvre de Léo Hamon. Thèmes et figures*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, 316 p.

COMAILLE Jacques, DUMOULIN Laurence, ROBERT Cécile (dir.), *La juridicisation du politique*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 2010, 230 p.

CONSTANTINESCO Vlad, PIERRÉ-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 7^e éd., 2016, 549 p.

CUBERTAFOND Bernard, *Le nouveau droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2008, 263 p.

DENQUIN Jean-Marie, *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Droit politique », 2019, 321 p.

DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 3^eed., coll. « Thémis », 2011, 683 p.

DUHAMEL Olivier, MÉNY Yves (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, 1112 p.

DUVERGER Maurice, *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Tome I, *Les grands systèmes politiques*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1990, 18^e éd., 603 p.

DUVERGER Maurice, *Les constitutions de la France*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2006, 15^e éd., 127 p.

EL-HELW Maged, *La coutume constitutionnelle en droit public français*, Paris, Librairie Duchemin, 1976, 160 p.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 22^e éd., 2020, 1147 p.

FAVOREU Louis, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, 153 p.

FLAUSS Jean-François (dir.), *L'enseignement du droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 218 p.

FOURMONT Alexis, *L'opposition parlementaire en droit constitutionnel. Étude comparée : France-Allemagne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2019, 562 p.

GÉLIN-RACINOUX Laurence, *Recherches sur le rapport de la constitution au temps. Le droit constitutionnel français entre discontinuité et continuité*, Thèse dactyl., Nantes, 2005, 582 p.

GICQUEL Jean, GICQUEL Jean-Éric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Précis Domat droit public », 33^e éd., 2019, 954 p.

GOHIN Olivier, *Droit constitutionnel*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuels », 4^e éd., 2019, 1413 p.

GREN Marie, *Le changement de paradigme constitutionnel. Étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2019, 481 p.

HAMON Francis, TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, LGDJ-Lextenso, coll. « Manuel », 40^e éd., 2019, 894 p.

HAMON Léo, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Paris, coll. « Les cours de droit », 1968-1969, 112 p.

HAURIOU André, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 1972, 978 p.

HERRERA Carlos Miguel, LE PILLOUER Arnaud (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Éditions Kimé, coll. « Nomos & Normes », 2012, 198 p.

HUMMEL Jacky (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2010, 178 p.

HUMMEL Jacky, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Michel Houdiard, coll. « Les sens du droit », 2010, 171 p.

JEANNENEY Julien, *Les lacunes constitutionnelles*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016, 782 p.

KOHLHAUER Elsa, *Le droit politique comme théorie constitutionnelle. Proposition de systématisation*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 2019, 868 p.

LE POURHIET Anne-Marie, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Corpus Droit public », 9^e éd., 2018, 580 p.

LIET-VEAUX Georges, *La Continuité en Droit interne. Essai d'une théorie juridique des Révolutions*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1942, 467 p.

MATHIEU Bertrand, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Paris, LGDJ, coll. « Forum », 2013, 191 p.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PACTET Pierre, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Sirey Université », 37^e éd., 2019, 707 p.

MERCIER Jérémy, *Essai sur le néoconstitutionnalisme. Les implications pratiques du constitutionnalisme contemporain*, Thèse dactyl., Université Paris Ouest Nanterre La Défense - Università degli studi di Genova, 2015, 603 p.

MOREL Benjamin, *Le Sénat et sa légitimité. L'institution interprète d'un rôle constitutionnel*, Thèse dactyl., Université Paris Saclay-École normale supérieure de Cachan, 2016, 889 p.

PAPATOLIAS Apostolos, *Conception mécaniste et conception normative de la Constitution*, Athènes-Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas-Bruylant, coll. « Bibliothèque européenne droit constitutionnel-science politique », 2000, 528 p.

PEYROUX-SISSOKO Marie-Odile, *L'ordre public immatériel en droit public français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2018, 598 p.

PONTHOREAU Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, 401 p.

PONTHOREAU Marie-Claire, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1994, 280 p.

PRÉLOT Marcel, BOULOUIS Jean, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz, 9^e éd., 1984, 894 p.

QAZBIR Hanan, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2015, 525 p.

ROSSETTO Jean, *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels* [1982], Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & essais », 2019, 414 p.

ROUSSEAU Dominique, GAHDOUN Pierre-Yves, BONNET Julien, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat Droit public », 11^e éd., 2016, 870 p.

ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat Droit public », 10^e éd, 2013, 584 p.

ROUSSEAU Dominique, VIALA Alexandre, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2004, coll. « Pages d'amphi », 480 p.

ROUSSILLON Henry, BIOY Xavier, MOUTON Stéphane, *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, 409 p.

ROUVILLOIS Frédéric, *Droit constitutionnel. 1. Fondements et pratiques*, Paris, Flammarion, coll. « Champs Université », 6^e éd., 2017, 363 p.

SAUNIER Claire, *La doctrine des « questions politiques ». Étude comparée : Angleterre, France, États-Unis*, Thèse dactyl., Paris II, 2019, 720 p.

SEURIN Jean-Louis (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, coll. « Politique Comparée », 1984, 241 p.

SUEUR Jean-Jacques, *Pour un droit politique. Contribution à un débat*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. « DIKÈ », 2011, 331 p.

TROPER Michel, CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome I, Paris, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2012, 815 p.

TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. « Quadrige », 2^e éd., 2007, 846 p.

TURPIN Dominique, *Contentieux constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 1994, 543 p.

TURPIN Dominique, *Contentieux constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1986, 346 p.

VERPEAUX Michel, *Droit constitutionnel français*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 2015, 621 p.

VILLIERS (de) Michel, LE DIVELLEC Armel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, coll. « Dictionnaires Sirey », 11^e éd., 2017, 407 p.

ZOLLER Elisabeth, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 1999, 642 p.

B. ARTICLES

ALTWEGG-BOUSSAC Manon, « Le droit politique, des concepts et des formes », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 57.

ALTWEGG-BOUSSAC Manon, « Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion ? », *Jus Politicum*, n° 19, 2018, p. 7.

AMSELEK Paul, « Théorie du droit et politique », *APD*, Tome 27, 1982, p. 411.

ANTOINE Aurélien, « Faut-il distinguer les constitutionnalismes juridique et politique ? Les enseignements du cas britannique » in Cercle des constitutionnalistes, *Les 60 ans de la Constitution. 1958-2018*, Paris, Dalloz, 2018, p. 141.

ATIAS Christian, « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, n° 7, 1991, p. 435.

AVRIL Pierre, « Penser le droit politique (suite) », *Jus Politicum*, « Actualités », 4 décembre 2018 [en ligne].

AVRIL Pierre, « Penser le droit politique », *Jus Politicum*, « Actualités », 6 novembre 2018 [en ligne].

AVRIL Pierre, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V^e République », *Pouvoirs*, n° 126, 2008, p. 5.

AVRIL Pierre, « Changeante et immuable ? » in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 13.

AVRIL Pierre, « Une “survivance” : le droit constitutionnel non écrit ? » in *Mélanges Philippe Ardant. Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p. 3.

AVRIL Pierre, « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 49, 1989, p. 5.

BARANGER Denis, « Théorie et pratique du principe de majorité dans les droits constitutionnels européens », *Jus Politicum*, n° 15, 2016 [en ligne].

BARANGER Denis, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels (À propos de l’ouvrage de Manon Altwegg-Boussac) », *Jus Politicum*, n° 11, 2013 [en ligne].

BARANGER Denis, « “Le piège du droit constitutionnel”. I. L’histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 3, 2009 [en ligne].

BARANGER Denis, « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V^e République », *Droits*, n° 44, 2006, p. 33.

BARANGER Denis, « La fin de la morale constitutionnelle (de la “constitution coutumière” aux conventions de la constitution) », *Droits*, n° 32, 2000, p. 47.

BARANGER Denis, « Temps et constitution », *Droits*, n° 30, 1999, p. 45.

BARGUES Cécile, LEMAIRE Elina, ROYNIER Céline, « Le droit politique face à la Cinquième République. Propos introductifs », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 5.

BATIFFOL Henri, « La loi et la liberté », *APD*, Tome 25, 1980, p. 79.

BAUMERT Renaud, « Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 209.

BAUMERT Renaud, « En relisant Pierre Avril, “Penser le droit politique” (2018) », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 107.

BEAUD Olivier, « Faire du droit constitutionnel un droit politique. La thèse de Jean Rossetto », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 13.

BEAUD Olivier, « Où va le droit (constitutionnel) ? », *JCP G*, n° 40, 2019, doct. 1022.

BEAUD Olivier, « L’histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l’État », *Jus Politicum*, n° 2, 2010, p. 31.

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

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

BEAUD Olivier, « Les conventions de la constitution. À propos de deux thèses récentes », *Droits*, n° 3, 1986, p. 125.

BIDEGARAY Christian, EMERI Claude, « Du droit constitutionnel au gouvernement comparé » in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 447.

BLACHÈR Philippe, « Moraliser la politique par la loi ? Observations sur les lois “confiance dans la vie politique” », *RDP*, 2018, p. 340.

BLACHÈR Philippe, « L'environnement, objet incongru du droit constitutionnel » in *Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2014, p. 139.

BLANQUER Jean-Michel, « La distance parcourue : de l'ordre institutionnel à l'ordre constitutionnel » in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 25.

BOCKEL Alain, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur » in *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, « Collection Politique comparée », 1982, p. 43.

BONNET Julien, « La communication juridictionnelle, nouvel objet du droit », *AIJC*, n° 33, 2017, p. 13.

BORELLA François, « La situation actuelle du droit constitutionnel », *RFDC*, n° 89, 2012, p. 3.

BOTTINI Eleonora, « Le droit politique et le dépassement de la sanction en droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 75.

BOUDON Julien, « Le mauvais usage des spectres. La séparation “rigide” des pouvoirs », *RFDC*, n° 78, 2009, p. 247.

BOULOUIS Jean, « Les limites du droit constitutionnel », *RIDC*, n° 2, 1986, p. 601.

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

BOYER Pierre-Xavier, « Constitutionnalisme de la raison et constitutionnalisme des passions », *RFHIP*, n° 18, 2003, p. 279.

BRUNET Pierre, « Remarques critiques sur le constitutionnalisme contemporain » in *Droit et économie, interférences et interactions. Études en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Paris, LexisNexis, 2009, p. 51.

CAPITANT René, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 20 décembre 1929, rééd. *RDP*, 1979, p. 959.

CARTIER Emmanuel, « Entre validité et effectivité, ruptures et continuités du droit constitutionnel » in G. KOUBI, G. LE FLOCH et G. J. GUGLIELMI (dir.), *La notion de continuité, des faits au droit*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2011, p. 177.

CHARLIER Robert-Édouard, « Évolution et situation présente de la notion de “droit constitutionnel” » in *Histoire des idées et idées sur l'histoire. Études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris, Éditions Cujas, 1977, p. 31.

CHEVALLIER Jacques, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel » in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 183.

CHEVALLIER Jacques, « Science du droit et science du politique. De l'opposition à la complémentarité » in CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 251.

CHEVALLIER Jacques, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1375.

COMMAILLE Jacques, « Dévoiler la fonction politique de la justice pour favoriser son exercice critique », *Délibérée*, n° 1, 2017, p. 28.

DELCAMP Alain, « Après le triomphe du “droit constitutionnel jurisprudentiel”, peut-on encore “penser” les institutions ? », *RFDC*, n° 100, 2014, p. 865.

DELPÉRÉE Francis, « Le renouveau du droit constitutionnel », *RFDC*, n° 74, 2008, p. 227.

DENQUIN Jean-Marie, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP*, 2014, p. 1472.

DENQUIN Jean-Marie, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *Jus Politicum*, n° 7, 2012 [en ligne].

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

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

DENQUIN Jean-Marie, « Éléments pour une théorie constitutionnelle », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle série, n° 8, 2006, p. 101.

DENQUIN Jean-Marie, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, n° 32, 2000, p. 33.

DEROSIER Jean-Philippe, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *RFDC*, n° 76, 2008, p. 785.

DRAGO Guillaume, « La mutation des sources en droit du contentieux constitutionnel », *RDA*, n° 6, 2012, p. 47.

FAVOREU Louis, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 71.

FAVOREU Louis, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel. Chronique constitutionnelle », *RDP*, 1986, p. 434.

FRANÇOIS Bastien, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique » in CURAPP, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 210.

GAUDEMET Paul, « La séparation des pouvoirs. Mythe et Réalité », *Recueil Dalloz*, 1961, p. 121.

GAUDIN Hélène, ROUSSEAU Dominique, « Le droit constitutionnel européen en débat », *RDP*, 2008, p. 721.

GREWE Constance, « L'actualité du droit constitutionnel ou la résurrection d'une discipline juridique » » in *Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 85.

GUÉNAIRE Michel, « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 146.

GUSY Christoph, « Considérations sur le droit politique », *Jus Politicum*, n° 1, 2008 [en ligne].

HALPÉRIN Jean-Louis, « Une nouvelle République des constitutionnalistes ? », *RDP*, 2014, p. 1494.

HAMON Léo, « Sur une notion en débat », *RDP*, 1984, p. 298.

HOCHMANN Thomas, « Le constitutionnalisme global », *RFDC*, n° 120, 2019, p. 885.

KALUSZYNSKI Martine, « La fonction politique de la justice : regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation » in J. COMMAILLE, M. KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2007, p. 9.

LAQUIÈZE Alain, « L'idée libérale de constitution » in *Institutions et libertés. Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Pierre Machelon*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 571.

LAUVAUX Philippe, « Propositions méthodologiques pour la classification des régimes », *Droits*, n° 32, 2000, p. 109.

LE DIVELLEC Armel, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018, p. 91.

LE DIVELLEC Armel, « Constitution juridique, système de gouvernement et système politique » in *Vies politiques. Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*, Paris, Dalloz, 2018, p. 77.

LE DIVELLEC Armel, « À la recherche du (ou d'un) concept de mutation constitutionnelle ou : les mystères de la notion de constitution » in *Les mutations constitutionnelles*, Paris, Société de législation comparée, coll. « Colloques », 2013, p. 17.

LE DIVELLEC Armel, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum*, n° 4, 2010 [en ligne].

LE DIVELLEC Armel, « Un ordre constitutionnel confus. Indiscrétion et incertitudes de la Constitution française » in *1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 147.

LE DIVELLEC Armel, « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre "droit de la constitution" et système de gouvernement », *Droits*, n° 44, 2006, p. 101.

LE PILLOUER Arnaud, « "Droit politique" et "Réalisme nanterrois". Considérations sur la méthode et l'objet du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 93.

LÉVY Denis, « Les sources du droit constitutionnel » in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 207.

LÉVY Denis, « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 81.

LÉVY Denis, « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel » in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, Tome I, Paris, LGDJ, 1974, p. 39.

LLOYD Howell A., « Le constitutionnalisme » in J. H. BURNS (dir.), *Histoire de la pensée politique moderne. 1450-1700*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997, p. 230.

LUCHAIRE François, « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP*, 1981, p. 275.

MAESTRE Jean-Claude, « A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : l'utilité des constitutions », *RDP*, 1973, p. 1275.

MAGNON Xavier, VIDAL-NAQUET Ariane, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, 2018, p. 107.

MAGNON Xavier, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction » in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 233.

MATHIEU Bertrand, « La Constitution a cinquante ans : continuités et ruptures » in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 1.

MATHIOT André, « Agonie de quelques vieux principes » in *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, Tome II, p. 81.

MAUS Didier, « Où en est le droit constitutionnel ? » in *Mouvements du droit public. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 691.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « Les lacunes en droit constitutionnel » in R. BEN ACHOUR (dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 53.

MESTRE Jean-Louis, « L'évolution de l'enseignement du droit constitutionnel à la faculté de droit d'Aix », *Les Cahiers Portalis*, n° 4, 2016, p. 113.

MESTRE Jean-Louis, « Les emplois initiaux de l'expression "droit constitutionnel" », *RFDC*, n° 55, 2003, p. 451.

MEUNIER Jacques, « Les principes non écrits dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative. Éléments de cartographie » in *Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 119.

MEUNIER Jacques, « Traitement d'un complexe doctrinal. L'apport de la stratégie au droit constitutionnel » in G. KOUBI, *Doctrines et doctrine en droit public*, Toulouse, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Constitutions, droit et politique », 1997, p. 99.

MIAILLE Michel, « Le droit constitutionnel et les sciences sociales », *RDP*, 1984, p. 276.

MILLARD Éric, « Quelques bonnes raisons de douter du néo-constitutionnalisme » in V. CHAMPEIL-DESPLATS, J.-M. DENQUIN (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme. Retours critiques*, Paris, Mare et Martin, coll. « Néo-Rétro constitutionnalisme », 2018, p. 245.

MOUTON Stéphane, « D'un dualisme à l'autre ? Les évolutions de la "conception française de la séparation des pouvoirs" dans le constitutionnalisme moderne », *Politeia*, n° 18, 2010, p. 153.

NABLI Bélich, « La notion de contre-pouvoir en droit constitutionnel », *Politeia*, n° 18, 2010, p. 181.

PACTET Pierre, « Réflexions sur le droit constitutionnel et son enseignement », *RDP*, 2010, p. 155.

PFERSMANN Otto, « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique » in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 527.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « La Constitution comme ordre de valeurs » in *La Constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 283.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « Les conventions de la constitution ou le conflit surmonté » in *Les mutations constitutionnelles*, Paris, Société de législation comparée, coll. « Colloques », 2013, p. 63.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « Reconnaissance et désaveu en droit politique (I) : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus Politicum*, n° 5, 2010 [en ligne].

PIMENTEL Carlos-Miguel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum*, n° 1, 2008 [en ligne].

PINON Stéphane, « Les visages cachés du constitutionnalisme global », *RFDC*, n° 108, 2016, p. 927.

PINON Stéphane, « Le “nouveau droit constitutionnel” à travers les âges » in K. MAVRIAS et F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *Constitution, enseignement et doctrine*, Éditions Ant. N. Sakkoulas et Bruylant, 2011, p. 1.

POIRMEUR Yves, « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme » in CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 13.

POIRMEUR Yves, ROSENBERG Dominique, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français » in D. LOCHAK (dir.), CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1989, p. 230.

RAYNAL Pierre-Marie, « Les enjeux institutionnels du savoir politique sous la Cinquième République », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 181.

RAYNAUD Philippe, « Le droit et la science politique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009 [en ligne].

REHDER Britta, « What Is Political about Jurisprudence? Courts, Politics and Political Science in Europe and the United States », *Max Planck Institut für Gesellschaftsforschung*, Discussion Paper 07/5, 2007.

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

RIALS Stéphane, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, p. 81.

RIALS Stéphane, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », *RDP*, 1984, p. 587.

RIALS Stéphane, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. À propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *La revue administrative*, n° 189, 1979, p. 265.

RICCI Jean-Claude, « Droit et science politique : tandem ou guerre ouverte ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 1, 2014, p. 71.

ROBLOT-TROIZIER Agnès, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018.

ROUSSEAU Dominique, « Le nouvel horizon du droit constitutionnel ? » in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 887.

ROUSSEAU Dominique, « Questions de constitution », *Politique et Sociétés*, Vol. 19, 2000, p. 9.

ROUSSEAU Dominique, « Les constitutionnalistes, les politistes et le “renouveau” de l'idée de constitution » in CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 40.

ROUSSEAU Dominique, « La Constitution ou la politique autrement », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 176.

ROUSSEAU Dominique, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 5.

ROUSSEL Violaine, « La judiciarisation du politique, réalités et faux semblants », *Mouvements*, n° 29, 2003, p. 12.

SAINT-BONNET François, « L'histoire du droit constitutionnel » in J. KRYNEN, B. D'ALTEROCHE (dir.), *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Histoire du droit », 2014, p. 239.

SAINT-BONNET François, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus Politicum*, n° 2, 2009 [en ligne].

SAINT-BONNET François, « De la longévité de la V^e République. Le nouveau droit constitutionnel et ses gardiens » in *1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 135.

SAINT-BONNET François, « Le droit contre la loi. Regard sur les mutations du droit constitutionnel au XX^e siècle » in S. GOYARD-FABRE, *L'État au XX^e siècle*, Paris, Vrin, coll. « Histoire des idées et des doctrines », 2004, p. 111.

SAINT-BONNET François, « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits*, 2000, n° 32, p. 7.

SAINT SERNIN (DE) Jean, EHRHARD Thomas, « Institutions politiques et droit constitutionnel, entre insertions et dépassements » in *Vies politiques. Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*, Paris, Dalloz, 2018, p. 99.

SCHOETTL Jean-Eric, « Fraternité et Constitution. Fraternité et souveraineté », *RFDA*, 2018, p. 959.

TETANG Franc de Paul, « La dimension européenne des manuels de droit constitutionnel français », *RDP*, 2013, p. 155.

TROPER Michel, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *CCC*, n° 28, 2010.

TROPER Michel, « Le constitutionnalisme entre droit et politique » in CURAPP, *Droit et politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 82.

TROPER Michel, « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 945.

TROPER Michel, « L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16 », *Droits*, n° 8, 1988, p. 111.

TROPER Michel, « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel », *RDP*, 1984, p. 263.

TROPER Michel, « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle » in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier*, Paris, Éditions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, p. 309.

TROPER Michel, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *Pouvoirs*, n° 4, 1978, p. 61.

TUSSEAU Guillaume, « La V^e République et l'évitement (provisoire ?) de la crise : du droit constitutionnel à la science du droit constitutionnel » in Cercle des constitutionnalistes, *Les 60 de la Constitution. 1958-2018*, Paris, Dalloz, 2018, p. 45.

VEDEL Georges, « La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989 », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 5.

VEDEL Georges, « L'inexpérience constitutionnelle de la France » in *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, Tome II, p. 433.

VEDEL Georges, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge » in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Tome II, Paris, LGDJ, 1974, p. 777.

VERDIER Marie-France, « Les nouveaux aspects du constitutionnalisme. Nouvelle aurore ou crépuscule du droit constitutionnel ? », *Politeia*, n° 18, 2010, p. 91.

VERPEAUX Michel, « Les principes en droit constitutionnel » in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 2008, p. 149.

VIALA Alexandre, « Le droit constitutionnel européen, un nouvel objet pour une nouvelle discipline ? », *RFDC*, n° 120, 2019, p. 929.

VIALA Alexandre, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêtiste. Questions de méthode », *RDP*, 2016, p. 1137.

VIALA Alexandre, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline » in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 519.

VIALA Alexandre, « L'esprit des constitutions par-delà les changements » in A. VIALA (dir.), *La constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, coll. « Bibliothèque de droit », 2003, p. 27.

ZOLLER Elisabeth, « La mutation des sources du droit constitutionnel », *RDA*, n° 6, 2012, p. 33.

V. – JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

A. OUVRAGES

BLACHÈRE Philippe, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, 246 p.

BLIN François, *Le "gouvernement des juges" en France sous la V^e République. Mythe ou réalité ? Étude du contrôle de Constitutionnalité des lois*, Thèse dactyl., Université des Sciences sociales de Toulouse, 1991, 284 p.

BONNET Julien, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2009, 716 p.

BOTTINI Eleonora, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2016, 699 p.

CARPENTIER Elise, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, Paris, L.G.D.J.-Varenes, « Collection des Thèses », 2006, 545 p.

CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité. XVIII^e-XX^e siècle*, Paris, Panthéon-Assas, coll. « Droit public », 2003, 216 p.

DI MANNO Thierry, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1997, 617 p.

DISANT Mathieu, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2010, 868 p.

DRAGO Guillaume, FRANÇOIS Bastien, MOLFESSIS Nicolas (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, 415 p.

FAVOREU Louis, *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, 1250 p.

FAVOREU Louis *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 19^e éd., 2018, 1056 p.

FAVOREU Louis, MASTOR Wanda, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2^e éd., 2016, 169 p.

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

HAMON Léo, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Paris, Fayard, 1987, 300 p.

HAULBERT Marine, *L'interprétation normative par les juges de la QPC*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2020, 1134 p.

HOURQUEBIE Fabrice, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^e République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 678 p.

LUCHAIRE François, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, 435 p.

MAGNON Xavier, ESPUGLAS Pierre, MASTOR Wanda et MOUTON Stéphane (dir.), *Question sur la question 3 (QSQ). De nouveaux équilibres institutionnels ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2014, 219 p.

MATHIEU Bertrand, MACHELON Jean-Pierre, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, ROUSSEAU Dominique, PHILIPPE Xavier *et alii*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1986*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2^e éd., 2014, 618 p.

MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1998, 204 p.

MONTALIVET (de) Pierre, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2006, 680 p.

MOUTON Stéphane (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2016, 324 p.

PINI Joseph, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, Thèse dactyl., Aix-en-Provence, 1997, 453 p.

POULLAIN Bernard, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Paris/Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1990, 309 p.

RENOUX Thierry, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Paris, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1984, 606 p.

ROUSSEAU Dominique, PASQUINO Pasquale (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris, Mare et Martin, coll. « Néo-rétro constitutionnalisme », 2018, 152 p.

ROUSSEAU Dominique (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, Paris, L'Harmattan, coll. « Inter-national », 2004, 175 p.

ROUSSEAU Dominique, BLACHÈR Philippe, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs », 4^e éd., 2020, 160 p.

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

ROUSSEAU Dominique, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes & Cie, coll. « Droit », 1997, 194 p.

ROUSSILLON Henry, ESPLUGAS Pierre, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 7^e éd., 2011, 218 p.

SALLES Sylvie, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2016, 779 p.

VIALA Alexandre, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1999, 318 p.

B. ARTICLES

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen. La conviction d'une piste à exploiter », *CCC*, n° 27, 2010 [en ligne].

AUTEXIER Christian, « Le nouveau Conseil constitutionnel. Essai de définition de la fonction d'un contrôleur de constitutionnalité dans les démocraties occidentales » in *Mélanges Jacques Teneur*, Lille, Université de droit et de la santé, Collection des travaux de la Faculté des sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Lille, 1977, p. 5.

AVRIL Pierre, « L'autorité du Conseil constitutionnel » in J. FOYER, G. LEBRETON, C. PUIGELIER (dir.), *L'autorité*, Paris, PUF, coll. « Cahiers des sciences morales et politiques », 2008, p. 129.

AVRIL Pierre, « Le juge et le représentant », *Le Débat*, n° 74, 1993, p. 151.

AVRIL Pierre, « La justice constitutionnelle est politique », *Commentaires*, n° 35, 1986, p. 416.

BARANGER Denis, « Comprendre le "bloc de constitutionnalité" », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018, p. 103.

BEAUD Olivier, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018, p. 143.

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

BÉCHILLON (de) Denys, « Le Conseil est-il mou ? », *Commentaire*, n° 138, 2012, p. 474.

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

BÉCHILLON (de) Denys, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? » in *Libre propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006 p. 29.

BLACHÈR Philippe, « Le contrôle par le Conseil constitutionnel des lois constitutionnelles », *RDP*, 2016, p. 545.

BLACHÈR Philippe, « Le président de la République et le Gouvernement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 50, 2016, p. 29 [en ligne].

BLACHÈR Philippe, « Constitution et droit du travail : Cinq ans de QPC », *LPA*, n° 182, 2015, p. 4.

BLACHÈR Philippe, « Le Conseil constitutionnel et la clarté de la loi » in *Institutions et libertés. Mélanges en l'honneur du Doyen Jean-Pierre Machelon*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 81.

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

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

BLACHÈR Philippe, PROTIÈRE Guillaume, « Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires », *RFDC*, n° 69, 2007, p. 123.

BLACHÈR Philippe, « Les temps de la saisine du Conseil constitutionnel » in A. VIALA (dir.), *La constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, coll. « Bibliothèque de droit », 2003, p. 237.

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

BLONDEAU Florence, « Léo Hamon, premier annotateur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel » in *Revue d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 27, 2007, p. 481.

BORGETTO Michel, « La fraternité devant le Conseil constitutionnel », *JCP G*, n° 30-35, 2018, doct. 876

BOUTIN Christophe, « Représentation et pluralisme : les ambiguïtés du Conseil constitutionnel » in *Légitimité du pouvoir politique et représentation*, Paris, Éditions Cujas, coll. « Travaux du Centre de recherches Hannah Arendt », 2008, p. 75.

BOUVIER Vincent, « La nature du contrôle de constitutionnalité », *Droits*, n° 9, 1989, p.143.

BOUVIER Vincent, « Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *Droits*, n° 3, 1986, p. 87.

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

CAPORAL Stéphane, « Le gouvernement des juges : protection des droits ou captation du politique ? » in *Justice et État*, Aix-en-Provence, PUAM, « Collection d'Histoire des Idées Politiques », 2014, p. 421.

CARCASSONNE Guy, « Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008 », *CCC*, Hors-série 2009, Colloque du cinquantenaire [en ligne].

CARCASSONNE Guy, « Une voie sans issue ? La recherche de variables politiques objectives », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, nouvelle éd. 1991, p. 101.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 », *RDLF*, avril 2020 [en ligne].

DAUGERON Bruno, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018.

DEBRÉ Jean-Louis, « Le Conseil constitutionnel : une réussite inattendue de la V^e République » in *1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 309.

DELPÉRÉE Francis, « Le Conseil constitutionnel : état des lieux », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 5.

DRAGO Guillaume, « Les différents types de contentieux ou 5000 décisions en 60 ans », *NCCC*, n° 58, 2018, p. 5.

DRAGO Guillaume, « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *RFDC*, n° 84, 2010, p. 751.

DRAGO Guillaume, « Le Conseil constitutionnel à la croisée des chemins » in *AFDC, 1958-2008, 50^e anniversaire de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2008, p. 315.

DRAGO Guillaume, « Réformer le Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p.73.

DRAGO Guillaume, « Justice constitutionnelle », *Droits*, 2001, n° 34, p. 119.

DRAGO Guillaume, « La conciliation entre principes constitutionnels », *Recueil Dalloz*, 1991, p. 265.

EISENMANN Charles, HAMON Léo, « La Juridiction Constitutionnelle en Droit Français. (1875-1961) » in *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Köln-Berlin, Carl Heymanns, 1962, p. 231.

EMERI Claude, « Gouvernement des juges ou veto des sages ? », *RDP*, 1990, p. 335.

FAVOREU Louis, « Légalité et constitutionnalité », *CCC*, n° 3, 1997, p. 73.

FAVOREU Louis, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *La République en droit français*, Economica, 1996, p. 231.

FAVOREU Louis, « La constitutionnalisation du droit » in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25.

FAVOREU Louis, « Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français » in J. LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, Paris-Bruxelles, LGDJ - Bruylant, 1996, p. 61.

FAVOREU Louis, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, Vol. 46, 1994, p. 557.

FAVOREU Louis, « Éditorial », *AJJC*, n° 1, 1985, p. 11.

FAVOREU Louis, « Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale », *RDP*, 1984, p. 1147.

FAVOREU Louis, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP*, 1982, p. 377.

FAVOREU Louis, « Rapport général introductif » in *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, Colloque international, Aix-en-Provence, 19-20-21 février 1981, *RIDC*, 1981, p. 255.

FAVOREU Louis, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, rééd. 1991, p. 17.

FAVOREU Louis, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 33.

FAVOREU Louis, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 5.

FELDMAN Jean-Philippe, « Réflexions par-delà la question prioritaire de constitutionnalité », *Commentaire*, n° 138, 2012, p. 468.

FERRARI Sébastien, « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un continuum constitutionnel », *RFDC*, n° 83, 2010, p. 497.

FRANÇOIS Bastien, « La place du Conseil constitutionnel dans le système politique de la V^e République » in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 75.

FRANÇOIS Bastien, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFSP*, 1997, p. 377.

FRANÇOIS Bastien, « Justice constitutionnelle et "démocratie constitutionnelle". Critique du discours constitutionnaliste européen » in *CURAPP, Droit et politique*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1993, p. 53.

FRANÇOIS Bastien, « Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la V^e République », *Politix*, 1990, p. 92.

FROMONT Michel, « La notion de justice constitutionnelle et le droit français » in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 149.

FROMONT Michel, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », *La Revue administrative*, n° spéc. 7, 1999, p. 36.

GICQUEL Jean-Éric, « La loi organique Covid-19 et l'irrespect non sanctionné de la Constitution », *La Gazette du Palais*, 7 avril 2020, n° 14.

GOYARD Claude, « Unité du droit et justice constitutionnelle » in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 43.

HALPÉRIN Jean-Louis, « La question prioritaire de constitutionnalité : une révolution dans l'histoire du droit français ? », *CCC*, n° 28, 2010 [en ligne].

HAMON Léo, THIBAUD Paul, « Le Conseil constitutionnel et la démocratie. Léo Hamon, Paul Thibaud : un échange », *Le Débat*, n° 43, 1987, p. 69.

HUL Sylvain, « Les « circonstances particulières » que nous vivons actuellement justifient même que le Conseil constitutionnel accepte qu'il soit dérogé à des dispositions de la Constitution relatives à la passation de lois organiques », *LPA*, n° 117, 11 juin 2020, p. 23.

JAN Pascal, « Le Conseil constitutionnel et le dernier mot sur la loi » in *1958-2008. Les 50 ans de la Constitution*, Paris, LexisNexis, 2008, p. 323.

JAN Pascal, « Le Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 99, 2001, p. 71.

JEANNEAU Benoît, « “Juridicisation” et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 », *RDP*, 1989, p. 635.

JEANNENEY Julien, « La non-théorie des “circonstances particulières” », *AJDA*, 2020, p. 843.

JOUANJAN Olivier, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, [en ligne].

JOUANJAN Olivier, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n° 43, 2006, p. 73.

KEELER John, « Confrontations juridico-politiques : le Conseil constitutionnel face au Gouvernement socialiste comparé à la Cour suprême face au New Deal », *Pouvoirs*, n° 35, 1985, p. 133.

KORTMANN Constantin, « Souveraineté et contrôle de constitutionnalité », *Revue administrative*, 1994, p. 574.

LACHARRIÈRE (de) René, « Opinion dissidente », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 133.

LARCHÉ Jacques, « Le Conseil constitutionnel organe du pouvoir d'État », *AJDA*, 1972, p. 132.

LE POURHIET Anne-Marie, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *RDLF*, 2013, chron. n° 5, [en ligne].

LE POURHIET Anne-Marie, « Politiquement correct mais juridiquement incorrect », *Constitutions*, 2010, p. 366.

LE POURHIET Anne-Marie, « L'injustice constitutionnelle » in *Renouveau du Droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 223.

LE POURHIET Anne-Marie, « A propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce Pilate », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, p. 159.

LECA Antoine, « Les grandes étapes du contrôle de constitutionnalité des lois dans la pensée politique européenne d'Aristote à Kelsen », *RRJ-Droit prospectif*, 1987-3, p. 957.

LENOIR Noëlle, « Le métier de juge constitutionnel. Entretien », *Le Débat*, n° 114, 2001, p. 178.

LEVADE Anne, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen. L'intuition d'une piste à explorer », *CCC*, n° 27, 2010 [en ligne].

LIÈBER Sophie-Justice et BOTTEGHI Damien, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355.

LIGNIÈRES Paul, « Fraternité : le Conseil constitutionnel ne peut plus se contenter de coups d'éclat », *Droit administratif*, n° 8-9, 2018, repère 8.

LUCHAIRE François, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP*, 1979, p. 27.

LYON-CAEN Antoine, « Fraternité », *Revue de droit du travail*, 2018, p. 489

MAGNON Xavier, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une "juridiction constitutionnelle", une "cour constitutionnelle" et une "cour suprême" ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles » in *Long cours. Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 305.

MAGNON Xavier, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *NCCC*, n° 38, 2013, [en ligne].

MATHIEU Bertrand, « Fraternité : une onction constitutionnelle porteuse de mutations », *Constitutions*, 2018, p. 389.

MATHIEU Bertrand, « Les décisions créatrices du Conseil constitutionnel », *CCC*, Hors-série 2009, Colloque du cinquantième [en ligne].

MAUS Didier, « La Cour de cassation, juge constitutionnel », *RDP*, 2011, p. 1438.

MAUS Didier, « La notion de contentieux constitutionnel sous la V^e République », *Revue Politique et Parlementaire*, 1980, n° 884, p. 26.

MOLFESSIS Nicolas, « Sur trois facettes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 31, 2011, p. 5.

MOLFESSIS Nicolas, « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 89.

MOREL Benjamin, « L'apport de l'analyse institutionnelle d'Hauriou à l'étude d'une fonction de contre-pouvoir du Conseil constitutionnel », *RDP*, 2018, p. 1625.

NICOLIĆ Pavle, « La légitimité de la justice constitutionnelle et la démocratie. Esquisse pour une étude » in *Droit constitutionnel. Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 307.

PASQUINO Pasquale, « Le contrôle de constitutionnalité : généalogie et morphologie », *CCC*, n° 28, 2010 [en ligne].

PHILIP Loïc, « Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel », *RFSP*, 1984, p. 988.

PHILIPPE Xavier, « La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français. Réflexions après l'adoption de la loi organique », *RFDC*, n° 82, 2010, p. 273.

PIERRÉ-CAPS Stéphane, « Le Conseil constitutionnel et la question du demos » in *Renouveau du Droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 387.

PINI Joseph, « (Simples) réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle », *CCC*, n° 24, 2008 [en ligne].

PIZZORUSSO Alessandro, « Les effets des décisions du juge constitutionnel », *AJJC*, n° 10, 1994, p. 11.

POULLAIN Bernard, « Remarques sur le modèle français de contrôle de constitutionnalité des lois », *Pouvoirs*, n° 30, 1984, p. 121.

RENOUX Thierry, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », *Recueil Dalloz*, 1991, p. 169.

RESTIER-MELLERAY Christiane, « Opinion publique et démocratie. Les débats parlementaires et la réforme de la saisine du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1991, p. 1039.

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

RIVERO Jean, « Des juges qui ne veulent pas gouverner. Note sous CC, 74-54 DC du 15 janvier 1975 », *AJDA*, 1975, p. 137.

RIVERO Jean, « Note sous la décision du 16 juillet 1971 », *AJDA*, 1971, p. 537.

ROBERT Jacques, « Le Conseil constitutionnel a-t-il démérité ? » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 861.

ROBLOT-TROIZIER Agnès, « Le Conseil constitutionnel et les "questions de société" (Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques) », *NCCC*, n° 46, 2015 [en ligne].

ROBLOT-TROIZIER Agnès, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *NCCC*, n° 40, 2013 [en ligne].

ROBLOT-TROIZIER Agnès, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 691.

ROLLAND Patrice, « Faut-il craindre le gouvernement des juges ? » in M. WIEVIORKA (dir.), *Rendre (la) justice*, Auxerre, Sciences Humaines Éditions, coll. « Les entretiens d'Auxerre », 2013, p. 159.

ROUSSEAU Dominique, « Rapport général » in D. ROUSSEAU (dir.), *Les Cours constitutionnelles, garantie de la qualité démocratique des sociétés ?*, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2019, p. 1.

ROUSSEAU Dominique, « Enfin une bonne nouvelle : le principe de fraternité existe ! », *Gazette du Palais*, n° 26, 2018, p. 12.

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

ROUSSEAU Dominique, « Faut-il une Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité des lois ? » in *Constitution et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchestien, Lextenso, 2008, p. 465.

ROUSSEAU Dominique, « Pour une Cour constitutionnelle ? », *RDP*, n° spécial, 2002, p. 363.

ROUSSEAU Dominique, « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *La Revue administrative*, n° 301, 1998, p. 197.

ROUSSEAU Dominique, « La garantie de la Constitution » in J.-P. CLÉMENT, L. JAUME, M. VERPEAUX (dir.), *Liberté, libéraux et constitutions*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1997, p. 97.

ROUSSEAU Dominique, « Le Conseil constitutionnel (1986-1991). Vie de l'institution et politiques jurisprudentielles », *Pouvoirs*, n° 13, nouvelle éd. 1991, p. 199.

ROUX Jérôme, « Le Conseil constitutionnel et le bon Samaritain. Noblesse et limites du principe constitutionnel de fraternité », *AJDA*, 2018, p. 1781.

ROUX Jérôme, « Le “mariage pour tous” et la constitution : la méthode et le fond (réponse à Alexandre Viala) », *RDLF*, 2013, chron. n° 6 [en ligne].

ROYNIER Céline, « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *Politeia*, n° 26, 2014, p. 155.

SAINT-BONNET François, « Le juge constitutionnel, représentant du souverain : la renaissance d'une acception ancienne de la représentation » in *Légitimité du pouvoir politique et représentation*, Paris, Éditions Cujas, coll. « Travaux du Centre de recherches Hannah Arendt », 2008, p. 91.

SAINT-BONNET François, « Les ascendances inopinées de la V^e République » in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 81.

SAINT-BONNET François, « La double genèse de la justice constitutionnelle en France. La justice politique au prisme des conceptions françaises », *RDP*, 2007, p. 753.

SAINT-BONNET François, « Le Conseil d'État, juge constitutionnel. Une propédeutique administrativiste pour le nouveau droit constitutionnel » in Grégoire BIGOT et Marc BOUVET (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, coll. « Colloques & débats », 2006, p. 289.

STONE SWEET Alec, « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *CCC*, n° 25, 2009 [en ligne].

TALON Méliandre, « Le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement : un mythe du droit constitutionnel », *RDP*, 2020, p. 137.

TROPER Michel, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *CCC*, n° 22, 2007 [en ligne].

TROPER Michel, « La logique de justification du contrôle de constitutionnalité des lois » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 911.

TROPER Michel, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 31.

TURPIN Dominique, « Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui », *Commentaire*, n° 58, 1992, p. 381.

TUSSEAU Guillaume, « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 5.

VEDEL Georges, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel » in *Nouveaux Juges, Nouveaux Pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 537.

VEDEL Georges, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le Débat*, n° 55, 1989, p. 61.

VEDEL Georges, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 209.

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

VERPEAUX Michel, « Fraternité et Constitution. Constitutionnalisation et Constitution », *RFDA*, 2018, p. 966.

VERPEAUX Michel, « Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2020, p. 839.

VIALA Alexandre, « La consécration du droit naturel moderne dans la décision du Conseil constitutionnel relative au mariage gay », *AIJC*, n° 30, 2014, p. 77.

VIALA Alexandre, « Un PFRLR contre le mariage gay ? : quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF*, 2013, chron. n° 4, [en ligne].

VIDAL-NAQUET Ariane, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 899.

WALINE Jean, « Existe-t-il un gouvernement du juge constitutionnel en France ? » in *Renouveau du Droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 487.

VI. – LÉGITIMITÉ & LÉGITIMATION DU POUVOIR : SOUVERAINETÉ, DÉMOCRATIE, REPRÉSENTATION, ÉLECTION

A. OUVRAGES

BEAUD Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, 512 p.

BRUNET Pierre, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ - Bruylant, coll. « La pensée juridique », 2004, 396 p.

CAYLA Olivier, HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), *Néo ou rétro constitutionnalismes ? Mises en perspective de la démocratie constitutionnelle contemporaine*, Paris, Mare et Martin, coll. « Néo-Rétro constitutionnalisme », 2018, 231 p.

COICAUD Jean-Marc, *Légitimité et politique. Contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1997, 328 p.

DAUGERON Bruno, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2011, 1298 p.

DAVID Marcel, *La souveraineté du peuple*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1996, 337 p.

DENQUIN Jean-Marie, *La monarchie aléatoire*, Paris, PUF, coll. « Béhémot », 2001, 143 p.

DE SMET François, *Aux origines théologiques de la souveraineté*, Bruxelles, E.M.E, coll. « Divin et Sacré », 2012, 120 p.

DE SMET François, *Le mythe de la souveraineté. Du Corps au Contrat social*, Bruxelles, E.M.E, coll. « Politique et culture », 2011, 273 p.

FERRERO Guglielmo, *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, Paris, Plon, 1945, 292 p.

FONTAINE Laureline (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2011, 380 p.

GIRARD Charles, LE GOFF Alice (éds.), *La démocratie délibérative. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann, coll. « L'Avocat du diable », 2010, 550 p.

GOYARD-FABRE Simone, *Qu'est-ce que la démocratie ? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine*, Paris, Armand Colin, « Collection U », 1998, 237 p.

JOUVENEL (de) Bertrand, *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », 1972, 607 p.

JOUVENEL (de) Bertrand, *De la souveraineté. À la recherche du bien politique*, Paris, Éditions Génin – Librairie de Médicis, 1955, 376 p.

LE FUR Louis, *L'État, la Souveraineté et le Droit*, Trebnitz, s.n., s.d., 35 p.

LEV Amnon, « Sovereignty and Federalism: Inventing and Reinventing Public Law », *Jus Politicum*, n° 17, 2017, p. 191.

MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, coll. « Grands Colloques », 2006, 229 p.

MAIRET Gérard, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Essais », 1997, 311 p.

MANIN Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, coll. « Champs Essais », 2012, 347 p.

MATHIEU Bertrand, *Le droit contre la démocratie ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Forum », 2017, 303 p.

PINOT DE VILLECHENON Olivier, *Le pouvoir illégitime*, Paris, Lettres du Monde, 1993, 91 p.

ROSANVALLON Pierre, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2008, 367 p.

ROSANVALLON Pierre, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2000, 440 p.

ROSANVALLON Pierre, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 1998, 379 p.

ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992, coll. « Bibliothèque des histoires », 490 p.

ROUSSEAU Dominique, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015, 230 p.

ROUSSEAU Dominique (dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ – Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », 1995, 165 p.

VIALA Alexandre (dir.), *La démocratie : mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2014, 275 p.

B. ARTICLES

BARANGER Denis, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Vol. 4, 2012, p. 259.

BASTID Paul, « L'idée de légitimité » in P. BASTID *et al.*, *Annales de philosophie politique. L'idée de légitimité*, n° 7, Paris, PUF, 1967, p. 1.

BEAUD Olivier, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg. Ou comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie », *Jus Politicum*, n° 8, 2012 [en ligne].

BEAUD Olivier, « Compétence et souveraineté » in AFDA, *La compétence*, Paris, Litec, « Colloques & débats », 2008, p. 5.

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

BEAUD Olivier, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel » in A. AUER, J.-F. FLAUSS (dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 125.

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

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

BRUNET Pierre, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 5.

BURDEAU Georges, « La conception du pouvoir selon la Constitution française du 4 octobre 1958 », *RFSP*, 1959, p. 87.

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

CAPORAL Stéphane, « Le peuple : un souverain sous contrôle », *Politeia*, n° 16, 2009, p. 529.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Les règles du jeu démocratique chez Norberto Bobbio », *Droit & Philosophie*, Vol. 7, 2015, p. 145.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Démocratie, droits de l'homme et contrôle de constitutionnalité chez Norberto Bobbio » in C.-M. HERRERA, S. PINON (dir.), *La démocratie entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, Paris, Éditions Kimé, coll. « Nomos & normes », 2012, p. 26.

CHEVALLIER Jacques, « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? » in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 361.

COHENDET Marie-Anne, « Légitimité, effectivité et validité » in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 201.

COLLIOT-THÉLENE Catherine, « La démocratie : entre libéralisme et radicalité », *Esprit*, 2015, p. 114.

CUBERTAFOND Bernard, « Souverainetés en crise ? », *RDP*, 1989, p. 1273.

DAUGERON Bruno, « Démocratie directe » in O. DARD, C. BOUTIN, F. ROUVILLOIS (dir.), *Le dictionnaire des populismes*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2019, p. 330.

DAUGERON Bruno, « Définir la démocratie grâce au droit ? Regards de théorie constitutionnelle » in V. CHAMPEIL-DESPLATS, J.-M. DENQUIN (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme. Retours critiques*, Paris, Mare et Martin, coll. « Néo-Réto constitutionnalisme », 2018, p. 141.

DAUGERON Bruno, « Démocratie » in F. ROUVILLOIS, O. DARD, C. BOUTIN (dir.), *Le dictionnaire du conservatisme*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2017, p. 289.

DAUGERON Bruno, « Élections » in F. ROUVILLOIS, O. DARD, C. BOUTIN (dir.), *Le dictionnaire du conservatisme*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2017, p. 348.

DAUGERON Bruno, « De la démocratie aux droits fondamentaux : transition ou substitution ? », *Politeia*, n° 30, 2016, p. 227.

DAUGERON Bruno, « De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoralisation de la volonté collective », *Jus Politicum*, Vol. VI, 2014, p. 45.

DAUGERON Bruno, « Les électeurs sont-ils le peuple ? Peuple, citoyens, électeurs en droit constitutionnel. Essai de distinction théorique » in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 155.

DAUGERON Bruno, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *RFAP*, n° 137-138, 2011, p. 21.

DAUGERON Bruno, « Les transformations du concept de représentation en droit constitutionnel contemporain : l'expression d'une mutation majeure du constitutionnalisme », *Politeia*, n° 18, 2010, p. 222.

DAUGERON Bruno, « La “démocratie représentative” : une contradiction ? » in *Droit, politique et littérature. Mélanges offerts au professeur Yves Guchet*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 35.

DENQUIN Jean-Marie, « Du peuple, par le peuple, pour le peuple » in O. DARD, C. BOUTIN, F. ROUVILLOIS (dir.), *Le dictionnaire des populismes*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2019, p. 385.

DENQUIN Jean-Marie, « Volonté générale, opinion publique, représentation », *Jus Politicum*, Vol. VI, 2014, p. 71.

DENQUIN Jean-Marie, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus Politicum*, n° 2, 2010, p. 165.

DENQUIN Jean-Marie, « Que veut-on dire par “démocratie” ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 2, 2009 [en ligne].

EISENMANN Charles, « Sur la légitimité juridique des gouvernements » in P. BASTID *et al.*, *Annales de philosophie politique. L'idée de légitimité*, n° 7, Paris, PUF, 1967, p. 97.

FAVOREU Louis, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 71.

FÉVRIER Jean-Marc, « Sur l'idée de légitimité », *RRJ-Droit prospectif*, 2002-1, p. 367.

GIRARD Charles, « La démocratie par la délibération ? », *Idées économiques et sociales*, n° 173, 2013, p. 8.

GIRARD Charles, « La démocratie doit-elle être délibérative ? », *Archives de Philosophie*, Tome 74, 2011, p. 223.

GIRARD Charles, « Jean-Jacques Rousseau et la démocratie délibérative : bien commun, droits individuels et unanimité », *Lumières*, n° 15, 2010, p. 199.

GIRARD Charles, « Raison publique rawlsienne et démocratie délibérative. Deux conceptions inconciliables de la légitimité politique ? », *Raisons politiques*, n° 34, 2009, p. 73.

GOBRY Ivan, « Le fondement de l'autorité politique », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 4, 1983, p. 123.

HUMMEL Jacky, « À qui appartient la volonté générale ? », *Jus Politicum*, Vol. VI, 2014, p. 5.

JAUME Lucien, « “Démocratie illibérale” : une nouvelle notion ? », *Constitutions*, 2019, p. 177.

KLEIN Luc, « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *RFDC*, n° 109, 2017, p. 121.

KRIEGEL Blandine, « Le principe de légitimité » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-PUF- Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 47.

LE POURHIET Anne-Marie, « La limitation du pouvoir politique : la garantie des droits subjectifs face à la démocratie politique », *RFDC*, n° 102, 2015, p. 277.

LE POURHIET Anne-Marie, « Définir la démocratie », *RFDC*, n° 87, 2011, p. 453.

LEPSUS Olivier, « La science du droit public et la démocratie. Quelles sont les tâches de la science du droit dans un ordre juridique démocratiquement élaboré ? », *Jus Politicum*, n° 4, 2010 [en ligne].

MANIN Bernard, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, n° 33, 1985, p. 72.

MAULIN Eric, « Compétence, capacité, pouvoir » in AFDA, *La compétence*, Paris, Litec, « Colloques & débats », 2008, p. 33.

MÉNY Yves, « Révolution constitutionnelle et démocratie : chances et risques d'une nouvelle définition de la démocratie », Colloque Cinquantenaire du Conseil constitutionnel, CCC, hors-série, 2009 [en ligne].

MILACIC Slobodan, « L'éclipse de la démocratie ? » in A. DELCAMP, A.-M. LE POURHIET, B. MATHIEU et D. ROUSSEAU, *Nouvelles questions sur la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2010, p. 123.

MONNIER Raymonde, « “Démocratie représentative” ou “république démocratique” : de la querelle des mots (République) à la querelle des anciens et des modernes », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 325, 2001, [en ligne].

PASSERIN D'ENTRÈVES Alexandre, « Légalité et légitimité » in Paul BASTID *et al.*, *Annales de philosophie politique. L'idée de légitimité*, n° 7, Paris, PUF, 1967, p. 29.

PECES-BARBA Gregorio, « Droit et pouvoir : le pouvoir et ses limites », *RDP*, 1999, p. 1263.

POLIN Raymond, « Analyse philosophique de l'idée de légitimité » in P. BASTID *et al.*, *Annales de philosophie politique. L'idée de légitimité*, n° 7, Paris, PUF, 1967, p. 17.

RAYNAUD Philippe, « La démocratie saisie par le droit », *Le Débat*, n° 87, 1995, p. 80.

RIALS Stéphane, « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation (La représentation : continuité ou nécessité ?) » in *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris, Economica-PUAM, 1990, p. 49.

RIVERO Jean, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, n° 5, 1978, p. 57.

ROSANVALLON Pierre, « L'histoire du mot démocratie à l'époque moderne » in M. GAUCHET, P. MANENT, P. ROSANVALLON (dir.), *Situations de la démocratie*, Paris, Gallimard-Seuil, coll. « Hautes études », 1993, p. 11.

ROUSSEAU Dominique, « La démocratie ou le vol de *La Joconde* » in A. DELCAMP, A.-M. LE POURHIET, B. MATHIEU ET D. ROUSSEAU, *Nouvelles questions sur la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2010, p. 141.

ROUSSEAU Dominique, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008 [en ligne].

ROUSSEAU Dominique, « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, n° 96, 1997, p. 73.

ROY Jean, « Souveraineté et principes de légitimité », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 4, 1983, p. 189.

TROPER Michel, « Constitutionnalisme et démocratie » in *Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 143.

TURPIN Dominique, « La notion de représentation politique », *Politeia*, n° 18, 2010, p. 209.

TURPIN Dominique, « Crise de la démocratie représentative », *La Revue administrative*, 1985, p. 330.

VEDEL Georges, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 173.

VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 79.

VII. – ÉTAT DE DROIT & DROIT ET LIBERTÉS

A. OUVRAGES

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2008, 1074 p.

BIRDEN Emre, *La limitation des droits de l'homme au nom de la morale. Etude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Institut Universitaire Varenne, « Collection des Thèses », 2015, 706 p.

CHAGNOLLAUD Dominique, DRAGO Guillaume (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. « Dictionnaires Dalloz », 2010, 751 p.

CHEVALLIER Jacques, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien – Lextenso éditions, coll. « Clefs Politiques », 6^e éd., 2017, 158 p.

D'ONORIO Joël-Benoît (dir.), *La dignité au regard du droit*, Paris, Pierre Téqui, « Collection de la Confédération des juristes catholiques de France », 2015, 187 p.

ETOA Samuel, *Le passage des libertés publiques aux droits fondamentaux. Analyse des discours juridiques français*, Thèse dactyl., Caen, 2010, 460 p.

FATIN-ROUGE STÉFANINI Marthe, GAY Laurence, VIDAL-NAQUET Ariane (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, 352 p.

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MÉLIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PENA Annabelle, PFERSMANN Otto, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 7^e éd., 2015, 774 p.

FAVOREU Louis (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1987, 540 p.

GIMENO-CABRERA Véronique, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2004, 384 p.

HEUSCHLING Luc, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, 739 p.

JOUANJAN Olivier (dir.), *Figures de l'État de droit. Le "Rechtsstaat" dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelles de l'Allemagne*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, « Collection de l'Université Robert Schuman », 2001, 410 p.

LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, coll. « Sirey université », 8^e éd., 2009, 569 p.

LEVINET Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Nemesis, coll. « Droit et justice », 4^e éd., 2012, 828 p.

MEINDL Thomas, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2003, 514 p.

PAVIA Marie-Luce, REVET Thierry (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, 181 p.

RIVERO Jean, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 2^e éd., 1987, 192 p.

RIVERO Jean, *Les libertés publiques*. Tome I, *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1974, 318 p.

WACHSMANN Patrick, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, coll. « Cours Dalloz », 8^e éd., 2017, 927 p.

B. ARTICLES

AVRIL Pierre, « Hégémonie culturelle de l'État de droit » in *Vies politiques. Mélanges en l'honneur de Hugues Portelli*, Paris, Dalloz, 2018, p. 7.

BEAUD Olivier, « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. Ouverture d'un colloque de l'Institut Villey », *Jus Politicum*, n° 5, 2010.

BRAUD Philippe, *La notion de liberté publique en droit français*, 1968, rééd. Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2015, 476 p.

BRUNET Pierre, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit » in S. HENNETTE-VAUCHEZ, J.-M. SOREL, *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », 2011, p. 257.

CARCASSONNE Guy, « Société de droit contre État de droit » in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 37.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Dignité de la personne humaine : peut-on parler d'une exception française ? », *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, PUAM, 2013, p. 173.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus Politicum*, n° 8, 2012 [en ligne].

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, n° 5, 2010 [en ligne].

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification » in A. LYON-CAEN, P. LOKIEC (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005, p. 11.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323.

CHEVALLIER Jacques, « État des droits *versus* État de droit ? » in P.-Y. BAUDOT, A. REVILLARD (dir.), *L'État des droits. Politique des droits et pratique des institutions*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 245.

COHEN Dany, « Le droit à... » in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF-Dalloz- Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 393.

DESMONS Éric, « Peut-on encore critiquer la politique des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 26.

DREYER Emmanuel, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 748.

DONNEDIEU DE VABRES Jacques, « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *EDCE*, 1949, p. 30.

FAVOREU Louis, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 154.

FRAISSEIX Patrick, « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'Homme ? », *RDP*, 2001, p. 531.

GAUCHET Marcel, « À la découverte de la société des individus », *Le Débat*, n° 210, 2020, p. 155.

GAUCHET Marcel, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, n° 110, 2000, p. 258.

GAUCHET Marcel, « Les droits de l'homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, n° 3, 1980, p. 3.

GROSSER Alfred, « Cours constitutionnelles et valeurs de référence. À propos de décisions sur l'avortement », *Pouvoirs*, n° 13, 1991, p. 125.

JORION Benoît, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP*, 1999, p. 197.

LEISNER Walter, « L'État de droit – une contradiction ? » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 65.

LOCHAK Danièle, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, nouvelle éd. 1991, p. 41.

MARTENS Paul, « Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte » in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 562.

MATHIEU Bertrand, « Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l’homme », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 211.

MOUTOUH Hugues, « La dignité de l’homme en droit », *RDP*, 1999, p. 159.

PICARD Etienne, « Les droits de l’homme et l’“activisme judiciaire” », *Pouvoirs*, 2000, n° 93, p. 113.

PICARD Etienne, « L’émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6.

PIMENTEL Carlos-Miguel, « De l’État de droit à l’État de jurisprudence ? Le juge de l’habilitation et la séparation des pouvoirs » in A. PARIENTE (dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2007, p. 9.

RIALS Stéphane, « Ouverture : Généalogie des droits de l’homme », *Droits*, n° 2, 1985, p. 3.

RIVERO Jean, « État de droit, État du droit » in *L’État de droit. Mélanges en l’honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 609.

RIVERO Jean, « Dualité de juridiction et protection des libertés », *RFDA*, 1990, p. 734.

ROUSSEAU Dominique, « L’État de droit est-il un État de valeurs particulières ? » in *L’esprit des institutions, l’équilibre des pouvoirs. Mélanges en l’honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 885.

THÉRON Jean-Pierre, « Dignité et libertés. Propos sur une jurisprudence contestable » in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 295.

TROIANIELLO Antonio, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, n° 124, 2003, p. 58.

WEIL Prosper, « Les techniques de protection des libertés publiques en droit français » in *Mélanges Marcel Bridel*, Lausanne, Université de Lausanne, 1968, p. 609.

VIII. – RAISONNEMENT JURIDICTIONNEL

A. OUVRAGES

CAUDAL Sylvie (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, 304 p.

DEUMIER Pascale (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, 269 p.

MALHIÈRE Fanny, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2013, 665 p.

MASTOR Wanda, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 2005, 361 p.

MASTOR Wanda, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, Paris, Dalloz, coll. « Les sens du droit », 2020, 178 p.

B. ARTICLES

AGUILA Yann, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, n° 21, 1995, p. 9.

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

BLANC Philippe, « Le silence du juge », *RDP*, 2012, p. 1133.

BIGOT Grégoire, « Histoire de la motivation en droit public français » in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, p. 47.

BRUNET Pierre, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n° 39, 2004, p. 197.

CANIVET Guy, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel » in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, p. 231.

FRICERO Natalie, « Délibérations des juges : entre secret et transparence », *Les Cahiers de la Justice*, n° 3, 2014, p. 413.

GENEVOIS Bruno, « Retour sur la motivation des décisions des juridictions suprêmes » in *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 667.

HOURQUEBIE Fabrice, « L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice », *Les cahiers de la Justice*, n° 2, 2014, p. 199.

LAVROFF Dimitri Georges, « Rapport français » in *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Paris, Economica, 1978, p. 180.

LUCHAIRE François, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? "Contre" : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *CCC*, n° 8, 2000 [en ligne].

MASTOR Wanda, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires » in F. HOURQUEBIE, M.-C. PONTTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 87.

MASTOR Wanda, « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », *AIJC*, 2012, p. 11.

MASTOR Wanda, « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 714.

MASTOR Wanda, « Opiner à voix basse... et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés » in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, p. 725.

MASTOR Wanda, « La part prudentielle dans l'œuvre jurisprudentielle (Aristote au Palais-Royal) » in *Renouveau du Droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*. Paris, Dalloz, 2007, p. 255.

MASTOR Wanda, « Essai sur la motivation des décisions de justice. Pour une lecture simplifiée des décisions des Cours constitutionnelles », *AIJC*, 1999, p. 35.

PERELMAN Chaïm, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse » in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », 1978, p. 415.

PERROUD Thomas, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'homme*, 15, 2019, [en ligne].

PONTTHOREAU Marie-Claire, « L'énigme de la motivation encore et toujours. L'éclairage comparatif » in F. HOURQUEBIE, M.-C. PONTTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 5.

ROLIN Frédéric, « Pour un "discours sur la méthode" du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384.

ROUSSEAU Dominique, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? "Pour" : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *CCC*, n° 8, 2000 [en ligne].

ROUSSEAU Dominique, « Pour les opinions dissidentes » in *Droit constitutionnel. Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, 1999, p. 323.

SABÈTE Wagdi, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885.

SAUVEL Tony, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 5.

TROPER Michel, « La motivation des décisions constitutionnelles » in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Travaux du Centre national de recherches de logique », 1978, p. 287.

VIALA Alexandre, « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *CCC*, n° 6, 1999.

ZENATI-CASTAING Frédéric, « La signification, en droit, de la motivation » in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2013, p. 25.

IX. – DROIT ADMINISTRATIF

A. OUVRAGES

AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, LexisNexis, coll. « Colloques & débats », 2011, 238 p.

BURDEAU François, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1995, 494 p.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome I, Paris, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 15^e éd., 2001, 1427 p.

CHARLES Christopher, *Le juge administratif, juge administrateur*, Thèse dactyl., Toulouse I, 2003, 632 p.

CHEVALLIER Jacques, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970, rééd. Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Anthologie du Droit », 2015, 317 p.

DEGUERGUE Maryse, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1994, 884 p.

DI QUAL Lino, *La compétence liée*, Paris, LGDJ, 1964, 626 p.

EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Tome I, Paris, LGDJ, 1982, rééd. Paris, LGDJ-Lextenso, coll. « Anthologie du Droit », 2014, 786 p.

EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Tome II, Paris, LGDJ, 1983, rééd. Paris, LGDJ-Lextenso, coll. « Anthologie du Droit », 2014, 908 p.

EISENMANN Charles, *Écrits de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2013, 655 p.

FOULQUIER Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2001, 805 p.

FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Domat droit public », 13^e éd., 2019, 762 p.

GAUDEMAR (de) Hervé, MONGOIN David, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, Vol. 1 : 1831-1940, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Les Grandes décisions », 2015, 951 p.

GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Manuel », 22^e éd., 2018, 600 p.

GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, coll. « Bibliothèque de droit public », rééd. Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Anthologie du Droit », 2014, 321 p.

GUYOMAR Mattias, SEILLER Bertrand, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, coll. « HyperCours », 5^e éd., 2019, 641 p.

LEBRETON Gilles, *Le pouvoir discrétionnaire exercé par l'administration française sur ses agents (évolution depuis le XVIII^{ème} siècle)*, Thèse dactyl., Paris II, 1988, 501 p.

LEBRETON Gilles, *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 9^e éd., 2017, 615 p.

LEGENDRE Pierre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1968, 580 p.

LEROYER Séverine, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République. Essai d'une théorie de l'État*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2011, 756 p.

LOCHAK Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972, rééd. Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Anthologie du Droit », 2015, 349 p.

LOMBARD Martine, DUMONT Gilles, SIRINELLI Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. « HyperCours », 13^e éd., 2019, 679 p.

LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre, GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 22^e éd., 2019, 1047 p.

MAILLOT Jean-Marc, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2003, 766 p.

MESTRE Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1985, 294 p.

OULD BOUBOUTT Ahmed Salem, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 1987, 590 p.

PERROUD Thomas, CAILLOSSE Jacques, CHEVALLIER Jacques, LOCHAK Danièle (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Les grandes décisions », 2019, 567 p.

PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 2^e éd., 2018, 1647 p.

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 », 1980, 564 p.

SCHMITZ Julia, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, l'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2013, 523 p.

SEILLER Bertrand, *Droit administratif. 1. Les sources et le juge*, Paris, Flammarion, coll. « Champs Université », 7^e éd., 2018, 353 p.

SERRAND Pierre, *L'acte de gouvernement. Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État*, Thèse dactyl., Paris II, 1996, 772 p.

TRUCHET Didier, *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 8^e éd., 2019, 519 p.

WALINE Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 27^e éd., 2018, 835 p.

B. ARTICLES

ACH Nelly, « Police et morale » in C. VAUTROT-SCHWARZ (dir.), *La police administrative*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2014, p. 99.

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

AUZANNEAU Christophe, « La justice administrative vue par la doctrine de Loqué à Aucoc » in G. BIGOT, M. BOUVET (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, LexisNexis, 2006, p. 105.

BIENVENU Jean-Jacques, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, n^o 1, 1985, p. 153.

BOCKEL Alain, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA*, 1978, p. 355.

BONNET Baptiste, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable » in C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Paris, Éditions Cujas, « Collections Actes & Études », 2013, p. 117.

BONNET Baptiste, « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, 2005, p. 56.

BROYELLE Camille, « La fin du dualisme juridictionnel : un point de vue universitaire », *RDA*, n° 46, 2019, p. 52.

BROYELLE Camille, « De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur », *DA*, 2004, fasc. 3, chron. 6, p. 8.

BURDEAU François, « Les crises du principe de dualité de juridictions », *RFDA*, 1990, p. 724.

CHAPUS René, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 265.

CHAUVET Clément, « Arbitraire et discrétionnaire en droit administratif » in G. J. GUGLIELMI, *La faveur et le droit*, Paris, PUF, 2009, p. 335.

CHEVALLIER Jacques, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *AJDA*, 1972, p. 67.

DELVOLVÉ Pierre, « Le contrôle de l'opportunité existe-t-il ? » in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1988, p. 269.

FAVOREU Louis, « Pour en finir avec la "théorie" des actes de gouvernement » in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 607.

FRAISSEIX Patrick, « La "subjectivisation" du droit administratif », *LPA*, n° 207, 2004, p. 12.

GABOLDE Christian, « Le juge administratif va-t-il nous gouverner ? (à propos de la loi du 8 février 1995) », *DA*, 1995, fasc. 11, p. 1.

GAUDEMET Yves, « Le juge administratif, futur administrateur ? » in G. GARDAVAUD, H. OBERDOFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI^e siècle*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, coll. « École doctorale », 1995, p. 179.

GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA*, 2002, p. 877.

GONOD Pascale, « L'étude du procès administratif » in *Un avocat dans l'Histoire. En mémoire de Arnaud Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 2013, p. 165.

LEBRETON Gilles, « Ordre public, ordre moral et lancer de nain », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 177.

LEBRETON Gilles, « Le juge administratif face à l'ordre moral » in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 363.

LINOTTE Didier, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA*, 1980, p. 632.

LOCHAK Danièle, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 19.

MELLERAY Fabrice, « Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative », *RFDA*, 2020, p. 559.

MELLERAY Fabrice, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA*, 2005, n° 12, p. 637.

MESMIN D'ESTIENNE Jeanne, « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? », *RFDA*, 2016, p. 545.

PACTEAU Bernard, « La jurisprudence, une chance du droit administratif ? », *Revue administrative*, 1999, n° spécial, 6, p. 70.

PLESSIX Benoît, « Faut-il parler de subjectivisation du droit administratif ? L'exemple du préjudice » in *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 783.

POIRMEUR Yves, FAYET Emmanuelle, « La doctrine administrative et le juge administratif. La crise d'un modèle de production du droit » in J. CHEVALLIER (dir.), *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 97.

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

RIVERO Jean, « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Recueil Dalloz*, 1962, p. 37.

SIRINELLI Jean, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA*, 2016, p. 529.

TRUCHET Didier, « Réflexions sur la contestation actuelle du dualisme juridictionnel », *RDA*, n° 46, 2019, p. 46.

VAUTROT-SCHWARZ Charles, « Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire ? » in *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, p. 639.

VEDEL Georges, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, 1979-1980, n° 31, p. 31.

WEIL Prosper, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence*, 1959, p. 281.

X. – DROIT FISCAL

A. OUVRAGES

BUFFA Stéphane, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, Paris, IRJS Édition, coll. « Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc », 2014, 535 p.

COLLET Martin, *Droit fiscal*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 8^e éd., 2020, 455 p.

COLLET Martin, *L'impôt confisqué*, Paris, Odile Jacob, coll. « Corpus », 2014, 99 p.

DECROIX Arnaud, *Question fiscale et réforme financière en France (1749-1789). Logique de la transparence et recherche de la confiance publique*, Aix-en-Provence, PUAM, coll. « Histoire des Institutions et des Idées Politiques », 2006, 638 p.

PHILIP Loïc, *Droit fiscal constitutionnel*, Paris, Economica, coll. « Finances publiques », 2014, 154 p.

B. ARTICLES

BEZZINA Anne-Charlène, « Le Conseil constitutionnel, quasi-législateur fiscal ? » *RFFP*, n° 129, 2015, p. 185.

COLLET Martin, « La mutation des sources du droit fiscal », *RDA*, n° 6, 2012, p. 52.

COLLET Martin, « Le Conseil constitutionnel et la distinction des impôts et des cotisations sociales. À propos de la décision *Cons. const.*, 6 août 2014, *LFRSS pour 2014* », *Revue de droit fiscal*, 2014, n° 40, p. 553.

DAUGERON Bruno, « Le “contribuable citoyen” : sujet du droit public financier ou objet d'un discours en droit fiscal ? » in J.-F. BOUDET, X. CABANNES (dir.), *Finances publiques citoyennes*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 45.

FOUQUET Olivier, « L'a-moralisme du droit fiscal », *Revue administrative*, n° 313, 2000, p. 46.

GUTMANN Daniel, « Regard sur la jurisprudence fiscale du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 151, 2014, p. 129.

OLIVA Éric, « L'appréciation du caractère confiscatoire et excessif de l'impôt par le Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2013, p. 1237.

XI. – DROIT PRIVÉ

A. OUVRAGES

BEAUSSONIE Guillaume, *Le rôle de la doctrine en droit pénal*, Paris, L'Harmattan, coll. « Bibliothèque de droit », 2006, 173 p.

CARBONNIER Jean, *Droit civil*. Tome I, Paris, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2^e éd., 2017, 1496 p.

DESAULNAY Olivier, *L'application de la Constitution par la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2009, 852 p.

HAKIM Nader, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGJD, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2002, 481 p.

IONESCU Octavian, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Paris, Sirey, 1931, 202 p.

MOLFESSIS Nicolas, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1997, 602 p.

RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles* [1949], rééd. Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2013, 424 p.

ROUBIER Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques* [1963], Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005, 451 p.

SERVERIN Evelyne, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, coll. « Critique du droit », 1985, 458 p.

B. ARTICLES

COHEN Dany, « La fonte du rôle protecteur des libertés individuelles du juge judiciaire », *JCP G*, n° 38, 2017, p. 1629.

FENOUILLET Dominique, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes. Promotion ou déformation ? », *Jus Politicum*, Vol. X, 2019, p. 9.

GAUDEMET Yves, « Le Code civil, "constitution civile de la France" » in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 298

MAZEAUD Pierre, « Le code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs*, n° 110, 2004, p. 152.

BIBLIOGRAPHIE ÉTRANGÈRE ET SUR LES CULTURES ÉTRANGÈRES

I. – CULTURE ANGLO-SAXONNE

A. SOURCES ANGLAISES (VERSIONS ANGLAISES & TRADUCTIONS FRANÇAISES)

1. OUVRAGES

ACKERMAN Bruce, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, Paris, Calmann-Lévy, 1998, trad. Jean-Fabien Spitz, 434 p.

AUSTIN John, *La philosophie du droit positif*, Paris, Arthur Rousseau, 1894, trad. G. Henry, 62 p.

BAKER Keith Michael (dir.), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, Vol. 1 : *The Political Culture of the Old Regime*, Oxford-New-York, Pergamon Press, 1987, 559 p.

DICEY Albert Venn, *Introduction to the study of the law of the constitution*, London, Macmillan and Co., 3^e éd., 1889, 440 p.

DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1995, trad. M.-J. Rossignol et F. Limare, 515 p.

DWORKIN Ronald, *L'Empire du droit*, Paris, PUF, coll. « Recherches politiques », 1994, trad. E. Soubrenie, 468 p.

FRIEDRICH Carl Joachim, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, coll. « Bibliothèque de la science politique », 1958, trad. A. Martinerie *et al.*, 564 p.

HAMILTON Alexander, JAY John, MADISON James, *Le Fédéraliste*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Politiques », 2012, trad. A. Amiel, 648 p.

HOBBS Thomas, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1999, trad. F. Tricaud, 780 p.

HOBBS Thomas, *Le Citoyen ou Les fondements de la politique*, Paris, Flammarion, coll. « GF », 1982, trad. S. Sorbière, 408 p.

KIRCHHEIMER Otto, *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton, Princeton University Press, 1961, 452 p.

KUHN Thomas Samuel, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, coll. « Champs Sciences », 2008, trad. L. Meyer, 284 p

LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, coll. « GF », 2^e éd., 1992, trad. D. Mazel, 381 p.

MCILWAIN Charles Howard, *Constitutionalism Ancient and Modern*, New York, Cornell University Press, 1940, 162 p.

MILL John Stuart, *Le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin et Cie, 1877, 3^e éd., trad. C. Dupont-White, 456 p.

STRAUSS Léo, *Droit naturel et histoire* [1953], Paris, Flammarion, 1986, trad. M. Nathan et E. de Dampierre, 323 p.

TUSHNET Mark, *The New Constitutional Order*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2003, 265 p.

TUSHNET Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, 242 p.

WOOD Gordon Stewart, *La création de la République américaine. 1776-1787*, Paris, Belin, coll. « Littérature et politique », 1991, trad. F. Delastre, 767 p.

2. ARTICLES

ACKERMAN Bruce, « The living constitution », *Harvard Law Review*, vol. 120, 2007, p. 1738.

BELL John, « Le règne du droit et le règne du juge : vers une interprétation substantielle de l'État de droit » in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 15.

DAVIS Michael Henry, « A Government of Judges: An Historical Re-View », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 35, 1987, p. 559.

DAVIS Michael Henry, « The Law/Politics Distinction, the French Conseil Constitutionnel, and the U.S Supreme Court », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 34, 1986, p. 45.

DWORKIN Ronald, « Controverse constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, trad. F. Baret-Ducrocq, p. 5.

HAMILTON Alexander, « Letter to Gouverneur Morris », Mai 19, 1777 in *The Works of Alexander Hamilton*, Henry Cabot Lodge (Federal Edition), New York, G.P. Putnam's Sons, 1904, Vol. 9.

HIRSCHL Ran, « The Political Origins of the New Constitutionalism », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 11, 2004, p. 71.

KRAMER Larry, « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle », *RDP*, 2005, trad. V. Fouache, p. 1027.

LEADER Sheldon, « Le juge, la politique et la neutralité. À propos des travaux de Ronald Dworkin », *Droit et Société*, n° 2, 1986, trad. F. Michaut, p. 23.

RAZ Joseph, « L'autorité légitime. Les prétentions du droit », *Droits*, n° 57, 2013, p. 227.

RITCHIE David George, « On the Conception of Sovereignty », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 1, 1891, p. 385.

SCALIA Antonin, « Constitutional Interpretation the Old Fashioned Way », *Speech delivered at the Woodrow Wilson International Center for Scholars*, Washington D.C., March 14 2005.

SCALIA Antonin, « Judicial Adherence to The Text of Our Basic Law: A Theory of Constitutional Interpretation », *Speech delivered at the Catholic University of America*, October 18, 1996.

B. SOURCES FRANÇAISES

1. OUVRAGES

BARANGER Denis, *Écrire la constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2008, 315 p.

BLIGH Gregory, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Paris, Institut Universitaire Varenne, « Collection des Thèses », 2017, 844 p.

FASSASSI Idris, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2017, 767 p.

GUILLUY Thibault, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution. Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2018, 460 p.

LAMBERT Édouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005, 276 p.

LE POURHIET Anne-Marie, « *Marbury v. Madison* est-il transposable en France ? » in E. ZOLLER (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2003, p. 135.

MICHAUT Françoise, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2000, 409 p.

MONGOIN David, *Le Pari de la liberté. Étude sur Le Fédéraliste*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Politiques », 2012, 665 p.

PINTO Roger, *Des juges qui ne gouvernent pas. Opinions dissidentes à la Cour suprême des États-Unis (1900-1933)*, Paris, Sirey, 1934, 294 p.

POLICAR Alain (dir.), *Ronald Dworkin, l'empire des valeurs*, Paris, Classiques Garnier, 2017, 283 p.

VLACHOGIANNIS Apostolos, *La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, Paris, Classiques Garnier, coll. « Bibliothèque de la pensée juridique », 2014, 643 p.

ZOLLER Elisabeth, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2010, 922 p.

2. ARTICLES

BOUDON Julien, MONGOIN David, « L'arrêt Bush v. Gore de la Cour suprême des États-Unis (12 décembre 2000) », *RDP*, 2008, p. 1101.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Oxymore ou tautologie ? La notion de Judicial Politics expliquée par la théorie du droit américaine contemporaine », *CCC*, n° 24, 2008 [en ligne].

LAMBERT Jacques, « Les origines du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois fédérales aux États-Unis. Marbury v. Madison », *RDP*, 1931, p. 5.

MICHAUT Françoise, « L'inscription de la décision judiciaire dans un système juridique. Réflexion sur l'évolution de la doctrine américaine contemporaine », *RDP*, 1989, p. 1009.

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*, 2-1987, p. 343.

MICHELOT Vincent, « La Cour suprême dans Bush c. Gore : du conflit entre droit et politique », *Revue française d'études américaines*, n° 90, 2001, p. 61.

ROSENFELD Michel, « Bush contre Gore : trois mauvais coups portés à la Constitution, à la Cour et à la Démocratie », *CCC*, n° 13, 2003 [en ligne].

SCOFFONI Guy, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC*, 2-1999, p. 243.

ZOLLER Elisabeth, « États-Unis : Le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 163.

ZOLLER Elisabeth, « Les deux Constitutions de John Marshall : une relecture de l'arrêt *Marbury v. Madison* », *RFDC*, n° 123, 2020, p. 521.

II. – CULTURE GERMANIQUE

A. SOURCES GERMANIQUES (VERSIONS TRADUITES)

1. OUVRAGES

ALEXY Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, New York, Oxford University Press, 2010, 462 p.

ARENDT Hannah, *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, Paris, Gallimard, coll. « Folio/essais », 1972, trad. P. Lévy, 380 p.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique », 2000, trad. O. Jouanjan, 318 p.

HÄBERLE Peter, *L'État constitutionnel*, Paris/Aix-en-Provence, Economica-PUAM, coll. « Droit public positif », 2004, trad. M. Roffi, 268 p.

HABERMAS Jürgen, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, coll. « Petite bibliothèque Payot », 2012, trad. J. Lacoste, 248 p.

HABERMAS Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, coll. « NRF essais », 1997, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, 551 p.

HÖFFE Otfried, *La justice politique. Fondement d'une philosophie critique du droit et de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1991, trad. J.-C. Merle, 397 p.

JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit. Première partie, Théorie générale de l'État*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1911, rééd. Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2005, coll. « Les introuvables », trad. G. Fardis, 574 p.

JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie, Théorie juridique de l'État*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1913, rééd. Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2005, coll. « Les introuvables », trad. G. Fardis, 593 p.

KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 2012, coll. « Léviathan », trad. O. Beaud et F. Malkani, 604 p.

KELSEN Hans, *Qu'est-ce que la justice ? suivi de : Droit et morale*, Genève, Éditions Markus Haller, 2012, trad. C. Einseemann, P. Le More, J. Plourde, 141 p.

KELSEN Hans, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Paris, Michel Houdiard, coll. « Les Sens du droit », 2006, trad. S. Baume, 138 p.

KELSEN Hans, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Sirey, 2^e éd., 1932, trad. C. Eisenmann, rééd. Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2004, 121 p.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1962, trad. C. Eisenmann, rééd. Paris, LGDJ-Bruylant, coll. « La Pensée juridique », 1999, 367 p.

KOSELLECK Reinhart, *Le règne de la critique*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. « Arguments », 1979, trad. H. Hildenbrand, 180 p.

MÜLLER Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1996, trad. O. Jouanjan, 438 p.

RICKERT Heinrich, *Science de la culture et science de la nature* [1962], Paris, Gallimard, 1997, trad. A.-H. Nicolas, 292 p.

SAVIGNY (von) Friedrich Carl, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2006, trad. A. Dufour, 218 p.

SCHMITT Carl, *Le Tribunal du Reich comme gardien de la Constitution*, Paris, Dalloz, coll. « Droit politique », 2017, trad. S. Schott, S. Roussel, R. Baumert, 116 p.

SCHMITT Carl, *Légalité et légitimité* [1932], Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, coll. « Pensée allemande et européenne », 2015, trad. C. Roy et A. Simard, 149 p.

SCHMITT Carl, *La dictature* [4^e éd., 1978], Paris, Seuil, coll. « L'ordre philosophique », 2000, trad. M. Köller, D. Séglard, 329 p.

SCHMITT Carl, *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 1995, trad. M. Köller et D. Séglard, 115 p.

SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1993, trad. L. Deroche-Gurcel, 576 p.

SCHMITT Carl, *La notion de politique. Théorie du partisan* [1932], Paris, Flammarion, coll. « Champs Classiques », 1992, trad. M.-L. Steinhauser, 323 p.

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

SCHMITT Carl, *Théologie politique* [1922, 1969], Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des Sciences humaines », 1988, trad. J.-L. Schlegel, 182 p.

WEBER Max, *Économie et société. 1. Les catégories de la sociologie*, Paris, Plon, 1971, rééd. Pocket, coll. « Agora », 1995, trad. J. Freund, P. Kamnitzer, P. Bertrand, 410 p.

2. ARTICLES

KELSEN Hans, « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine », *RFDC*, n° 1, 1990, trad. L. Favoreu, p. 17.

KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. 197.

KELSEN Hans, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, trad. C. Eisenmann, p. 561.

B. SOURCES FRANÇAISES

1. OUVRAGES

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

CASU Gatien, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2016, 429 p.

GAILLET Aurore, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2012, 531 p.

HUMMEL Jacky, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2002, 351 p.

JOUANJAN Olivier, *L'esprit de l'École historique du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle série n° 7, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, 285 p.

LE DIVELLEC Armel, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2004, 612 p.

2. ARTICLES

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

JOUANJAN Olivier, « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, n° 22, 2019, p. 5.

BEAUD Olivier, « “Repräsentation” et “stellvertretung” : sur une distinction de Carl Schmitt », *Droits*, n° 6, 1987, p. 11.

GIANFORMAGGIO Letizia, « La conception volontariste du droit du dernier Kelsen », *Droits*, n° 28, 1999, p. 99.

JOUANJAN Olivier, « La notion du politique, concept-clé de l’œuvre constitutionnelle de Ernst-Wolfgang Böckenförde », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 25.

JOUANJAN Olivier, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : itinéraires d’un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits*, n° 28, 1999, p. 47.

LE DIVELLEC Armel, « Droit, politique et justice constitutionnelle : deux textes de Heinrich Triepel », *Jus Politicum*, n° 2, 2009, [en ligne].

TROPER Michel, « Hans Kelsen et la jurisprudence », *APD*, Tome 30, 1985, p. 83.

III. – CULTURE ITALIENNE

A. OUVRAGES (VERSIONS TRADUITES)

BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines* [1764], Paris, Flammarion, 1991, 187 p.

BOBBIO Norberto, *L’État et la démocratie internationale*, Bruxelles, Éditions Complexe, coll. « Études européennes », 2001, 277 p.

GUASTINI Riccardo, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2010, 269 p.

MACHIAVEL, *Le Prince*, Paris, Flammarion, coll. « Le monde de la philosophie », 2008, trad. Y. Lévy, 413 p.

ROMANO Santi, *L’ordre juridique*, 2^e éd., Rééd. Paris, Dalloz, 2002, 174 p.

B. ARTICLES (VERSIONS TRADUITES)

BARBERIS Mauro, « Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ? », *Revus*, 2015, p. 120 [en ligne].

BOBBIO Norberto, « Sur le principe de légitimité » in P. BASTID *et al.*, *Annales de philosophie politique. L’idée de légitimité*, n° 7, Paris, PUF, 1967, p. 47.

BOBBIO Norberto, « Sur le positivisme juridique » in *Mélanges en l’honneur de Paul Roubier*. Tome I, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p.53.

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

COMANDUCCI Paolo, « Contrôle de constitutionnalité et néo-constitutionnalisme » in V. CHAMPEIL-DESPLATS, J.-M. DENQUIN (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme. Retours critiques*, Paris, Mare et Martin, coll. « Néo-Rétro constitutionnalisme », 2018, p. 219.

GIROLA Carlo, « Les coutumes constitutionnelles » in *Mélanges Gény*, Tome III, Paris, Sirey, 1934, trad. F. Pissard et P. Quaden, p. 9.

GUASTINI Riccardo, « Les juges créent-ils du droit ? Les idées de Alf Ross », *Revus*, n° 24, 2014, p. 99.

GUASTINI Riccardo, « Sur le néoconstitutionnalisme » in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2013, p. 255.

GUASTINI Riccardo, « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, n° 37, 2003, p. 111.

GUASTINI Riccardo, « Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation », *RDP*, 1991, p. 1079.

SCARPELLI Uberto, « La définition en droit », *Logique et Analyse*, Vol. 1, n° 3-4, 1958, p. 127.

INDEX THÉMATIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

– A –

– B –

Acte :

- (-) d'application : 102-103 ; 176 ; 323 ; 349 ; 384 ; 387 – v. *Interprétation mécanique*
- (-) de concrétisation : 176 ; 228 ; 340 ; 383-385 ; 387 ; 527
- (-) de contrainte : 169
- (-) de création : 175 ; 228 ; 323 ; 389 ; 401
- (-) de gouvernement : 175 ; 316 ; 319

Ancien Régime :

- Absolutisme : 76 ; 79-80 ; 83 ; 132 ; 526 – v. *Monarchie absolue*
- Lois fondamentales du Royaume : 73-74 ; 76 ; 80 ; 86 ; 170 – v. *Constitution monarchique*
- v. *Parlements (Ancien Régime)*

Bloc de constitutionnalité : 192 ; 195 ; 231 ; 233 ; 492

- Charte de l'environnement de 2004 : 196 ; 524
- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : 76 ; 83 ; 107 ; 129 ; 150 ; 195 ; 199 ; 394 ; 396 ; 413 ; 427 ; 524
- Droits et libertés constitutionnels : v. *Droits fondamentaux*
- Objectifs de valeur constitutionnelle : 228 ; 394
- Préambule de la Constitution de 1946 : 24 ; 394 ; 396 ; 524
- Préambule de la Constitution de 1958 : 24 ; 323 ; 394 ; 396 ; 399 ; 424 ; 430 ; 524
- Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : 24 ; 394
- Principes à valeur constitutionnelle : 394 ; 399

Charte jurisprudentielle des droits et libertés : 5 ; 432 ; 457 ; 460

Citoyen :

- (-) individu : 529-530 ; 532
- (-) politique : 529-531

Constitution :

- Conception mécaniste de la (-) : 107 ; 413 ; 419-420
- Conception normative de la (-) : 169 ; 186 ; 188-190 ; 192 ; 197-198 ; 219 ; 375 ; 429-432 ; 540
- (-) axiologique : 5 ; 427-428 ; 430 ; 432 ; 464 ; 519 – v. *Valeurs*
- (-) du droit : v. *Constitutionnalisation des branches du droit*
- (-) jurisprudentielle : 231 ; 234 ; 237 ; 241 ; 244 ; 394 ; 519
- (-) monarchique : 66-67 ; 74-75 ; 81 ; 219 – v. *Lois fondamentales du Royaume*
- Conventions de la (-) : 160 ; 179-180 ; 192 ; 241 ; 383 ; 386-387 – v. *Coutume constitutionnelle, Droit constitutionnel non écrit*

- Gardien de la (-) (controverse doctrinale) : 190 ; 220 ; 396

- Suprématie de la (-) : 115-116 ; 188-189 ; 208 ; 231 ; 452

Constitutionnalisation des branches du droit : 194-200 ; 203 ; 221 – v. *Juridictionnalisation des branches du droit*

Constitutionnalisme :

- (-) ancien (pré-constitutionnalisme) : 61 ; 67 ; 76
- (-) contemporain : v. *Constitutionnalisme juridictionnalisé*
- (-) global : 19 ; 545
- (-) juridictionnalisé : 423 ; 432 ; 464 ; 509 ; 519 ; 535 – v. *Garantie juridictionnelle des droits fondamentaux*
- (-) libéral : 84 ; 149 ; 411-422 ; 424 ; 430 ; 464 ; 530 ; 535
- (-) révolutionnaire : 50 ; 80 ; 106 ; 134-135 ; 247 ; 447
- (-) populaire : 19 ; 285
- Néoconstitutionnalisme : 425-428 ; 464

Contentieux constitutionnel (discipline) :
53 ; 170 ; 200 ; 366-370 ; 398

v. Fonction politique, Pouvoir discrétionnaire

Contraintes juridiques (théorie des) :
226 ; 389

- décisionnisme : 190 ; 225 ;
392-399 ; 428 – *v. Volontarisme*

Contrôle de constitutionnalité des lois (notamment) : 12

Délibération (théorie de la) : 461-463

- (-) par voie d'exception : 119-123 ; 282
- Judicial review : *v. Cour suprême (États-Unis)*
- Question prioritaire de constitutionnalité : 25 ; 172 ; 195 ; 296 ; 337 ; 366 ; 432 ; 461-462 ; 517 ; 519 ; 525 ; 527 ; 529-530

Démocratie :

- (-) continue : 461 ; 465 ; 492 ; 517 ; 523
- (-) délibérative : *v. Délibération*
- (-) des droits, par le droit, pour l'individu : 512-532
- (-) directe : 478 ; 487-488
- (-) élective : 441-442 ; 487-488 ; 491
- (-) majoritaire : 459 ; 461 ; 489-490 ; 493
- (-) représentative : 478 ; 485-495 ; 504 ; 517-518 ; 522

Cour suprême (États-Unis) : 127-128 ; 131 ; 283-290

Coutume constitutionnelle : 160 ; 171 – *v. Conventions de la constitution, Droit constitutionnel non écrit*

– D –

Droit constitutionnel (notamment) :

Décision :

- (-) politique : 178 ; 280 ; 305 ; 309-325 ; 345 ; 357 ; 521 –

- (-) classique : 156-159 ; 202
- (-) réaliste (empirique) : 160-163 ; 202
- (-) institutionnel : 53 ; 210 ; 236-237 ; 256 ; 524

- (-) juridictionnalisé : 148 ; 164 ; 202 ;
- (-) jurisprudentiel : v. *Principe de jurisprudentialisation*
- (-) non écrit : 129 ; 160 ; 180 ; 185-187 ; 222 ; 241 ; 383 ; 386 – v. *aussi Conventions de la constitution ; Coutume constitutionnelle*
- Européanisation du (-) : 544

Droits fondamentaux :

- Définition : 428-429 ; 426-427
- Droits subjectifs : 514 ; 526-527 ; 529
- Garantie juridictionnelle des (-) : 279 ; 424 ; 431-432 ; 464 ; 492 ; 529 – v. *Constitutionnalisme juridictionnalisé*
- v. *Subjectivisation*

Droit naturel : 29 ; 83 ; 113 ; 129 ; 360 ; 429 ; 526 ; 530

Droit politique : 16 ; 180 ; 189 ; 329 ; 363-402 ; 541

– E –

Écoles doctrinales : 16 ; 221

Effectivité : 150 ; 502 ; 507 ; 536

Efficacité :

- (-) et validité : 177 ; 502 – v. *Validité*
- (-) comme critère de légitimation : 508 ; 510

Élection :

- (-) comme critère de légitimation : v. *Légitimation élective*
- (-) et démocratie : v. *Démocratie élective*
- (-) des juges : 102 ; 303

Épistémologie constructiviste : 29-32

État :

- (-) constitutionnel : 215-217 ; 418-419 ; 424 ; 427
- (-) de droit : 117-118 ; 148-149 ; 169 ; 215-217 ; 248 ; 321 ; 418 ; 427 ; 430 ; 499 ; 514 ; 515-522 ; 530-531
- (-) de justice : 2 ; 90 ; 218-220 ; 521
- (-) juridictionnel : 210-220 ; 237 ; 247-248 ; 430 ; 521-522 ; 532 ; 534
- (-) légal : 117 ; 215-216 ; 418-419 ; 424

– F –

Fonction :

- (-) exécutive : 102 ; 215 ; 308 ; 312 ; 490
- (-) gouvernementale : 312 ; 319 ; 403
- (-) juridictionnelle : 69 ; 85-90 ; 100 ; 102 ; 132 ; 215-216 ; 219-220 ; 305-306 ; 308 ; 314-315 ; 361 ; 384 ; 403 – v. *Fonction politique*
- (-) législative : 67-68 ; 101 ; 106 ; 215 ; 220 ; 305 ; 308 ; 312 ; 314 ; 346 ; 349 ; 403 ; 413 ; 438 ; 440 ; 452 ; 465
- (-) politique : 56-58 ; 60 ; 89 ; 305-325 ; 335-336 ; 344 ; 384 ; 403 – v. *Décision, Fonction juridictionnelle, Pouvoir discrétionnaire*

– G –

Gouvernement des juges : 68 ; 75 ; 127-131 ; 283-284 ; 315 ; 403 ; 421 ; 443

– H –

Hiérarchie :

- (-) des fonctions : 205
- (-) des normes : 40 ; 215-216 ; 428
- (-) des organes : 152 ; 159 ; 173 ; 452

– I –

Interprétation :

- (-) connaissance : 225 ; 230 ; 389 ; 393
- (-) dans la pensée américaine : 287-289
- (-) mécanique : 100-101 ; 106 ; 438 – v. *Acte d'application*
- (-) volonté : 100 ; 225 ; 227 ; 314 ; 385 ; 389 ; 392
- théorie réaliste de l'(-) : 226-228 ; 347 ; 382-391 ; 394

– J –

Judiciarisation : 13 ; 22

Juge :

- (-) administratif : 123 ; 170 ; 172 ; 175 ; 200 ; 232 ; 242 ; 306 ; 318-319 ; 321 ; 340 ; 351 ; 407 ; 417
- (-) constitutionnel : – v. *Juge constitutionnel*
- (-) judiciaire : 96 ; 172 ; 200 ; 407

Juge constitutionnel (notamment) :

- Autorité de chose jugée : 209 ; 296 ; 308
- (-) co-législateur : 226 ; 312 ; 403 ; 438 ; 440
- Motivation : 337-347

Juridicisation : 13 ; 22 ; 144-180**Juridicité :** 168-180**Juridictionnalisation (notamment) :**

- Concept de (-) : 10-11
- (-) de la constitution : 231 ; 233
- (-) de la représentation : 440-443
- (-) de la souveraineté : 454-463
- (-) des branches du droit : 199-200 – v. aussi *Constitutionnalisation des branches du droit*

Jury constitutionnaire : 107 ; 446**Justice politique :**

- Justice constitutionnelle comme (-) : 268-290 ; 239-325
- Justice du politique : 268-272
- Procès politique : 263-266

– L –

Légicentrisme : 50 ; 83 ; 221 ; 414 ; 417 ; 440**Légitimité :**

- (-) démocratique : 190 ; 298 ; 472-483
- Présupposé de (-) : 473-478

Légitimation :

- Critère de (-) : 479-483
- (-) élective : 468 ; 493 ; 504-505 ; 518
- (-) légale : 500-503
- (-) finaliste de protection des droits et libertés des individus : 507-510

Libéralisme : 76 ; 83 ; 414-415 ; 417 ; 430 ; 522 ; 531 ; 535 – v.

Constitutionnalisme libéral

Limitation :

- Auto- (-) : 79-80 ; 91 ; 117 ; 208 ; 219 ; 350-352 ; 418 ; 421
- Hétéro- (-) : 81-83 ; 107 ; 132

Loi : v. *Contrôle de constitutionnalité des lois, Droit d'enregistrement, Fonction législative, Légicentrisme, Volonté générale, Volonté législative*

– M –

Monarchie :

- (-) absolue : 78 ; 82 ; 91 ; 219 – v. *Ancien Régime*
- (-) constitutionnelle : 82 ; 86 ; 88
- (-) limitée : 77 ; 82 ; 91

Morale : 73 ; 83 ; 425-426 ; 428

– N –

Néoconstitutionnalisme : – v.

Constitutionnalisme

Neutralité axiologique : 36-37 ; 163 ; 329 ; 388 ; 390-391 ; 427-429

Normativisme : 169 ; 188-189 ; 209 ; 329 ; 388 ; 502

– O –

Opinions séparées / dissidentes : 131 ; 334-336

Opportunité : v. *Pouvoir discrétionnaire*

– P –

Parlements (Ancien Régime) :

- Droit d'enregistrement : 61 ; 64-66 ; 89
- Droit de remontrances : 60-61 ; 64 ; 66 ; 67
- – v. *Ancien Régime*

Peuple :

- (-) constituant : 32 ; 219 ; 440 ; 451 ; 459
- (-) constitué : 451 ; 454 ; 457-459 ; 462 ; 465
- (-) électeur : 451
- (-) souverain : 219 ; 445 ; 448 ; 448-462

Positivisme : 33-47 ; 83 ; 185 ; 230 ; 355 ;
427 ; 429 ; 432 ; 502 ; 537

Pouvoir constituant :

- (-) comme acte révolutionnaire :
178 ; 501
- (-) comme acte de souveraineté :
450 ; 452
- Théorie du dernier mot (-) : 216 ;
219-220 ; 452

Pouvoirs constitués : v. *Révision de la constitution*

Pouvoir discrétionnaire :

- (-) en droit administratif : 317-321
- (-) en droit constitutionnel : 322-325
- (-) et opportunité : 314 ; 318 ; 323
- (-) et pouvoir arbitraire : 317 ; 324

Principe de constitutionnalité : 209 ;
231 ; 233 ; 243 ; 418 ; 521 ; 540

Principe de juridictionnalité : 208-209 ;
216 ; 220 ; 231 ; 234-235 ; 521 ; 540

Principe de jurisprudentialité : 231-234 ;
244

Principe de légalité : 209

– R –

Raison juridictionnelle : 355-358

Réalisme : v. *Théorie réaliste de l'interprétation*

Régime :

- (-) juridictionnel : 212-214
- (-) parlementaire : 114-116 ;
212-213

Représentation :

- (-) et élection : 438 ; 441-443
- (-) juridictionnelle : v.
Juridictionnalisation de la représentation
- (-) législative : 456-457

Révision constitutionnelle : 126 ; 452 ;
462 ; 489

– S –

Science politique : 1 ; 156 ; 160-163 ; 171 ;
252 ; 290 ; 372-374

Secret du délibéré : 334-336

Sénat conservateur : 275-282

Séparation des pouvoirs :

- Balance des pouvoirs : 412-413 ; 415
- Théorie de la (-) : 108 ; 112 ; 120 ; 122 ; 126 ; 212 ; 217 ; 265 ; 288 ; 205 ; 308 ; 413 ; 419 ; 432

- Syllogisme juridictionnel : 100 ; 340-341 ; 343-344
- v. *Droits fondamentaux ; Droits subjectifs*

– V –

Souveraineté :

- Conception américaine de la (-) : 447
- (-) de l'État : 83 ; 129 ; 149 ; 220 ; 521
- (-) démocratique : 446 ; 448-452 ;
- Distinction du titre et de l'exercice de la (-) : 68 ; 219 ; 438 ; 448 ; 478 ; 473-483
- (-) juridictionnalisée : 454-463
- (-) nationale : 30 ; 445-446 ; 458 ; 513 ; 524
- (-) royale : 65-66 ; 79-84

Valeurs : 83 ; 160 ; 202 ; 355 ; 360 ; 394-395 ; 399 ; 401 ; 427-432 ; 446 ; 464 ; 483 ; 507 ; 510 ; 518-519 ; 521-522 ; 526-527 ; 533 – v. *aussi Constitution axiologique*

Validité : 169 ; 177 ; 178 ; 188 ; 190 ; 197 ; 428 ; 474 ; 501-503 – v. *Efficacité*

Vérité (dogme de la) : 331 ; 340 ; 342-343 ; 354-362

Volontarisme : 2 ; 81 ; 83 ; 85 ; 230 ; 355 ; 360 ; 414

Volonté :

- (-) constitutionnelle : 440-443
- (-) générale : 32 ; 68 ; 83 ; 86 ; 100 ; 114-115 ; 133 ; 368 ; 414 ; 438 ; 440-443 ; 447 ; 451 ; 454-456 ; 489 ; 504 ; 510
- (-) législative : 67-68 ; 220 ; 418 ; 455 ; 465 ; 540

Subjectivisation :

- (-) du droit administratif : 527
- (-) du droit constitutionnel : 523-532

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	5
ABRÉVIATIONS ÉDITORIALES	7
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	13
I. – Une étude de la juridictionnalisation comme phénomène doctrinal.....	20
II. – Une approche épistémologique du droit constitutionnel	36
III. Une contribution à l'étude des représentations du droit constitutionnel.....	48
IV. Plan de la recherche	54
PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION DU PHÉNOMÈNE DOCTRINAL DE JURIDICTIONNALISATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL	57
Titre 1 : Les origines du phénomène	59
Chapitre 1 : Les prémices du phénomène : la juridictionnalisation au miroir des prétentions parlementaires de l'ancienne France.....	61
Section préliminaire : Une approche historique	64
§1 – Objet de l'analyse.....	64
§2 – Objectif de la démonstration.....	68
Section 1 : Une rhétorique en héritage : La prétention juridique du Parlement de Paris à subordonner les volontés royales au respect de la Constitution	71
§1 – L'unité de la fonction législative au fondement de prétentions antagonistes ...	73
A. Une conception contestée du droit d'enregistrement	73
B. Un affrontement des pouvoirs.....	78
§2 – La supériorité de la Constitution au fondement d'une pensée pré-constitutionnaliste	84
A. Une vision extensive de la Constitution au bénéfice d'un élargissement des prérogatives du Parlement	84
B. Une vision extensive de la Constitution au bénéfice d'une protection juridictionnelle de la liberté.....	91
Section 2 : Une dette en héritage : La prétention politique du Parlement de Paris à tempérer la souveraineté du monarque	95
§1 – La défense d'une limitation externe de la souveraineté royale.....	96
A. La critique parlementaire de l'autolimitation de la souveraineté royale	96
B. L'éloge parlementaire de l'hétéro-limitation de la souveraineté royale.....	100

§2 – L’irréductible conflictualité de la fonction juridictionnelle en matière constitutionnelle.....	107
A. Le conflit de volontés	108
B. La représentation concurrente de la nation.....	112
Conclusion du chapitre.....	119
Chapitre 2 : Le refoulement continu du phénomène : généalogie d’une controverse doctrinale.....	121
Section 1 : La récusation du juge au commencement du constitutionnalisme moderne	123
§1 – Un pouvoir judiciaire refusé	124
A. Le caractère mécanique et subordonné de la fonction judiciaire	125
B. L’indépendance relative de l’organe judiciaire.....	129
§2 – Un juge de la constitution impensé	133
Section 2 : Les antagonismes doctrinaux sous la III ^e République.....	138
§1 – La critique du régime parlementaire par la promotion de l’exception d’inconstitutionnalité.....	138
A. La remise en cause du régime parlementaire.....	141
B. La promotion du système américain de contrôle de constitutionnalité des lois par voie d’exception.....	146
§2 – La condamnation du contrôle juridictionnel des choix politiques	152
Conclusion du chapitre.....	161
Conclusion du titre.....	163
Titre 2 : L’affirmation contemporaine du phénomène	165
Chapitre 1 : La déconstruction des présupposés du phénomène	169
§ 1. – Une représentation discutable de l’évolution de la discipline	172
A. La juridicisation comme conséquence du phénomène de juridictionnalisation 172	
B. Démonstration de la distinction entre juridictionnalisation et juridicisation : la permanence du droit constitutionnel juridicisé.....	178
1. Le droit constitutionnel juridicisé dans les traités et manuels.....	179
a) Le droit constitutionnel classique	180
b) Le droit constitutionnel réaliste	182
c) Le droit constitutionnel juridictionnalisé	185
2. Critique du discours sur la « rejuridicisation ».....	186

§ 2. – Une représentation fragile de la juridicité.....	187
A. L’impératif juridictionnel comme condition de juridicité	187
B. Les apories de cette conception de la juridicité en droit constitutionnel.....	193
Section 2 : L’assimilation du droit constitutionnel au droit de la constitution.....	201
§1 – Une conception restrictive du droit constitutionnel : le droit de la constitution	201
A. L’axiome du droit de la constitution : la constitution-norme	202
1. Le rejet du droit constitutionnel non écrit	202
2. La victoire de la conception kelsénienne de la constitution	205
B. La limitation problématique du droit constitutionnel à la Constitution	208
§2 – Une conception extensive du droit constitutionnel : la constitutionnalisation du droit.....	210
A. La constitutionnalisation des branches du droit, phénomène étranger au droit constitutionnel.....	210
B. La juridictionnalisation des branches du droit	214
Conclusion du chapitre.....	219
Chapitre 2 : La reconstruction des manifestations théoriques du phénomène	221
Section 1 : L’appréhension du phénomène au prisme de ses manifestations institutionnelles.....	223
§1 – L’affirmation doctrinale du principe de juridictionnalité	223
§2 – La promotion doctrinale de l’État juridictionnel.....	226
A. L’inadéquation des systématisations classiques avec le phénomène doctrinal de juridictionnalisation	226
1. L’inadéquation du régime juridictionnel	226
2. L’inadéquation de l’État constitutionnel	228
B. L’État juridictionnel en miroir de l’ancien État de justice : une rhétorique antivolontariste.....	231
Section 2 : L’appréhension du phénomène au prisme des sources du droit constitutionnel	236
§1 – La constitution jurisprudentielle, source privilégiée de production du droit constitutionnel.....	238
A. L’adhésion doctrinale à l’existence d’une interprétation juridictionnelle de la constitution	238
B. Le « principe de jurisprudentialité » au fondement de la Constitution jurisprudentielle	248

§2 – La jurisprudentialisation, parachèvement du phénomène doctrinal de juridictionnalisation du droit constitutionnel.....	251
A. L'unification des sources du droit constitutionnel autour de la jurisprudence	252
B. L'uniformisation des sources du droit constitutionnel par leur dépolitisation	254
Conclusion du chapitre.....	257
Conclusion du titre.....	259
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	261
SECONDE PARTIE : LES EFFETS DU PHÉNOMÈNE DOCTRINAL DE JURIDICTIONNALISATION SUR LES REPRÉSENTATIONS DU DROIT CONSTITUTIONNEL	263
Titre 1 : La transformation du statut épistémologique du droit constitutionnel.....	265
Chapitre 1 : La justice politique comme objet du droit constitutionnel.....	269
Section 1 : Les présupposés initiaux sur la justice politique.....	273
§ 1. – Les acceptions de la justice politique exclusives du contrôle de constitutionnalité des lois : recension théorique.....	274
A. L'arbitraire aux origines de la justice politique : le procès politique.....	275
B. L'acception contemporaine de la justice politique : la justice du politique ...	277
§ 2. – La nature politique du contrôle de constitutionnalité des lois : exemples paradigmatiques	282
A. Exemple paradigmatique de justice politique dans l'histoire constitutionnelle française : le Sénat conservateur.....	282
1. Le Sénat du Consulat et du Premier Empire	283
2. Le Sénat du Second Empire	286
B. Exemple paradigmatique de justice politique en droit comparé : la Cour suprême des États-Unis	290
1. La reconnaissance du pouvoir politique de la Cour suprême par la pensée française du XIX ^e siècle	294
2. La reconnaissance du pouvoir politique de la Cour suprême par la pensée américaine.....	296
Section 2 : L'édification d'un concept de justice politique adapté à la justice constitutionnelle.....	303
§ 1. – Les attributs du concept de justice politique.....	304
A. Un attribut accidentel du concept : la nature de l'organe	304

1. La concentration du problème de la justice politique sur la nature de l'organe	304
2. L'indifférence de la nature de l'organe dans la caractérisation de la justice politique	309
B. L'attribut essentiel du concept : le contenu de la fonction	310
§ 2. – La fonction politique de la justice constitutionnelle	313
A. Le critère d'identification de la justice politique : la décision politique	315
1. La spécificité de l'acte politique : la décision.....	315
2. La décision au fondement de la fonction intrinsèquement politique du contrôle de constitutionnalité des lois.....	319
B. La singularité du pouvoir discrétionnaire en droit constitutionnel	322
1. Un pouvoir discrétionnaire de faible intensité : la décision administrative	323
2. Un pouvoir discrétionnaire de forte intensité : la décision constitutionnelle	328
Conclusion du chapitre.....	333
Chapitre 2 : Le droit politique comme approche renouvelée de la justice constitutionnelle	335
Section 1 : Le dogme de la vérité constitutionnelle : obstacle à une approche de droit politique.....	338
§ 1. – La mise en scène contentieuse du dogme de la vérité constitutionnelle	339
A. Le décor dépolitisé de l'office du juge constitutionnel	339
1. Le secret de la parole juridictionnelle dans le cadre du délibéré	339
2. La motivation lacunaire des décisions du juge constitutionnel.....	342
a) La motivation lacunaire comme manifestation de l'impartialité du juge constitutionnel	345
b) Les faiblesses de cette conception de la motivation	349
B. Le jeu de prudence du juge constitutionnel	353
§ 2. – Les prétentions théoriques du dogme de la vérité constitutionnelle	356
A. La promotion d'une Raison juridictionnelle.....	356
B. Les contradictions théoriques du dogme de la vérité constitutionnelle.....	360
Section 2 : Le droit politique : une approche réconciliatrice des conflits épistémologiques	364
§ 1. – Les conflits révélés par la juridictionnalisation du droit constitutionnel.....	364

A. La complexité de la relation du droit constitutionnel au contentieux constitutionnel.....	365
B. La confrontation d’approches doctrinales à visées polémiques.....	368
§ 2. – Les conflits surmontés par une approche de droit politique	373
A. Originalité de l’approche : une démarche non polémique.....	374
1. Un droit politique intégrant la jurisprudence constitutionnelle.....	374
2. Les rapports du droit politique à la théorie réaliste de l’interprétation	375
a) Le refus d’une séparation du droit et de la politique	376
b) Le rejet des prescriptions kelséniennes.....	381
B. Implications de l’approche : une lecture décisionniste de la jurisprudence constitutionnelle.....	384
1. La vaine recherche doctrinale de la bonne réponse.....	385
2. La condamnation des lectures exégétiques de la jurisprudence.....	391
Conclusion du chapitre.....	397
Conclusion du titre.....	399
Titre 2 : La transformation des théories de légitimation du pouvoir.....	401
Chapitre 1 : Le renouvellement des théories constitutionnelles classiques	405
Section 1 : La régénération des fondements du constitutionnalisme classique.....	406
§ 1. – La rhétorique moderne : le constitutionnalisme libéral.....	406
A. La limitation constitutionnelle des pouvoirs du premier constitutionnalisme libéral.....	407
B. La limitation juridictionnelle des pouvoirs du second constitutionnalisme libéral	414
§ 2. – La rhétorique contemporaine : l’expansion du constitutionnalisme juridictionnalisé	421
A. Le constitutionnalisme juridictionnalisé : justification terminologique.....	422
B. La garantie juridictionnelle des droits et libertés au fondement du constitutionnalisme juridictionnalisé	430
Section 2 : La neutralisation de la nature concurrentielle de la fonction du juge constitutionnel	435
§ 1. – Le contrôle juridictionnel des lois comme perturbation de la théorie classique de la représentation	435
A. La théorie classique de la représentation au service du pouvoir législatif	436
B. La représentation d’une volonté constitutionnelle juridictionnalisée.....	439

§ 2. – Le contrôle juridictionnel des lois confronté à la souveraineté du peuple ...	444
A. La souveraineté du peuple comme rempart au contrôle juridictionnel des lois...	444
B. La souveraineté du peuple juridictionnalisée.....	455
Conclusion du chapitre.....	465
Chapitre 2 : Le renouvellement des paradigmes démocratiques	469
Section 1 : La transformation des critères de légitimation en démocratie	472
§ 1. – Essai de clarification conceptuelle de la légitimité démocratique	473
A. Le présupposé de légitimité : un discours descriptif sur le titulaire de la souveraineté	473
B. Les critères de légitimation : un discours résolument prescriptif sur les organes constitutionnels	479
§ 2. – La promotion du juge constitutionnel, facteur d'évolution des critères de légitimation en démocratie	482
A. Cause de l'évolution des critères de légitimation : la critique de la démocratie représentative.....	482
1. La démocratie représentative, fondement du critère de l'élection	483
2. La juridictionnalisation, soubassement de la remise en cause du critère de l'élection	489
B. Nature de l'évolution des critères de légitimation : l'émergence d'un critère finaliste	497
1. La dépréciation des principaux critères contemporains de légitimation démocratique.....	497
2. Le critère finaliste de protection des droits et libertés des individus	506
Section 2 : L'avènement d'une démocratie du juge, par le droit pour l'individu.....	512
§ 1. – La démocratie du juge, par le droit, comme érosion des finalités de la démocratie	513
A. La démocratie limitée par l'État de droit.....	514
B. L'État juridictionnel dans l'ombre de l'État de droit	520
§ 2. – La démocratie pour l'individu comme facteur de subjectivisation du droit constitutionnel.....	522
A. L'emprise d'une conception subjectiviste du droit constitutionnel	523
B. L'irruption du citoyen-individu	527
Conclusion du chapitre.....	533
Conclusion du titre.....	535

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	537
CONCLUSION GÉNÉRALE	539
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES.....	545
INDEX THÉMATIQUE.....	643
TABLE DES MATIÈRES	653

La juridictionnalisation du droit constitutionnel français

Étude d'un phénomène doctrinal

Résumé

Le droit constitutionnel français témoigne, à l'époque contemporaine, d'une évolution majeure tenant à l'emprise du juge constitutionnel et de sa jurisprudence sur la discipline. Depuis l'avènement de la justice constitutionnelle sous la Ve République, la question du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois s'est à tel point diffusée dans les discours doctrinaux qu'il ne paraît plus possible d'envisager le droit constitutionnel sans son juge. Qu'il soit loué ou décrié, nul ne nie l'importance de ce phénomène doctrinal. Après plus d'un demi-siècle de juridictionnalisation du droit constitutionnel, cette recherche a pour ambition de mesurer les conséquences de cette mutation dans la pensée constitutionnelle.

Le phénomène doctrinal de juridictionnalisation, qui puise ses racines dans la pensée antimoderne des parlementaires de l'Ancienne France bien davantage que dans le constitutionnalisme moderne, se manifeste à l'époque contemporaine comme une remise en cause de la présentation classique des institutions autant que des sources du droit constitutionnel. Son identification, qui passe par la déconstruction d'un certain nombre de présupposés portant préjudice à sa compréhension, permet alors d'en analyser les effets sur la discipline. De ce point de vue, les bouleversements se révèlent considérables et perturbent tant le statut épistémologique de la discipline que les fondements de l'exercice du pouvoir. Cristallisant, voire aggravant l'ensemble des controverses doctrinales, le juge constitutionnel apparaît ainsi comme l'objet privilégié d'une réflexion générale sur les représentations du droit constitutionnel.

Mots clés : Droit constitutionnel – Justice constitutionnelle – Contrôle de constitutionnalité des lois – Doctrine constitutionnelle – Histoire du droit constitutionnel – Droit politique – Constitutionnalisme – Constitution – Jurisprudence – Souveraineté – Représentation – Démocratie – Légitimité – État de droit – Droit et libertés constitutionnels – Libéralisme.

The Jurisdictionalization of French Constitutional Law

Research on a scientific phenomenon

Abstract

In contemporary times, French constitutional law bears witness to a major development due to the influence of the constitutional judge and of his case law, over the discipline. Since the advent of constitutional justice under the Fifth Republic, the question of judicial review has spread to such an extent in scientific debates that it no longer seems possible to consider constitutional law without its judge. Whether praised or criticized, no one denies the importance of this scientific phenomenon. After more than half a century of jurisdictionalization of constitutional law, this research aims to measure the consequences of this change in constitutional thought.

The scientific phenomenon of jurisdictionalization, which has roots in the anti-modern thinking of the Old Regime parliamentarians – much more than in modern constitutionalism – manifests itself in contemporary times as a questioning of the classic presentation of institutions as much as of sources of constitutional law. Its identification, which goes through the deconstruction of a certain number of assumptions detrimental to its understanding, makes it possible to analyze their effects on the discipline. From this point of view, the upheavals are proving to be considerable and disturb both the epistemological status of the discipline and the foundations of the exercise of power. Crystallizing, even aggravating all the scientific controversies, the constitutional judge thus appears as the privileged object of a general research on the representations of constitutional law.

Keywords: Constitutional law - Constitutional justice – Judicial review - Constitutional studies - History of Constitutional law - Political law - Constitutionalism - Constitution - Case law - Sovereignty - Representation - Democracy - Legitimacy - Rule of law - Constitutional rights and freedoms - Liberalism.