

## CONTROVERSES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Alexandre VIALA

SUMARIO: I. *Le juge constitutionnel est soumis su dernier mot du Constituant.* II. *Le juge constitutionnel n'est pas un représentant.*

La France est un pays dont la culture juridique n'était pas des mieux disposées à laisser prospérer la justice constitutionnelle. C'est pourquoi, la pratique du contentieux de la loi qui s'y est malgré tout imposée à partir d'une décision importante du Conseil constitutionnel en 1971, donne toujours lieu à de récurrentes controverses sur sa légitimité. Cette hostilité culturelle est l'héritage d'une histoire constitutionnelle qui, entamée à l'heure de la Révolution française, n'a pas vraiment remis en cause la tradition absolutiste du pouvoir inaugurée par la monarchie capétienne. Renverser l'absolutisme du Roi de France n'a pas consisté en 1789 à en éliminer le principe mais bien au contraire à le conserver sous une autre forme: l'absolutisme d'une assemblée souveraine. Les révolutionnaires ont substitué au monarque de droit divin, une entité abstraite, la Nation, dont ils ont confié la représentation à un corps législatif. La Nation comme le roi sont des êtres hors du commun et le mythe de l'infailibilité du Prince qui ne saurait mal faire fut relayé par la métaphysique rousseauiste de la volonté générale qui ne saurait errer et dont la loi est l'unique expression. Avant comme après 1789, la France a recours à une fiction —le droit divin puis la volonté générale— pour justifier l'absolutisme d'un organe concret —le roi puis l'assemblée nationale— dont les initiatives ne devaient souffrir d'aucune contestation.

C'est ainsi que la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 confie systématiquement à la loi la charge de limiter l'exercice des libertés individuelles qu'elle proclame afin d'en concilier la jouissance avec les difficultés de la vie en société. Cette confiance effrénée en la loi, qui porte l'admirable vocable de "légicentrisme", ra-

yonnera sous la III<sup>ème</sup> République. Mais elle ne gagnera pas tous les esprits. En effet, derrière le principe abstrait de la souveraineté nationale qui justifie l'obéissance exclusive à la loi, se cachera un Parlement dont les dérives finiront par être grossièrement remarquées au point de susciter dans la doctrine juridique la question du contrôle de constitutionnalité. Des efforts seront alors déployés par la science du droit constitutionnel et seront récompensés sous la V<sup>ème</sup> République par la création du Conseil constitutionnel. Cependant, la conversion du droit public français au nouveau dogme constitutionnaliste ne renversera pas pour autant d'un seul coup une lourde tendance de méfiance hexagonale à l'égard des juges. Dans ce nouveau processus mondial de maîtrise des parlements nationaux, la France reste en effet prudente par rapport à ses voisins de l'Europe continentale: en 1958, lors de l'élaboration de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République qui instaure le contrôle de constitutionnalité, elle ne conçoit qu'un organe de rationalisation du régime parlementaire qui n'est pas symboliquement baptisé du nom de *Cour* mais de simple *Conseil* constitutionnel. C'est alors le Conseil lui-même qui par un coup de force jurisprudentiel du 16 juillet 1971, devra combler le silence du Constituant en proclamant l'opposabilité à la loi des droits fondamentaux inscrits dans le préambule de la Constitution. En outre, la France est le seul pays d'Europe continentale où les particuliers n'ont pas accès, fût-ce indirectement, au juge constitutionnel.

Mais le Conseil constitutionnel est bien parmi nous et sa raison d'être n'est plus discutée aujourd'hui. Il n'est question de supprimer le Conseil constitutionnel que sous la plume dissidente de quelques esprits isolés. Un tel dessein radical serait d'ailleurs surréaliste dans un monde où le règne du droit a fini par désacraliser la loi qui se trouve désormais insérée dans une hiérarchie dont elle n'est plus la faite. Même en Angleterre où il n'est pas question d'Etat de droit mais de Rule of law, le Parlement, certes souverain, n'est réputé qu'apporter des correctifs techniques aux solides principes de la Common law soigneusement gardés par les juges. Aux Etats-Unis, tout juge peut écarter une loi contraire à la Constitution sous l'autorité de la Cour suprême. En Europe continentale, toutes les Constitutions nationales ont prévu un mécanisme spécifique et concentré de contrôle de l'activité législative inspiré des enseignements de Hans Kelsen. C'est dire qu'à l'heure où la loi française doit également s'incliner devant les normes européennes sous le regard vigilant du juge

ordinaire et du juge communautaire, on ne comprendrait pas pour quelles raisons elle se trouverait soudainement affranchie du devoir de respecter la Constitution, norme suprême de l'ordre juridique interne qui conditionne justement l'applicabilité du droit international. Non, l'existence du Conseil constitutionnel n'est pas remise en cause. C'est en revanche son organisation qui constitue le maillon faible de son potentiel de légitimité. Celle-ci est rudimentaire. Le Conseil est victime de ses origines: il n'a été désiré qu'à moitié et n'a pas été pris au sérieux par le Constituant de 1958. Paradoxalement, c'est parce qu'il a été conçu comme un organe inoffensif à une époque où pesait encore une lourde tradition légicentriste sur les esprits, qu'il présente aujourd'hui des aspects qui heurtent certaines exigences démocratiques. Comme nous venons de le signaler, les rédacteurs de la Constitution ont été d'une grande réserve, ne voulant pas faire du Conseil une vraie cour constitutionnelle mais un simple instrument chargé de sanctionner les empiètements du Parlement sur le nouveau domaine normatif imparti au gouvernement. On en fit un auxiliaire du pouvoir exécutif: ainsi n'ouvrit-on l'accès à son prétoire que de façon parcimonieuse, la nomination de ses membres fut réservée aux trois plus hautes autorités de l'Etat, tandis que la procédure devait rester secrète et seulement écrite. On mesure les carences d'une telle structure aux regard des nouveaux besoins que s'est procurés le Conseil aujourd'hui. La question de sa légitimité consiste à lui faire prendre la mesure du décalage dont il est maintenant victime entre sa lourde charge contemporaine de gardien des droits fondamentaux et le caractère rudimentaire de sa structure bâtie naguère pour une mission autrement plus dérisoire de protection du domaine réglementaire. C'est en surprenant son créateur dans la célèbre décision du 16 juillet 1971 qu'il s'est arrogé lui-même la fonction de gardien des droits fondamentaux inscrits dans la déclaration de 1789 et le préambule de 1946. C'est pourquoi, oeuvrant à l'image de ses homologues européens, le Conseil ne peut plus aujourd'hui faire l'économie d'un toilettage institutionnel rendant plus transparents son organisation et son accès afin que son travail autrement plus offensif qu'autrefois n'entame pas sa légitimité. Des voix s'élèvent désormais pour ouvrir le droit de saisine aux particuliers, instaurer le contradictoire au sein de la procédure et modifier le mode de désignation de ses membres en faisant intervenir au moins l'avis des parlementaires.

Au-delà de cet aspect conjoncturel de la situation française liée au moment critique que traverse le Conseil constitutionnel, je m'efforcerai de rendre compte des deux arguments qui sont alternativement utilisés pour justifier en théorie le contrôle de constitutionnalité. Un premier argument reste très mêlé à l'exception française d'attachement à la souveraineté démocratique: c'est l'explication normativiste emprunté à Charles Eisenmann qui présente un système dans lequel la volonté politique détient légitimement le privilège du dernier mot au détriment de la volonté du juge. Cette justification me semble la plus raisonnable car elle présente le juge constitutionnel comme un simple corps constitué soumis au pouvoir constituant, représentant souverain de la Nation (I). Toute différente est la justification avancée par certains auteurs qui se réclament d'un courant réaliste et qui considèrent le juge constitutionnel comme un représentant au même titre que le souverain. Je m'efforcerai en revanche de la critiquer car elle surestime l'importance du pouvoir normatif du juge constitutionnel qu'elle justifie par une redéfinition arbitraire de la démocratie (II).

- I. Le juge constitutionnel est soumis au dernier mot du Constituant,
- II. Le juge constitutionnel n'est pas un représentant

## I. LE JUGE CONSTITUTIONNEL EST SOUMIS SU DERNIER MOT DU CONSTITUANT

En relisant les grands auteurs et en s'appuyant sur les sources doctrinales bien connues de la théorie de la justice constitutionnelle, on parvient sans mal à éteindre le feu des passions qu'occasionne le débat sur la légitimité du juge constitutionnel et à lever les doutes sur la possibilité de marier l'existence d'un juge de cette nature avec le principe de la séparation des pouvoirs. Avec Kelsen, on conçoit aisément que la question du contrôle de constitutionnalité trouve naturellement sa place dans un discours de logicien. Si un ordre juridique est une hiérarchie de normes dont chaque étage a la double propriété de puiser sa validité dans celui qui lui est supérieur et de fonder la validité de celui qui lui est inférieur, il n'est pas de moyen plus naturel que d'installer un gardien à chacun de ces échelons, pour que l'image pyramidale ne cède la place à celle d'une tour brisée. Que serait une constitution sans son gardien? Fondant la validité de l'acte législatif, elle permettrait au législateur d'

adopter une loi ayant un certain contenu tout en lui laissant le loisir d'adopter une loi au contenu contraire, ce qui mettrait à mal la cohérence du système. Cette constitution serait *un voeu sans force obligatoire*.<sup>1</sup> Aussi, avec Charles Eisenmann, on se rend finalement compte que le contrôle de constitutionnalité n'est rien d'autre qu'un contrôle de procédure.<sup>2</sup> Lorsque la marche du parlement est entravée, il s'agit simplement d'entendre le coup de sifflet du juge constitutionnel non comme un veto, mais comme un incident de procédure qui indique au législateur ordinaire la voie à emprunter pour donner naissance à ce qui a été momentanément arrêté: le législateur ordinaire doit alors "se changer" et revêtir le costume du législateur constitutionnel. Le contenu de "sa" loi n'aura pas été jugé; il aura été conduit à naître dans les formes requises par la répartition des compétences que la hiérarchie des normes a établie. C'est ce scénario tranquille qui s'est déroulé sous nos yeux s'agissant de l'entrée dans l'ordre juridique du principe de parité entre les hommes et les femmes dans l'accès aux mandats électoraux et aux fonctions électives. Voilà une règle dont le gardien de la hiérarchie des normes a fait implicitement comprendre au souverain, à deux reprises, qu'elle ne pouvait voir le jour qu'en la forme constitutionnelle et non législative.<sup>3</sup> Si des obstacles sont venus troubler la tranquillité du scénario, ils ne furent imputables qu'aux hésitations du Constituant,<sup>4</sup> non à l'aiguillage du juge. La logique conduit à ce que ce rôle de répartition des compétences confié au juge constitutionnel par la doctrine normativiste, trouve à être assumé à l'échelon inférieur, par le juge ordinaire chargé d'apprécier la légalité des actes administratifs. En annulant de tels actes ou en soulevant leur illégalité par voie d'exception, le juge administratif comme le juge pénal font comprendre à l'administration, qu'elle a pris des dispositions qui n'auraient dû figurer que dans une loi. De même, lorsque le juge judiciaire annule des contrats, il fait comprendre au législateur qu'il faudrait

1 Kelsen, H., *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP, 1928, p. 197, spéc. p. 250.

2 Eisenmann, Ch., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica-P.U.A.M., 1928, réédition, 1986.

3 Cc. núm. 82-146 DC du 18 novembre 1982, rec. 66 (*Quotas par sexes*); Cc. núm. 98-407 DC du 14 janvier 1999, J.O. du 20 janvier 1999, p. 1028 (*Mode d'élection des conseillers régionaux*).

4 Notamment aux tergiversations sénatoriales lors de la phase d'adoption parlementaire du projet de loi constitutionnel qui a finalement abouti.

changer la loi pour mettre à l'abri d'annulations contentieuses, d'autres contrats de même nature.

Néanmoins, la perfection mécanique de cette fonction d'aiguillage se dérègle dans les eaux troubles de l'interprétation, activité naturelle à laquelle le juge ne peut pas résister. Dans son travail apparemment simple de répartition verticale des compétences, le juge en effet, ne peut pas statuer sans déterminer lui-même le contenu de ce que la norme de référence impose de faire et de ne pas faire à l'organe d'application. Ce faisant, c'est alors le juge qui sous couvert d'une simple fonction d'aiguillage, se substitue à l'organe dont il applique les textes, pour déterminer la compétence normative de l'organe inférieur. Néanmoins, ce renversement de la hiérarchie des organes, opéré par le pouvoir d'interprétation juridictionnelle, n'est pas irréversible: le juge n'a pas le dernier mot car son interprétation du texte de référence peut à tout moment être renversée par l'écriture d'un nouveau texte. Ce sera celui que le Constituant adopte pour désavouer l'interprétation du juge constitutionnel.

La fonction apaisante de la lecture normativiste du contrôle de constitutionnalité, ne peut pas dissiper les doutes qu'ont permis de mettre en lumière les découvertes de l'école réaliste. Si la neutralité du juge constitutionnel est garantie par sa fonction d'aiguilleur, elle est mise à rude épreuve dès lors qu'on sait que cette fonction, comme tout travail auquel se livre celui qui dit le droit, ne préserve pas son titulaire de l'irrésistible devoir naturel d'interprétation, qui loin d'être une opération cognitive est un acte de volonté. Assimiler le fait de censurer la loi à un simple avertissement lancé à la représentation nationale qui se verrait reprocher d'avoir emprunté la voie législative ordinaire au lieu d'emprunter la procédure constitutionnelle, reviendrait à dépeindre les normes et leur hiérarchie sous les aspects d'un dessin géométrique où tout ce qui concerne la répartition des compétences normatives entre deux rangs superposés serait clairement et définitivement gravé. En réalité, force est d'admettre que le juge est amené, pour savoir si le contenu de telle disposition adoptée par le Parlement relève de la compétence du Constituant ou de celle du législateur ordinaire, à déterminer ce que la constitution réserve exclusivement au premier et ce qu'elle concède au second. Cet effort de volonté auquel le juge n'échappe pas est d'autant plus indispensable qu'une constitution, rédigée par des hommes ayant toujours le désir et le souci de statuer sur le long terme, contient des

termes suffisamment généraux, souples et imprécis pour accueillir les interprétations ultérieures qui seront à même de garantir l'adaptation du texte suprême au temps et à l'évolution de la société.<sup>5</sup> L'indétermination du texte constitutionnel, secret de sa viabilité, ouvre toujours une brèche immense à son gardien: le pouvoir considérable d'interprétation. Faut-il alors faire son deuil d'une lecture normativiste du contrôle de constitutionnalité qui avait pourtant le grand mérite de présenter le gardien de la constitution comme le gardien de la séparation des pouvoirs? Faut-il déplorer que ses explications rassurantes ne résistent pas aux conclusions perspicaces des théories sur l'interprétation qui, en mettant à nu le pouvoir normatif de la jurisprudence, nous conduiraient à admettre que loin de garantir la séparation des pouvoirs entre le Constituant et le législateur ordinaire, le juge constitutionnel la perturbe ou tout au moins en change les données? Autrement dit, la réalité du pouvoir d'interprétation serait-elle devenue l'argument idéal pour servir à instruire le procès en légitimité du Conseil constitutionnel pour lequel la théorie de l'aiguilleur ne serait plus d'aucun secours?

On sait que de tels doutes ne sont pas permis car la théorie de l'aiguilleur a trouvé son relais efficace dans la thèse souvent soutenue par le doyen Vedel du "lit de justice".<sup>6</sup> Utilisée pour désigner le siège qu'occupait le roi dans les séances solennelles du Parlement sous l'Ancien Régime, représentant la présence et l'intervention du Souverain qui se saisit d'un problème d'interprétation pour surmonter une difficulté décelée par le Magistrat, l'expression évoque l'idée qu'en tout état de cause, le juge et son interprétation sont subordonnés au souverain. Adaptée aux enjeux actuels du contrôle de constitutionnalité, elle sert à décrire la manifestation du pouvoir constituant comme celui d'une chambre d'appel désavouant l'interprétation que le juge constitutionnel a retenue de la constitution. La jurisprudence du juge constitutionnel n'étant pas souveraine, son contrôle par le Constituant s'analyse presque en une sorte de "référé" constitutionnel. Ce mécanisme, illustré par la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993 destinée à mettre en échec l'inter-

<sup>5</sup> Voir par exemple, les réflexions de D-G Lavroff sur la tension qui anime l'esprit des constituants entre leur sentiment d'écrire une ...uvre impérissable et leur souci d'en garantir la souplesse pour l'avenir: *Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle*, p. 347, spéc., pp. 348 y 349.

<sup>6</sup> Voir par exemple, pour une utilisation récente de l'expression, Vedel, G., "La parité mérite mieux qu'un marivaudage législatif!", *Le Monde*, 8 décembre 1998, p. 16.

prétation que le Conseil avait retenue du 4<sup>ème</sup> alinéa du préambule de 1946 relatif au droit d'asile dans sa décision du 13 août 1993,<sup>7</sup> permet de vérifier que l'activité du Conseil, nonobstant son redoutable pouvoir d'interprétation, ne bouleverse toujours pas la séparation des pouvoirs ni ne porte atteinte à la souveraineté du peuple et s'insère dans la hiérarchie des organes. Un "lit de justice" peut d'ailleurs autant désavouer l'interprétation conforme de la loi que l'interprétation normative de la constitution. Ainsi, par la révision du 25 novembre 1993, le nouvel article 53-1 de la constitution qui fait de l'asile non seulement un droit de l'homme mais aussi une prérogative de l'Etat, était aussi bien destiné à revenir sur l'interprétation par le Conseil du 4<sup>ème</sup> alinéa du préambule de 1946 qu'à contourner une réserve d'interprétation faisant d'une disposition de la loi du 24 août 1993<sup>8</sup> une prescription obligeant l'Etat à procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile nonobstant ses engagements internationaux. Sous "surveillance" du Constituant, l'interprétation conforme de la loi peut être autant contrôlée que l'interprétation normative de la constitution.

## II. LE JUGE CONSTITUTIONNEL N'EST PAS UN REPRÉSENTANT

L'effet pervers du culte de l'Etat de droit est bien connu. A louer la soumission de l'Etat au droit, on encourt toujours le risque de trahir une complaisance à l'égard d'une soumission de l'Etat au juge. Je voudrais maintenant contribuer ici à dissiper le malentendu qui ne peut qu'alimenter le discrédit de la démocratie constitutionnelle. C'est en effet sur le mythe de l'insolente subjectivité du juge constitutionnel, aujourd'hui en recul il est vrai, qu'on s'arrêtera un instant pour s'associer à sa nécessaire mise à l'écart. Imaginaire, le gouvernement des juges de la loi ne hanterait peut-être plus les esprits si l'on renonçait sagement à assimiler le Conseil constitutionnel à un représentant.

Une telle assimilation prouve déjà une chose: la définition des catégories juridiques opérée par une partie de la science du droit se trouve soumise au fait accompli et réduite à l'entériner. En effet, pour contourner l'objection selon laquelle le système ne serait plus démocratique dès

7 Cc. núm. 93-325 DC du 13 août 1993, rec. 224.

8 Loi du 24 août 1993, J.O. du 29 août 1993, p. 12196.

lors qu'un organe non investi de l'onction électorale peut s'opposer à la promulgation des lois, cette partie de la science du droit justifie la légitimité d'un tel organe en en faisant un présupposé à la remorque duquel il faut trouver une nouvelle définition de la démocratie. Ainsi, selon Michel Troper, "il appartient à cette science d'indiquer quelle est la conception de la démocratie qui est compatible avec l'existence d'un Conseil constitutionnel et qui, par conséquent, doit être considérée comme présupposé par le système politique français actuel".<sup>9</sup> De même, pour Dominique Rousseau, au lieu de se fonder sur une définition *a priori* de la démocratie, il convient d'adopter la démarche inverse: "Le contrôle de la constitutionnalité des lois est légitime parce qu'il produit une définition de la démocratie qui le légitime".<sup>10</sup> L'auteur poursuit en disant "qu'il ne s'agit donc pas de mettre en rapport la vérité démocratique avec le mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois, mais de faire apparaître quelle vérité démocratique ce mécanisme rend possible, et qui le légitime en retour".<sup>11</sup>

Le risque est de faire de la *démocratie*, notion pourtant immuable et objective répondant à une définition précise (*Gouvernement du peuple par le peuple*), une étiquette nominale qu'on peut plaquer sur des réalités nouvelles. Ainsi, la notion de représentant se trouve artificiellement utilisée pour qualifier un organe afin de le légitimer: c'est parce qu'il intervient au cours du processus de promulgation de la loi et parce que celle-ci exprime la volonté générale qu'il faut le voir comme un représentant. On voudrait contribuer ici à libérer la vieille notion juridique de *représentant* du traitement que lui réserve une partie de la doctrine sous forme d'un coup de force théorique destiné à entériner et justifier des mécanismes institutionnels plus récents. Comment légitimer, en effet, le Conseil constitutionnel s'il est artificiellement qualifié de représentant? *Qui* (et non *que*) représente-t-il au juste? Le bon sens appelle une seule réponse: *personne*. Dans ces conditions, attribuer l'étiquette de *représentant* à la Haute instance de la rue Montpensier ne peut qu'entamer son crédit. Elle ne mérite pourtant pas ce sort.

<sup>9</sup> Troper, M., "Justice constitutionnelle et démocratie", *Pour une théorie juridique de l'Etat PUF, Leviathan*, 1994, p. 329 et s, spéc. p. 339.

<sup>10</sup> Rousseau, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 4a. ed., Montchrestien, 1995, p. 416.

<sup>11</sup> *Idem*.

Compte tenu de la définition révolutionnaire du régime représentatif,<sup>12</sup> le représentant n'est pas lié par les aspirations de ceux qu'il représente. Dégagé de toute contrainte, non pas au regard du droit mais au regard de la volonté générale qui s'est exprimée pour l'investir, le représentant peut toujours faire prévaloir sur cette dernière sa propre volonté subjective puisque sa liberté a un prix: la sanction de la non-réélection. Non élu au contraire, le juge se sent davantage lié par le droit que le politique ne l'est par la volonté générale. Alors que l'on attend fermement du juge qu'il respecte une éthique consensuelle exprimée dans des règles de droit positif, un représentant qui n'honore pas ses engagements électoraux ne choque plus personne sachant que son sort n'est pas à l'abri du désaveu électoral.

Or d'éminents auteurs considèrent le Conseil constitutionnel comme un représentant qui exprime, aux côtés du parlement, la volonté générale.<sup>13</sup> L'amalgame provient d'une lecture exclusivement grammaticale de l'article 60. de la Déclaration de 1789 qu'on s'efforcera de critiquer. Cette lecture semble correspondre à un réflexe symptomatique du réalisme tropérien "mis sur orbite" par le normativisme kelsénien (A). Une telle approche réaliste et radicale de l'interprétation des textes juridiques ne semble pas refléter la réalité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (B).

### 1. *Une lecture grammaticale de l'article 60. de la Déclaration de 1789, symptomatique du réalisme tropérien*

Considérant, conformément à un présupposé syntaxique, que l'article 60. de la Déclaration de 1789 selon lequel "la loi est l'expression de la volonté générale" est une formulation descriptive, Michel Troper parvient à la conclusion que tous ceux dont le consentement est sollicité pour que la loi puisse voir le jour participent à l'expression de la volonté générale.<sup>14</sup> Au même titre que le roi qui, par son droit de veto, eût été

<sup>12</sup> Voir Constitution de 1791, III, I, 3, article 70.: *Les représentants nommés par les départements ne seront pas représentants d'un département particulier mais de la nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat*, formule reprise, sous une forme voisine, par la Constitution de l'an III (article 52), et par celle de 1848 (article 34 et 35).

<sup>13</sup> Troper, Michel, *op. cit.*, nota 9, pp. 329 y ss.

<sup>14</sup> *Idem.*

jadis un organe partiel de la législation, le Conseil constitutionnel dont l'intervention est une procédure prévue par le texte constitutionnel, participerait aujourd'hui à l'élaboration de la loi. La suite logique du raisonnement permet de dire qu'il est un représentant. La gravité d'une telle conclusion n'est que la conséquence simple et syllogistique d'une prémisse qui fait du texte de l'article 60. de la Déclaration de 1789 un constat que ses auteurs auraient effectué en étant dénué de toute volonté : lorsque les révolutionnaires déclarèrent que "la loi est l'expression de la volonté générale", ils n'auraient pas émis une prescription et n'auraient pas proclamé que la loi *devait* être l'expression de la volonté générale. Comme toute la Déclaration, il s'agirait selon Michel Troper, d'un discours indicatif, d'une simple définition. "A supposer qu'on puisse le connaître, le sentiment intime (ou la volonté) des constituants est indifférent", estime l'éminent théoricien qui ne s'intéresse qu'au "statut modal" des énoncés<sup>15</sup> figurant dans la Déclaration.<sup>16</sup> Une telle lecture exclusivement grammaticale de la définition révolutionnaire de la loi appelle deux types de remarques. Premièrement, elle peut être sujette à discussion: une lecture grammaticale, sensiblement différente, qui tiendrait compte du code rhétorique du juriste conduirait à nous demander si l'emploi de l'indicatif présent ne signifierait pas au contraire que la loi *doit* exprimer la volonté générale et non simplement *exprime* la volonté générale. Deuxièmement, vouloir réduire l'interprétation d'une Déclaration de droits à une lecture purement syntaxique revient à faire peu de cas, semble-t-il, de l'intention et de la subjectivité de ses auteurs. Selon la définition proposée par le dictionnaire encyclopédique *Larousse*, un système syntaxique est un "système de lois permettant d'étudier un langage sous son aspect purement formel, sans référence à la signification ou à l'usage qui est fait de ce langage". Autrement dit, l'approche tropérienne de l'article 60. de la Déclaration conduit à rendre l'énoncé qu'il contient purement aveugle et, ce faisant, particulièrement commode pour offrir à son lecteur la liberté d'y installer l'interprétation qu'il entend imposer, en l'occurrence celle selon laquelle le Conseil constitutionnel participe à l'expression de la volonté générale. Pour parvenir à une telle solution remarquablement efficace pour rendre logique l'idée que celui

<sup>15</sup> Conjugués au présent de l'indicatif.

<sup>16</sup> Troper, Michel, "La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789", *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Leviathan, 1994, p. 317, spéc. p. 326.

qui contrôle la loi avant sa promulgation exprime autant la volonté générale que celui qui l'a votée, Michel Troper entend se débarrasser de ce qui constitue pour lui, doit-on le présumer, un double écueil: celui d'une lecture positiviste de la Déclaration de 1789 qui délégitimerait tout contrôle de constitutionnalité et celui d'une lecture jusnaturaliste du même document qui justifierait un tel contrôle mais pas au point, est-il permis de penser,<sup>17</sup> de faire du juge constitutionnel un véritable représentant. En introduction de son article cité plus haut,<sup>18</sup> l'auteur oppose, en effet, une approche positiviste qui présente la Déclaration de 1789 comme le produit contingent de la volonté historique d'une assemblée humaine à une conception jusnaturaliste de la charte qui fait d'elle, au contraire, un acquis révélé que l'homme possède par essence depuis toujours. A juste titre, poursuit l'auteur, la première lecture rend irrecevable l'idée d'un contrôle de constitutionnalité de la loi qui serait effectué au regard de prescriptions émanant d'une volonté humaine vieille de deux siècles,<sup>19</sup> tandis qu'avec la seconde, "la justification du contrôle est forte : il impose la soumission du législateur actuel non à une volonté historique et contingente, mais à une vérité éternelle".<sup>20</sup>

Pour justifier le rôle du Conseil constitutionnel au point de lui reconnaître généreusement le statut de représentant, Michel Troper dont l'héritage néopositiviste kelsénien le préserve de toute errance métaphysique, ne saurait s'appuyer sur cette seconde lecture jusnaturaliste. Son objectif est plutôt de "dévitaliser" le texte révolutionnaire par une lecture exclusivement *modale* de ses dispositions afin d'ignorer astucieusement le degré sensible, affectif et intentionnel d'humanité et de subjectivité, c'est-à-dire l'âme, le souffle et, chemin faisant, le caractère prescriptif de ce texte. Il se livre pour ce faire, à une lecture dont il est possible de trouver la source dans le normativisme kelsénien, plus soucieux de la place de la loi<sup>21</sup> dans la hiérarchie des normes que de son contenu ou

17 Voir *infra*.

18 Troper, M., *op. cit.*, nota 16, p. 317.

19 *Comment comprendre que nous soyons soumis à la volonté d'hommes morts depuis si longtemps?*, explique-t-il de façon didactique, *idem*.

20 *Idem*.

21 Par commodité de langage, on entend par loi, tout acte juridique posé par une autorité habilitée à cet effet et qui tire sa validité de sa conformité aux conditions d'existence posées par un acte émanant d'une autorité supérieure.

de son origine.<sup>22</sup> Une telle approche formelle de la loi qui, selon Jacques Chevallier, exclut “tout jugement de valeur implicite et toute préoccupation de légitimation sous-jacente”<sup>23</sup> atteint son paroxysme dans le réalisme tropérien qui se désintéresse de la valeur subjective de l’acte posé par une autorité.<sup>24</sup> Une lecture exclusivement grammaticale de l’article 60. de la Déclaration de 1789 semble symptomatique de cette position radicale que défend Michel Troper sur la liberté de l’interprète qui, pour bénéficier d’une marge d’autonomie suffisante vis-à-vis du texte, ne devrait voir en celui-ci qu’un support graphique désincarné. Mettant entre parenthèse la volonté du locuteur révolutionnaire en insistant sur le mode formellement descriptif de son discours, Michel Troper offre au lecteur, à l’interprète et au juge une place hypertrophiée.

Dans l’approche réaliste tropérienne en effet, l’acte juridique adopté par son auteur n’est, aux yeux de celui-ci, qu’une proposition subjective de norme. Un tel acte ne devient normatif que lorsqu’il est “objectivé” c’est-à-dire lorsque l’ordre juridique attache à sa violation, des conséquences de droit. Or, c’est à ceux qui lisent ou interprètent l’acte juridique, qu’il incombe de déterminer s’il y a violation. Cette sous-estimation de la subjectivité de l’acte,<sup>25</sup> qui fait de celui-ci une oeuvre

22 H. Kelsen et C. Eisenmann se situent à l’origine de cette approche, pour avoir justifié la soumission de l’Etat au droit —pour avoir défini l’Etat de droit— à l’aide d’un schéma autopoïétique, fermé sur lui-même, où le droit est généré par le droit: une règle est intrinsèquement dénuée de toute valeur juridique et ne l’acquiert que dans la mesure où il est possible de l’imputer à une règle supérieur qui, à son tour, n’est valide que si elle peut être mise en rapport avec une règle encore supérieure, etcétera. Voir Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, traduction de C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962; *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP, 1928, p. 187.

23 “Ce qui importe, dit cet auteur en présentant l’analyse kelsénienne, n’est pas le contenu des normes juridiques, le degré variable de démocratie et de sécurité juridique qu’elles comportent, mais le seul constat de l’existence d’un ordre de contrainte efficace”, Chevallier, J., *L’Etat de droit*, 2a. ed., Montchrestien, Clefs-politiques, 1994, pp. 48 y 49.

24 Celui-ci s’en désintéresse sans pour autant la nier car Michel Troper est un positiviste et, en tant que tel, entend par science du droit celle qui décrit le droit tel qu’il est posé par les hommes et qui, à ce titre, appartient à la catégorie du *sollen* descriptif (c’est-à-dire à la description de *ce qui doit être* en vertu des lois posées par les hommes dans un ordre juridique donné).

25 Une telle sous-estimation permet d’apprécier les conséquences paradoxales et radicales du réalisme tropérien qui se rattache pourtant au juspositivisme, famille de pensée ne s’intéressant qu’à l’ensemble des énoncés prescriptifs émanant de la volonté subjective de l’homme.

désincarnée tant qu'il n'a pas été sanctionné, offre ainsi avec facilité et commodité, le quasi-monopole de la volonté au lecteur de la règle, c'est-à-dire à son interprète qui en devient le véritable auteur. Inspiré par la définition kelsenienne de l'interprétation comme acte de volonté et non de connaissance, Michel Troper a remarquablement mis en évidence l'idée que la règle édictée par son auteur, sortie tout droit de la presse des bulletins officiels, n'est pas une norme mais qu'elle contient une multiplicité potentielle de significations.<sup>26</sup> Elle ne devient une norme que lorsqu'au moment où il a dû se prononcer sur la violation de l'acte, l'organe d'application officiel (authentique)<sup>27</sup> a fait un choix entre toutes ces significations afin d'en imposer une.

Autrement dit, le lien de parenté intellectuel est tout tracé entre cette conclusion dite *réaliste* selon laquelle seul le juge est l'auteur véritable de la loi et celle selon laquelle le juge constitutionnel est un représentant du souverain, et, à ce titre, "*coexprime*" la volonté générale.

Faire du juge un représentant revient à lui accorder la liberté dont ce dernier dispose dans l'énonciation de la volonté générale. On ne saurait parvenir à une telle conclusion sauf à adhérer au réalisme tropérien. Or, si celui-ci trouve sa source intellectuelle dans une conception subjective du droit qui, pour expliquer l'origine du phénomène juridique, s'avère plus satisfaisante qu'une conception objective entachée de l'errance métaphysique, il tire des enseignements qui ne semblent pas refléter la réalité du comportement jurisprudentiel du Conseil constitutionnel.

## 2. Une conception réaliste et radicale de l'interprétation démentie par la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Pour reprendre l'excellente présentation effectuée par Yann Aguila,<sup>28</sup> on distingue généralement deux approches de la philosophie du droit qui servent à définir la nature profonde de la norme. On oppose ainsi une conception objective à une conception subjective du droit.

<sup>26</sup> Troper, M., *La théorie de l'interprétation et le problème de la supra-légalité constitutionnelle*, Paris, Cujas, 1974, p. 133.

<sup>27</sup> En dernière analyse, il s'agit de la cour suprême d'un ordre de juridictions.

<sup>28</sup> Aguila, Y., *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Travaux et Recherches de l'Université Panthéon-Assas, L.G.D.J., 1993, pp. 8 y ss.

Par la première, on explique que l'Etat est soumis à un droit supérieur, incréé et naturel qu'il incombe aux organes juridiques de découvrir. Cette idée d'hétéro-limitation métaphysique de l'Etat, incarnée principalement par l'école jusnaturaliste, n'a pu résister longtemps à une objection de taille : qui est habilité à découvrir le contenu de ce droit supérieur sinon le juge qui, sous la bannière du droit naturel fera en réalité prévaloir une conception hautement subjective des principes qu'il renferme. Aussi, selon la seconde conception, d'inspiration juspositiviste, le droit n'est autre que le fruit de la volonté subjective de l'homme. Le juge, qui n'ignore pas sa propre condition humaine, sait qu'il est lui-même doté d'une propre subjectivité et se trouve alors légitimement conduit à la prudence. A défaut, ce serait en la couvrant du voile de l'objectivité qu'il serait tenté d'opposer insolemment sa propre subjectivité au politique. Paradoxalement donc, la conception objective du droit est, sous la forme d'un commode alibi —celui du droit naturel—, le meilleur garant du gouvernement et de l'insolente subjectivité des juges.

Prudent, le Conseil constitutionnel a su se prémunir contre une telle tentation et sa jurisprudence révèle une adhésion à la conception positiviste et subjectiviste du droit, comme le montrent les exemples mis en exergue par Yann Aguila. Ainsi, le Conseil fait souvent référence à l'intention du législateur et à ses travaux préparatoires pour déterminer le caractère inséparable d'une disposition déclarée contraire à la Constitution.<sup>29</sup> Il évite ainsi, selon Yann Aguila, "que la déclaration d'inconstitutionnalité conduise à la promulgation d'une loi qui, amputée d'une partie de ses dispositions, serait en définitive contraire à la volonté du législateur".<sup>30</sup> Cette prudence caractéristique d'une conception positiviste du droit amène la Haute instance à refuser d'instituer une hiérarchie entre les principes de la Déclaration de 1789 et ceux du Préambule de 1946 au nom d'une supra-constitutionnalité qui emprunterait au droit naturel "sa commode plasticité".<sup>31</sup> Le Conseil préfère ainsi s'en remettre à la volonté subjective du constituant exprimée par le référendum de 1958 qui a conduit à rassembler au sein d'un même document les deux déclarations. De même, en refusant de s'opposer à la loi sur l'avorte-

<sup>29</sup> Cc. núm. 63-21 DC du 12 mars 1963, rec. 23.

<sup>30</sup> Aguila, Y., *op. cit.*, nota 28, p. 10.

<sup>31</sup> Vedel, G., "La place de la déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité", *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, PUF, 1989, p. 35.

ment,<sup>32</sup> le Conseil a fait montre d'une sage retenue dont un juge fait preuve quand il est conscient d'être, comme tous ses semblables, affecté par des jugements de valeur personnelle qu'il n'a pas, contrairement au représentant, la légitimité électorale de faire prévaloir. Sachant qu'il s'agit là d'un problème de conscience morale, il ne pouvait que s'incliner devant la volonté d'une majorité parlementaire sauf à invoquer une barrière métaphysique qui n'aurait servi qu'à dissimuler sa propre subjectivité. Enfin, on peut, toujours en s'appuyant sur les exemples relevés par Yann Aguila, retenir le refus par le Conseil de contrôler les lois constitutionnelles en écartant tout moyen mettant en cause "le pouvoir souverain d'appréciation du constituant".<sup>33</sup>

Dans ces conditions, il devient difficile d'assimiler le juge constitutionnel à un représentant qui exprime la volonté générale puisque sa jurisprudence prouve qu'il est corseté à l'intérieur d'une marge restreinte de discrétionnalité et qu'il se montre respectueux, pour juger la loi, de la volonté subjective de deux locuteurs: celle du constituant qui exprime une volonté générale "perpétuelle" et celle du législateur qui, subordonné au premier, exprime une volonté générale circonstancielle ou "momentanée".<sup>34</sup>

L'affaire se complique lorsque cette volonté subjective du législateur ou du constituant devient difficile à déchiffrer et à déterminer. Pour qua-

32 Cc. núm. 75-54 DC du 15 janvier 1975, rec. 23.

33 Cc. núm. 92-312 DC du 2 septembre 1992, rec. 76.

34 A telle enseigne que le Conseil constitutionnel a, dans le prolongement des jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour européenne des droits de l'Homme, consacré au profit des étrangers, le droit de mener une vie familiale normale qui leur permet de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs (CC 93-325 DC du 13 août 1993, rec. 245). Mais, le hissant au rang de principe constitutionnel, le Conseil constitutionnel s'est montré néanmoins plus sévère que ses homologues administratif et européen en conditionnant l'exercice d'un tel droit à la régularité et à la stabilité du séjour de l'étranger en France alors que ces derniers n'exigeaient que le critère de la régularité. Un tel recul du juge constitutionnel par rapport aux autres juridictions ne s'explique que par son engagement de prendre en compte la volonté du locuteur législatif qui avait, en 1993, ajouté le critère de la stabilité dans l'intention sécuritaire de restreindre les cas d'entrée et de séjour des étrangers en France. Voir, pour une explication détaillée, Dyens, Samuel y Sales, Eric, "Le Conseil constitutionnel est-il herculéen?", *Rev. Adm.*, núm. 291, 1996, p. 275, spéc. p. 282.

Sur la distinction entre "*peuple perpétuel*" et "*peuple momentané*", voir Gauchet, M., *La Révolution des pouvoirs, la souveraineté, le peuple et la démocratie*, Paris, Gallimard, 1995, pp. 44 y 45, 280 y 281.

lifier le comportement du juge devant une telle difficulté, la théorie réaliste de Michel Troper offre alors, en distinguant la “proposition subjective de norme” de la “norme objectivée” par l’interprète au moment de la libre détermination de la signification du texte, une réponse trop séduisante pour être...réaliste. La théorie élimine radicalement toutes les difficultés de décodage propre à la méthodologie juridique pour faire du juge un ventriloque qui, sous couvert de l’impossibilité de violer et de connaître l’intime subjectivité de l’auteur du texte, impose lui-même la signification qu’il veut à défaut de pouvoir la découvrir.<sup>35</sup> Il est logique d’en inférer que le Conseil est un représentant puisqu’en substituant par l’interprétation sa propre volonté à celle de l’auteur du texte en raison de l’incontournable opacité de cette dernière, il réécrit ce que le représentant est censé avoir voulu en exprimant la volonté générale.<sup>36</sup>

La réalité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel offre l’image, heureusement, d’un activisme juridictionnel bien moins débridé. Lorsque la volonté du législateur ou du constituant est délicate à deviner, le Conseil adopte raisonnablement toujours le même profil: il contient sa subjectivité et se garde bien de succomber à la tentation de la substituer à celle, introuvable, des locuteurs législatif ou constitutionnel. Il recourt alors à des méthodes objectives d’interprétation.<sup>37</sup> Ce sont des règles

<sup>35</sup> L’insaisissabilité de la volonté de l’auteur d’un texte est illustrée, en partie, par Michel Troper de la manière suivante: *Cela tient d’abord au fait qu’il n’existe pas de signification objective susceptible d’être connue. L’intention de l’auteur du texte est le plus souvent difficile à déterminer, notamment dans le cas où il s’agit d’une autorité collégiale. Ceux qui ont voté la loi n’ont pas toujours indiqué comment ils l’ont comprise et s’ils l’ont indiquée, ils ne l’ont pas toute comprise de la même façon. Il arrive même que certains votent sans savoir ce qu’elle contient, simplement par conformité à la discipline de parti. Dans le cas d’une constitution adoptée par référendum, il faudrait pouvoir connaître l’intention de chacun des électeurs. Mais même si l’on pouvait la connaître, on n’aurait connaissance que d’un fait, d’un état mental, psychique et non pas d’une signification (op. cit., nota 9, p 329, spéc. p. 333).*

<sup>36</sup> La légitimité du juge constitutionnel tiendrait alors, selon Michel Troper, au poids des contraintes stratégiques qui pèsent sur lui dans l’édiction de ses décisions et qui l’empêchent de statuer arbitrairement ou par pétitions de principe afin de garder une certaine influence sur les institutions concurrentes qui l’entourent. Utilisant la métaphore du joueur d’échec, Michel Troper évoque cela avec talent pour conclure son article. Voir, *op. cit.*, nota 9, pp. 344-346.

<sup>37</sup> De telles méthodes, bien-sûr, ne sauraient renvoyer à un prétendu droit objectif que le Conseil invoquerait pour dissimuler sa propre volonté. Il ne s’agit pas d’un quelconque droit naturel. C’est de méthodes objectives communément mises en oeuvre par les juges qu’il est question et non d’une conception objective du droit.

permettant de déterminer la cohérence objective et commune qui se dégage des textes, par delà l'introuvable subjectivité de leurs auteurs. Pour prendre un exemple, la métaphore dworkinienne du roman écrit à la chaîne par des générations d'auteurs successifs de la narration normative est un modèle utilisé par Yann Aguila pour comprendre la fonction des *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*:<sup>38</sup> certes, en conférant une valeur constitutionnelle à la liberté d'association le 16 juillet 1971,<sup>39</sup> il devait être bien délicat pour le Conseil, de deviner ce qu'auraient pensé de sa propre décision les hommes de 1789 qui ont aboli les corporations. En hissant le principe de la liberté d'enseignement le 23 novembre 1977 au rang constitutionnel,<sup>40</sup> il devait lui être quelque peu embarrassant d'imaginer la manière dont auraient réagi les membres de l'Assemblée constituante de 1946 qui avaient refusé d'inscrire cette liberté dans le Préambule. En réalité, le Conseil ne fait que s'en remettre à une sédimentation historique accumulée au cours des décennies par des textes de loi républicains, formée objectivement dans la durée, par dessus la contingence des subjectivités qui, en se succédant, ont contribué à sa formation.

Partant de là, adhérant à l'incontournable logique du raisonnement tropérien mais n'assumant pas son présupposé formel qui fait du texte une ardoise d'écolier dont l'utilisateur peut indéfiniment effacer le contenu afin d'y substituer celui qu'il entend imposer selon sa propre subjectivité, il semble plus raisonnable de dire que le Conseil constitutionnel, tel Hermès, est un messager, un rouage intermédiaire qui est chargé d'*éclaircir* l'énoncé des locuteurs constitutionnel et législatif qui, seuls, expriment la volonté générale. C'est d'ailleurs le rôle premier du "diseur" de droit, c'est-à-dire du professionnel du droit, du juriste, de l'intermédiaire, du juge, du "ministre du sens".<sup>41</sup> Sa position dans le rouage législatif l'autorise, en tant que spécialiste et professionnel du droit, à émettre une interprétation-relais de l'acte contrôlé mais non à se croire

<sup>38</sup> Aguila, Y., *op. cit.*, nota 28, pp. 66 y 67. Voir également, Dyens, S. et Sales, E., "Le Conseil constitutionnel est-il herculéen?", *op. cit.*, nota 34, p. 275.

<sup>39</sup> Cc. núm. 71-44 DC du 16 juillet 1971, rec. 29.

<sup>40</sup> Cc. núm. 77-87 DC du 23 novembre 1977, rec. 42.

<sup>41</sup> La paternité de l'expression revient à Rigaux, F., "Le juge, Ministre du sens", *Justice et argumentation*, mélanges Perelman, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 79.

représentant, sous peine de rendre sa fonction illégitime. Si le juge, dans un Etat de droit, voit sa marge de manoeuvre plus restreinte que celle du politique, c'est qu'il se fait l'écho d'une volonté plus pesante car moins contingente que celle qui investit le représentant: fruit d'une longue histoire constitutionnelle et législative, le rythme de son évolution est autrement plus lent que celui de la volonté qu'expriment les gouvernants à chaque moment dont est ponctué le calendrier électoral. Sur le fondement de cette séparation ontologique qui distingue les rôles respectifs du juge constitutionnel et du représentant, la légitimité du premier devrait rester sauve.