

Jus Politicum

Revue de droit politique

Numéro 31 – Mars 2024

Pouvoir juridictionnel



INSTITUT
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit

DIRECTEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

FONDATEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

CONSEIL DE RÉDACTION

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil),
Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Cécile Guérin-Bargues (Université Panthéon-Assas),
Renaud Baumert (Université de Cergy-Pontoise),
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas),
Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes),
Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas),
Quentin Epron (Université Panthéon-Assas),
Thibault Guilluy (Université de Lorraine),
Jacky Hummel (Université de Rennes 1),
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas),
Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas),
Elina Lemaire (Université de Bourgogne),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines),
Céline Roynier (Université de Cergy-Pontoise),
Christoph Schönberger (Universität Köln),
Adam Tomkins (University of Glasgow)
Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg)

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaud (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveleux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Jérémy Papic (Université Panthéon-Sorbonne)

ASSISTANTS D'ÉDITION

Volia Crevot (Université de Rennes 2)

Jus Politicum
Pouvoir judiciaire
Numéro 31 - Mars 2024

I. POUVOIR JURIDICTIONNEL.....	5
Lord Jonathan Sumption <i>Pouvoir judiciaire : le défi démocratique.....</i>	7
François Saint-Bonnet <i>Pouvoir judiciaire et plateformes numériques</i>	13
Pascale Gonod <i>Procès administratif et pouvoir judiciaire</i>	23
Cécile Guérin-Bargues <i>La justice judiciaire à l'heure du ressentiment</i>	33
Céline Roynier <i>Du pouvoir de dire le droit au droit de dire le pouvoir</i>	53
Aïda Manouguian <i>Le mythe de la vérité judiciaire</i>	71
II. CRITIQUES DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ.....	91
Renaud Baumert <i>Présentation.....</i>	93
Anthony Sfez <i>La critique du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois en Espagne</i>	95
Thibault Carrère <i>La critique du contrôle de constitutionnalité par Jeremy Waldron : une défense démocratique des droits</i>	113
Benjamin Fargeaud <i>Les ambiguïtés de l'hostilité au contrôle de constitutionnalité sous la IV^e République</i>	133

Jean-Sébastien Boda
Un vent de fronde contre le contrôle de constitutionnalité des lois
Analyse des débats parlementaires sur la révision constitutionnelle
du 25 novembre 1993..... 167

Idris Fassassi
La Cour neutralisée ou l'offensive du Congrès contre le contrôle de
constitutionnalité des lois sous la Reconstruction..... 193

III. AUTOUR DU LIVRE DE CHRISTOPH SCHÖNBERGER.....215

Olivier Beaud, Éric Buge
*Présentation de la Table Ronde autour du livre de C. Schönberger..*217

Christoph Schönberger
Sur le banc. La mise en scène du gouvernement dans l'espace
parlementaire 219

Jacky Hummel
Le Bundestag, théâtre parlementaire habité par des fantômes de
l'histoire constitutionnelle.
Sur l'ouvrage de C. Schönberger 225

Thomas Hochmann
Feng shui au Bundestag..... 235

IV. VARIA.....241

Pauline Trouillard
La liberté d'expression à l'ère digitale : des conceptions américaines
et européennes réconciliables, en pratique ? 243

Alexandre Deroche
La propriété : un droit de l'homme en débat devant l'Assemblée
constituante en 1946 271

Édouard Delruelle
Constitution matérielle et constitution mixte Du pouvoir constituant
aux corps intermédiaires..... 293

V. MÉMOIRE.....323

Tancrède de Logivière

La « jurie constitutionnaire » de Sieyès, prototype du contrôle de constitutionnalité : un mythe et sa persistance..... 325

Pouvoir juridictionnel

Pouvoir judiciaire : le défi démocratique

L'expansion de l'empire du droit est l'un des faits les plus marquants de notre époque. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, la grande majorité des interactions humaines suivaient des règles fondées sur la coutume, la tradition et les normes de la politesse. Le droit visait à s'attaquer à une étendue très étroite de problèmes. Il défendait les droits de propriété et régissait l'aliénation de biens. Il assurait l'exécution des contrats. Il protégeait la vie humaine, la liberté individuelle, et l'intégrité corporelle. En France, et plus rarement en Angleterre, il empêchait les abus du pouvoir administratif. C'était à peu près tout. Aujourd'hui, en revanche, la loi interfère à tous les niveaux de la vie. Les tribunaux des affaires familiales s'occupent de tout aspect du bien-être des enfants, autrefois chasse gardée des pères de famille. Le monde du travail et de l'emploi est minutieusement réglementé par des codes et des modèles de contrat, appliqués par un réseau de tribunaux spécialisés. Un système complet de droit administratif, renforcé par la Convention européenne des droits de l'homme, régit les relations entre le citoyen et l'État. En Grande-Bretagne, le nombre de juristes par million de populations est sept fois plus grand aujourd'hui qu'il y a un siècle. Je ne connais pas les chiffres correspondants pour la France, mais on m'assure qu'ils seraient sensiblement équivalents.

L'État de droit est devenu une des notions banales de la vie moderne. Mais qu'est-ce que cela veut dire ? L'essentiel peut se résumer en trois principes. Premièrement, les autorités publiques n'ont aucun droit de coercition autre que celui que leur accorde la loi. Deuxièmement, les citoyens doivent avoir un minimum de droits personnels. Ils peuvent être discutables, mais ils doivent au moins comprendre la protection contre la violence et contre les atteintes à la vie et la liberté individuelle. Sans ces droits-là, l'existence sociale n'est autre qu'un combat continu où seule la force prévaut. Troisièmement, il est essentiel qu'il existe un accès à des tribunaux indépendants pour revendiquer ces droits. Cependant, il y a quelque chose de plus important encore que ce que signifie l'État de droit. C'est ce qu'il n'implique pas. Ça ne veut pas dire que tout problème humain et tout dilemme moral demande une solution juridique. On peut donc se demander pourquoi on assiste à l'immense expansion du domaine du droit que l'on connaît depuis un siècle.

C'est surtout dû à l'arrivée d'une démocratie de masse dans les pays européens depuis le milieu du XIX^e siècle. La démocratie de masse a naturellement entraîné de nouvelles attentes de la part des citoyens à l'égard de l'État, surtout comme garant d'un niveau minimum de sécurité et comme régulateur de l'activité économique. L'optimisme quant aux résultats que l'intervention collective amène est une tendance naturelle de tout animal social, tel l'homme. En France, cette confiance en la puissance et la bienveillance de l'État fut l'élément principal à l'origine de l'avancée du communisme dans les années trente, et des partis sociaux-démocrates après la guerre. La réussite apparente des économies européennes pendant les Trente Glorieuses a considérablement accru le prestige de l'État.

Le droit est l'instrument principal de l'action collective. Il y a des problèmes sociaux que seul l'État peut résoudre, tel que les conséquences indésirables de l'évolution économique et technologique, ce que les économistes appellent les « externalités » : les maladies professionnelles, la pollution, les entreprises monopolistiques, le réchauffement planétaire, pour ne nommer que les plus évidentes. Dans ces domaines-là, l'État et sa loi sont les seules ressources de l'homme. En revanche, l'intervention du droit est facultative dans d'autres domaines. C'est un choix collectif. Si, aujourd'hui, on adopte beaucoup plus souvent des mesures juridiques et coercitives, il y a deux raisons principales. L'une est un absolutisme moral croissant qui mène à l'intolérance et au conformisme. L'autre est l'aversion au risque, cette quête éternelle de la sécurité, qui finit presque toujours par un recours à la coercition juridique.

Examinons d'abord le premier de ces phénomènes, l'absolutisme moral. Il y a longtemps, le conformisme social était l'un des premiers objectifs de la loi. En France, la loi régissait les croyances religieuses et les cultes jusqu'à la Révolution. En Grande-Bretagne, malgré sa réputation, au siècle des Lumières, de pays de la liberté, la discrimination religieuse contre les catholiques et les juifs a perduré jusqu'au milieu du XIX^e siècle. En France, la liberté sexuelle juridique est ancienne, mais ailleurs en Europe et aux États-Unis, la loi réglementait les relations sexuelles jusqu'à tout récemment. Les relations homosexuelles étaient interdites de mon vivant. Aujourd'hui, la loi s'est retirée des domaines sensibles de la croyance personnelle et des relations sexuelles. Pourtant, à d'autres égards, nous avons battu en retraite vers un modèle plus ancien selon lequel le droit existe pour imposer un certain conformisme.

Nous vivons à une époque qui est portée à la censure. Le philosophe anglais du XIX^e siècle, John Stuart Mill, grand apôtre du libéralisme classique, a été l'un des premiers à élever la voix contre le conformisme imposé qui, selon lui, suivrait naturellement la démocratie. Il n'était pas contre la démocratie. Tout au contraire, il était parmi les premiers défenseurs du suffrage universel, incluant les femmes. Mais tenait à avertir que dans un État démocratique, la diversité des idées et des manières était menacée. Le droit existe, a-t-il dit, pour nous protéger contre les dommages, et non pas pour nous imposer un conformisme moral. Au contraire, aujourd'hui les nouveaux médias peuvent déclencher une avalanche de mépris, d'injures et de menaces contre toute personne qui osera s'écarter de l'opinion générale. Les médias sociaux créent un puissant instinct de troupeaux qui étouffe non seulement le désaccord, mais même l'incertitude et les nuances. Dans certaines universités aux États-Unis et en Grande-Bretagne, on a même proposé que la simple expression d'une opinion contraire aux convictions profondes d'un étudiant soit une agression, une menace à sa sécurité émotionnelle contre laquelle il a droit à la protection. C'est cette même mentalité qui veut que la loi réglemente de nombreux domaines qui dépendaient autrefois des choix personnels. Nous sommes de moins en moins prêts à tolérer l'autonomie de l'individu dans ses choix moraux. Les gens ont tendance à considérer que les valeurs morales sont la propriété de la communauté entière et pas des individus qui la composent.

Je vais vous proposer un exemple sans importance mais révélateur : l'élevage d'animaux à fourrure. En Europe, cette activité, autrefois normale, est défendue par la loi dans dix-neuf pays européens, y compris la France depuis 2021. La raison de cette interdiction n'est pas un ressentiment intrinsèque envers l'élevage et l'abattage. Nous élevons et abattons les animaux sans scrupule afin de les manger, mais nous ne mangeons pas le castor ou le vison. Nous les élevons uniquement pour leur fourrure. L'idée qui motive ces interdictions est que le désir de porter un

chapeau de castor ou un manteau de vison n'est pas moralement suffisant pour justifier l'abattage d'un animal, alors que le désir de le manger suffirait comme raison. Beaucoup de gens ne partageraient pas ce sentiment moral. Ils jugent que le traitement sans cruauté des animaux pour le confort des humains est ancien et licite. Mais le législateur a ordonné que la décision de porter ou de ne pas porter un vêtement de fourrure ne relève plus du domaine du jugement moral individuel. De telles lois (et il y en a d'autres) traitent des questions morales sur lesquelles les avis sont partagés, mais elles réglementent nos choix suivant le principe selon lequel la société ne peut avoir qu'un seul jugement moral collectif. On ne saurait tolérer une multiplicité de jugements personnels. Cela nous dit beaucoup des sentiments de nos sociétés vis-à-vis du domaine propre du droit. Cela marque l'élargissement de l'espace public aux dépens de l'espace privé. Nous avons recours au droit pour imposer des solutions collectives dans des domaines où, autrefois, nous supportions une diversité de valeurs et de sentiments. Nous redoutons la liberté morale des autres, par peur qu'ils fassent un choix que nous désapprouverions.

Ces exemples illustrent une tendance générale de nos sociétés à limiter l'autonomie morale de l'individu. Ils diminuent les domaines dans lesquels on peut prendre la responsabilité personnelle pour son propre destin. Bien sûr, dans certains domaines, le droit a toujours agi ainsi. La tradition classique du libéralisme distingue les actions humaines nuisibles aux autres, qui peuvent faire l'objet de réglementation juridique, des actions qui ne concernent que l'acteur, et qui ne peuvent pas en faire l'objet. Le meurtre, le viol, le vol, la fraude ont toujours été défendus. La moralité de ces actes n'est pas l'affaire de chaque individu, parce qu'ils sont nuisibles aux autres et font l'objet d'une condamnation unanime de nos concitoyens. Ce qui est nouveau, c'est la tendance moderne du droit d'interdire des choses qui sont inoffensives aux autres et sur lesquelles il n'y a aucun consensus moral.

J'arrive maintenant à l'autre phénomène qui peut nous expliquer l'expansion de l'empire du droit. C'est l'aversion au risque ou, autrement dit, la peur. On ne peut vivre sans risque. Prenons, comme exemple évident, la voiture. Elle représente de très loin la première cause de décès et de blessure par accident. Ces morts et blessures, on pourrait les supprimer presque totalement en limitant la vitesse à trois kilomètres à l'heure, ce qu'on a fait d'ailleurs en Grande-Bretagne dans les premières années de l'automobilisme au XIX^e siècle. L'on ne fait pas cela aujourd'hui. On n'aime pas l'admettre, mais les milliers de morts et de blessés sur les routes font partie du prix que l'on est prêts à payer pour un moyen de transport plus rapide, plus flexible et plus confortable que tout autre.

Ces dilemmes ont existé depuis des siècles. Le grand changement de nos jours, c'est le degré de risque que les gens sont disposés à supporter. Nos ancêtres acceptaient que la vie soit dominée par la roue de la fortune. Nous, en revanche, nous considérons que la sécurité physique, financière et émotionnelle n'est pas seulement une situation normale, mais un droit. Certains ont salué ce changement. D'autres l'ont déploré. Mais personne ne doit s'en étonner. L'aversion au risque est une réponse rationnelle à des changements importants dans notre monde. La compétence technologique de l'humanité a beaucoup augmenté depuis plus d'un siècle. Mais cela n'a pas été accompagné d'une augmentation correspondante de notre sensibilité morale ni de notre sollicitude pour nos voisins. Il en résulte que des malheurs, qui semblaient inéluctables pour nos ancêtres, semblent tout à fait évitables pour nous. Lorsque ces malheurs sont considérés comme les conséquences évitables de l'action humaine, ils deviennent un sujet politique qui

revient essentiellement au législateur. Ainsi, après tout désastre, on conclut ou que la loi n'a pas été respectée, ou bien qu'elle n'est pas suffisamment robuste. Nous cherchons quelques recours juridiques : un procès, une poursuite pénale ou une réforme de la loi.

Nous avons trop peur de l'aléa. Nous exigeons que l'État nous protège contre une étendue toujours croissante de risques de la vie quotidienne. Surtout dans les domaines du travail, de la santé, de la consommation et des finances personnelles. Mais il y a un prix à payer pour cette protection juridique, un prix qui peut être très élevé. La quête craintive d'une sécurité illusoire nous fait exiger de l'État des choses que l'État ne peut nous donner, sauf à condition de nous priver d'une partie de notre autonomie. Si on redoute trop les aléas de la vie, si on exige de l'État une protection efficace contre le risque, l'État va sûrement répondre en nous interdisant toute activité qui entraîne ces risques, c'est-à-dire en supprimant des banalités du quotidien qui peuvent mener à quelques malheurs et altérer la qualité de vie.

On ne saurait trouver une preuve plus frappante de ces observations que la crise sanitaire qui s'est déroulée entre 2020 et 2022. L'épidémie de covid-19 est très loin d'être la pire crise sanitaire des temps récents. Les épidémies du choléra, de la tuberculose, du SRAS et du MERS étaient toutes plus mortelles que le covid-19. La seule différence, c'est que, depuis la guerre, l'Europe a eu la chance de les éviter. C'est la raison pour laquelle l'Europe fut ébranlée par un phénomène tout à fait mesuré pour le reste de l'humanité. La crise qui ressemble le plus à la crise du covid-19 est l'épidémie de la prétendue grippe espagnole qui s'est propagée entre 1918 et 1921. La grippe espagnole est supposée avoir tué 200 millions de personnes dans le monde entier, soit trente fois la mortalité du covid-19. Pourtant, on n'a pas eu recours aux mesures agressives qu'ont adoptées presque tous les pays d'Europe pour lutter contre le covid-19. Aujourd'hui, l'opinion publique demande l'intervention immédiate de l'État, bien que l'État ne dispose que d'une seule arme contre la transmission de virus : l'interdiction de tout contact social entre ces animaux essentiellement sociaux que sont les humains. Ces interventions de l'État n'ont pas été très efficaces. Elles ont eu pour seul effet de repousser les infections et les hospitalisations vers une période ultérieure après que le confinement soit terminé. Les résultats n'ont pas été sensiblement mieux qu'en Suède où l'on a largement évité les mesures coercitives. Le problème fondamental est que les gens éprouvent des difficultés à admettre que le droit est incapable de les sauver. Ils sont donc prêts à sacrifier leur autonomie et leur prospérité à un gouvernement qui leur promet de faire l'impossible pour augmenter leur sécurité. Comme disait Cyrano de Bergerac, « c'est bien plus beau lorsque c'est inutile ».

Je ne cherche pas, en faisant ces remarques, à dénoncer l'importance croissante du droit dans la vie quotidienne. Comme tout le monde, je salue quelques interventions de la loi et je considère d'autres comme futiles ou insensées. Ce qui est certain, c'est qu'on ne peut pas revenir en arrière vers une autre époque, quand la vie était plus simple et que le public attendait moins de l'État. L'expansion de l'empire du droit est un simple fait qu'il faut reconnaître parce qu'il a d'importantes conséquences dans la façon dont nous nous gouvernons. Toute expansion du domaine du droit entraîne une augmentation de la puissance de l'État et une diminution correspondante de la liberté d'action du citoyen. Jusqu'au XX^e siècle, les limites du pouvoir de l'État étaient plutôt pratiques que juridiques ou constitutionnelles. L'État n'avait ni les ressources ni les renseignements nécessaires pour exercer un pouvoir de coercition vis-à-vis de la totalité de la population. En revanche, l'État moderne a un monopole presque total de la force,

et dispose de technologies de surveillance et de renseignement qui constituent des moyens sans pareil de concentrer cette force contre tout citoyen.

Aristote considérait que la démocratie était essentiellement instable, parce qu'elle se transformait trop aisément en tyrannie. Les tyrans n'arrivent que rarement au pouvoir par la force. C'est plutôt le peuple qui se soumet volontairement, par peur de quelque menace externe. Si la démocratie a tout de même résisté jusqu'ici à cette tendance, c'est à cause d'une culture qui accepte la diversité politique et qui comprend des limites prudentes à l'action de l'État. Or, cette culture est en train de disparaître. La tolérance n'est pas conforme aux instincts naturels de l'humanité. Mais ce n'est pas avec Aristote que je vais terminer ces remarques introductives. C'est avec le philosophe anglais Thomas Hobbes. Hobbes a écrit son plus célèbre ouvrage, *Léviathan*, en exil en France en 1651. Mais j'ai l'impression qu'il n'est pas bien connu en France, sauf par les spécialistes de philosophie politique. Au lendemain de la guerre civile qui a déchiré son pays natal, Hobbes voulait justifier le gouvernement absolu au nom de la stabilité politique et sociale. C'était l'un des premiers théoriciens du contrat social, mais son contrat social était bien différent de celui de Locke ou de Jean -Jacques Rousseau. Selon Hobbes, les hommes n'avaient aucun droit à la liberté. Ils avaient eu ce droit aux temps primitifs, mais ils l'avaient abandonné de façon à la fois totale et irrévocable au tout-puissant État contre la sécurité que celui-ci leur promettait. Hobbes a peu de partisans aujourd'hui. Pourtant, nous sommes en train de reconstruire ce cauchemar pour nous-mêmes.

Lord Jonathan Sumption

Lord Jonathan Sumption est un juriste renommé en Grande-Bretagne. Il était juge de la Supreme Court of the United Kingdom, tribunal de dernier instance du Royaume Uni, de 2012 à 2018. Il a donné les *Reith Lectures*, série de conférences diffusées par la BBC en 2019 sur le thème *Le droit et le déclin de la politique*.

Pouvoir juridictionnel et plateformes numériques

Envisagé par Mark Zuckerberg en novembre 2018 et installé en octobre 2020, l'*Oversight board* a été présenté, originellement, comme la « cour suprême » de l'entreprise Facebook, devenue Meta¹. Vingt sommités² – d'éminents juristes, de hauts responsables politiques, un prix Nobel de la paix – issues des cinq continents jugent les faits et gestes des plateformes à la suite de recours introduits tant par les utilisateurs que par les dirigeants, en quête de conseils avisés. Elles statuent en se fondant sur les législations nationales ou régionales. La plateforme s'est engagée à respecter scrupuleusement les recommandations de cet *Oversight board* qui peuvent prendre la forme de modération de contenus, de bannissement ou de réhabilitation d'utilisateurs, de suggestions en matière d'innovation.

Cette forme privée³ mais universelle, globale de pouvoir juridictionnel défend-elle ardemment la liberté d'expression sur les réseaux sociaux ? Rien ne permet de l'affirmer. Continue-t-elle, par d'autres moyens, la guerre économique en veillant à ne pas faire fuir des utilisateurs qui seraient choqués par la présence ou par l'éviction de telle personnalité controversée ? Rien ne porte à l'exclure. Disons simplement que la défense de la liberté d'expression⁴ – premier objectif affiché de ce « conseil de surveillance »⁵ – ne saurait aller aisément jusqu'à compromettre le résultat commercial de l'entreprise qui rémunère ses « juges suprêmes », par le biais du *trust*. Quel serait le sort réservé à une décision provoquant un fléchissement significatif de la collecte de données et un recul des ventes de publicités ciblées ?

¹ F. G'SELL, « Libres propos. Liberté d'expression – Le Conseil de surveillance de Facebook et l'affaire Trump. Les limites du concept de "tribunal d'entreprise" », in *La Semaine Juridique – Édition générale*, n° 22 du 31 mai 2021, act. 566.

² Nommées par les administrateurs de Meta pour trois ans renouvelables deux fois. Elles bénéficient d'une dotation de 130 millions de dollars via un *trust*.

³ Voir sur ce point K. EL HILALI, *De la surveillance à la vigilance de l'État : Le contrôle des informations et des plateformes aux États-Unis*, Thèse droit, Paris II, 2023, dactyl.

⁴ Les « valeurs » de cette instance sont au nombre de cinq : la liberté d'expression, l'authenticité, la sécurité, le respect de la vie privée et le droit à la dignité.

⁵ Selon le site officiel de ce conseil de surveillance : « L'objectif du conseil est de promouvoir la liberté d'expression en prenant des décisions raisonnées et indépendantes concernant le contenu publié sur Facebook et Instagram, ainsi qu'en émettant des recommandations sur les règles Facebook relatives au contenu impactées » [En ligne : <https://www.oversightboard.com/>, consulté le 16 juin 2023].

Quoi qu'il en soit de la pertinence de cette institution, dont il n'est pas certain que l'adjectif « juridictionnelle » la qualifie exactement, pour réguler les réseaux sociaux, il importe de formuler quelques observations sur la spécificité de la liberté d'expression et de son influence sur la manière de trancher des différends qui peuvent s'élever à son propos.

Une première remarque porte sur la difficulté particulière d'administration de la preuve d'une allégation ou d'une imputation en la matière, que ce soit au pénal ou au civil. À partir de quand tel propos vient-il flétrir l'honneur ou la réputation de quelqu'un ? Une question qu'il est difficile de trancher objectivement, sur laquelle il est peu aisé de raisonner en faisant abstraction d'une part nécessairement excessive de subjectivité.

En deuxième lieu, ce qui relève de l'insulte ou de l'outrage pour l'un ne sera qu'une formule vive pour un autre, peut-être même un trait d'humour pour un troisième. La caractérisation de l'injure, de l'outrage ou des offenses suppose une infinie délicatesse, un subtil raffinement dans la compréhension du contexte, des habitudes et milieux sociaux, des « lois du genre » quand on chemine dans le domaine de « la parodie, [du] pastiche et [de] la caricature⁶ ». Délicatesse au double sens du substantif : à la fois très difficile et très raffiné. On retrouvera la question de la subtilité – ou plutôt de son absence – en traitant de la régulation sur les réseaux sociaux.

Enfin, l'ensemble de la famille des provocations, incitations, apologies, incriminations conçues pour arrêter le bras d'inconséquents qui prendraient trop au sérieux ou au premier degré leur contenu brut laisse souvent très dubitatif : dans l'indignation de l'instant, submergé par l'émotion, on serait prêt aux condamnations les plus lourdes. Mais, après quelques semaines, quand le tollé général vient à passer, ces mêmes propos paraissent bien plus anodins. Que l'on songe aux apologies du terrorisme pour lesquelles ont été condamnés quelques (mauvais) plaisantins en 2015 à la faveur de la réintégration de cette incrimination dans le code pénal par la loi du 13 novembre 2014, autorisant alors la procédure de comparution immédiate, et de son éviction du droit spécial de la presse⁷ qui, fort sagement, l'exclut⁸. On pense à cet homme ivre, habitué des outrages aux forces de l'ordre, qui, pour avoir lancé aux policiers « il devrait y en avoir plus des Kouachi » est condamné à quatre ans d'emprisonnement⁹. En eût-il été de même s'il n'avait pas été jugé en comparution immédiate quelques semaines après les attentats de janvier 2015 contre le journal *Charlie Hebdo* et un hypermarché Cacher ? Un autre, peu après les attaques du 13 novembre, est condamné à un an ferme pour avoir assuré « Je suis Salah Abdeslam » détournant ainsi le « Je suis Charlie » repris en chœur quelques mois auparavant. Deux mois pour avoir menacé, en état d'ivresse toujours, de « tout faire péter » au motif que « François Hollande n'aurait pas dû bombardier la Syrie ». L'apologie du terrorisme est-elle ici caractérisée ? L'émotion, en la matière, est-elle le meilleur guide des magistrats ? Manifestation assez caractéristique d'un pouvoir juridictionnel exercé par des juges très professionnels

⁶ Lois du genre dont fait mention le Code de la propriété intellectuelle en son article L122-5, 4°.

⁷ Articles 53 et 54 de la loi du 29 juillet 1881. Entre la citation et la comparution, cinq jours minimum, douze en cas de diffamation.

⁸ Art. 397-6 du Code de procédure pénal.

⁹ L. IMBERT, « Apologie d'actes terroristes : des condamnations pour l'exemple », *Le Monde*, 13 janvier 2015.

du fait de leur formation et de leur éthique de vie¹⁰ mais guère moins sujets aux passions que d'autres citoyens.

Tel est bien l'un des problèmes importants posé par la question des incriminations de presse, et plus largement, de la liberté d'expression : elles n'existent que grâce à des métaphores et à des analogies. La question est de savoir qui, du juriste professionnel, de celui qui vit de sa plume, du haut responsable politique ou du simple citoyen, est le plus à même de mesurer la portée des métaphores et des analogies, ces figures littéraires qui font jaillir des images, qui permettent de saisir l'insaisissable par des rapprochements, qui se substituent aux démonstrations factuelles.

Première analogie : celle de la violence. De même que l'on porte des coups avec ses poings au visage d'autrui, de même l'on inflige des sévices par des insultes : le recul de la tête de la personne au moment où elle reçoit l'injure en pleine face vient matérialiser l'agression. Mais le magistrat, ici, n'est que le juge de l'analogie car le coup verbal – étonnant oxymore – ne laisse pas de traces tangibles.

Deuxième analogie : celle du vol. De même que l'on soustrait un objet matériel à autrui en le lui subtilisant, de même on le prive d'un bien qu'il regarde comme infiniment précieux en le diffamant, en le calomniant : sa réputation, son image, son honneur. À nouveau, le monde de la robe se fait juge d'un rapport de ressemblance car la flétrissure de l'honneur ne laisse aucune marque visible, quand bien même le traumatisme peut s'avérer profond, laisser des « psychatrices » prêtes à se rouvrir à tout moment.

Troisième analogie : celle de la complicité du coauteur de l'acte. Bien que ces éléments objectifs (l'aide active et l'intention d'assister l'auteur principal) ne soient pas réunis, on imagine que ce qui a poussé tel écervelé à commettre telle infraction ne peut être que le fait qu'il y a été incité, entraîné, stimulé en écoutant ou en lisant un propos incendiaire, comme l'on disait au XVIII^e siècle. Il arrive même que, dans certains cas, l'infraction matérielle ne soit pas nécessaire : ainsi en est-il de l'incitation non suivie d'effet ou encore de l'apologie. Les magistrats se font ici juges d'une fiction : on fait comme si l'incitation ou la provocation avaient eu des conséquences matérielles : des vols, des désertions, des attaques terroristes. Comment le prouver ? En ayant recours à l'intime conviction.

Or l'intime conviction a, si l'on peut dire, son « juge naturel » : le jury populaire, la Cour d'assises. Le recours au jury populaire n'est pas sans avantages. *Primo*, puisqu'il ne juge que très peu à partir de preuves, ou plutôt qu'il ne s'interdit pas, de ce fait même, de scruter son for intérieur, son impression toute personnelle au vu des éléments fournis par l'enquête et par les plaideurs, le jury peut être ce pouvoir juridictionnel idoine pour la liberté d'expression. Au fond, est-on mieux armé pour savoir ce qui est drôle, grave, méchant ou blessant quand on a fait l'école de la magistrature, le cours Florent ou que l'on pratique avec assiduité les blagues dites de comptoir ? *Secundo*, puisque ce juge est tiré du corps même du peuple, il peut apparaître – comme le signale Montesquieu seulement à propos du jury – invisible et nul¹¹. Puisque la justice est « terrible parmi les hommes », il faut que le

¹⁰ Dont l'évolution est mesurable d'ailleurs à la lecture des rapports annuels d'activité du Conseil supérieur de la Magistrature.

¹¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XI, 6, 1748 : « La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire,

juge apparaisse comme n'étant pas un autre, le membre d'un corps, d'une caste ; il importe que chacun puisse se mettre à sa place et penser qu'il aurait jugé à peu près de la même façon qu'il l'a fait¹². D'autres arguments en faveur de l'attribution du contentieux de la liberté d'expression à des juges tirés au sort seront évoqués plus bas, en évoquant le XIX^e siècle.

Les développements qui suivent visent à rappeler ce qu'est le statut juridictionnel particulier réservé à la question de la liberté d'expression pour évaluer les solutions envisagées pour réguler les réseaux sociaux. On s'est orienté, au XIX^e siècle, à la demande des libéraux, vers des juges tirés au sort, non professionnels, invisibles et nuls. Puis l'on s'est détourné de ce modèle en 1944, ouvrant la voie à une forte spécialisation et une extrême technicisation de ce contentieux, lesquels ne sont pas sans lien avec le relâchement du législateur dans la précision des incriminations nouvelles ; on songe en particulier à propos de la provocation à la haine, introduite par la loi Pleven du 1^{er} juillet 1972, qu'il est plus facile de saisir des incitations à commettre des *faits* (vol, incendie, désertion, etc.), que ces actes soient ou non réalisés d'ailleurs, qu'à éprouver un *sentiment* (haine). Ce rappel est nécessaire pour comprendre que l'on s'oriente aujourd'hui – avec l'*Oversight board* de Meta ou avec le règlement européen *Digital services act* du 19 octobre 2022, vers un double phénomène : d'une part, une détechnicisation et une déspecialisation alarmantes des modérateurs de contenus, d'autre part, la privatisation des organes qui assument des fonctions quasi juridictionnelles.

I. LA VOLONTÉ D'ENFOUISSEMENT DE L'IRRÉDUCTIBLE ARBITRAIRE DU JUGE EN MATIÈRE DE LIBERTÉ D'EXPRESSION

La fragilité des jugements visant à sanctionner la licence, c'est-à-dire l'abus, en matière de liberté d'expression s'est traduite par une invisibilisation du juge qui a pris deux formes : la première en confiant ce contentieux à un juge sans mémoire, la Cour d'assises, la seconde, après la correctionnalisation de 1944, en s'efforçant de donner un tour extrêmement technique à un droit de la presse toujours suspecté d'être chargé politiquement.

Quels arguments supplémentaires les libéraux du XIX^e siècle ont-ils avancé en faveur de la compétence des Cours d'assises pour statuer sur les délits de presse ?

Entre les juges professionnels qui apparaissent, aux yeux des citoyens, comme étant du côté du pouvoir¹³ (du fait du serment de fidélité qu'ils doivent prêter au régime) et les citoyens qui semblent du côté du peuple, il est difficile d'équilibrer le fléau de la balance. Certains libéraux préfèrent toutefois donner un avantage aux écrivains, aux journalistes, aux citoyens qui vocifèrent car ils n'ont pas, contrairement aux hommes politiques et aux agents publics, accès facilement à la

invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux ; et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats. »

¹² Pour Royer-Collard, les jugements de presse étant « arbitraires, ils ne doivent pas être confiés à un tribunal permanent », in *Le Moniteur*, 26 août 1835.

¹³ Joseph-Pierre Chassan explique ainsi en 1838 : « Que serait-ce si la magistrature avait dans ses attributions les délits politiques et ceux de la presse ! Elle aurait beau rendre les décisions les plus éclairées, les plus libérales et les plus justes, elle passerait toujours pour n'être qu'un instrument de domination, *instrumentum regni*. », in J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, Paris, Videcoq, Colmar, Reiffinger, t. 2, 1838, p. 145.

« bonne » information : ils peuvent donc prêcher le faux pour savoir le vrai, se tromper sans être blâmables¹⁴. Sans le « soutien » d'une juridiction populaire, ils seraient immanquablement déclarés coupables. « Pour frapper ces délits essentiellement mobiles de la plume ou de la parole », affirme Cunéo d'Ornano lors de la discussion sur la loi de 1881, il faut « une juridiction mobile comme l'opinion elle-même, une juridiction qui sorte incessamment du peuple et qui y rentre, reflétant ainsi les impressions diverses de l'opinion publique¹⁵ ». On doit souligner que la société du XIX^e siècle aspire très généralement à la liberté d'expression, de sorte que donner le jugement de ces délits au peuple revient à accorder une faveur, un *a priori* positif à la parole libre contre la sanction ou la censure. C'est exactement la logique inverse qui anime les régulateurs des réseaux sociaux aujourd'hui : au nom de cette même liberté d'expression, on se méfie de la parole libre et ceux qui se voient chargés de filtrer les messages supposés haineux vont, pour des raisons institutionnelles et économiques, toujours préférer l'absence de risque à la mansuétude, immanquablement choisir d'ouvrir leur parapluie plutôt que de laisser s'affronter les vents contraires.

En outre, les délits de presse étant par définition imprécis et éthérés, les juges professionnels ont beaucoup à perdre de leur réputation et de leur respectabilité en se voyant confier ce contentieux. Édouard Laferrière notait en 1868 que l'on

force un tribunal à prononcer en dehors de toutes les habitudes judiciaires, sans définition précise, sans corps du délit, sans témoignages ni constatations matérielles¹⁶.

En réalité, précise-t-il, le procès de presse consiste à interroger « l'opinion du juge » au lieu d'interroger « la loi » ; dès lors, le magistrat professionnel « méconnaît son ministère » : « on rabaisse le juge au niveau d'un censeur¹⁷ », celui qui décide du bien et du mal. La *vox populi*, donc la *vox dei*, n'a à s'en prendre qu'à elle-même si elle se trompe, elle dresse ainsi un paravent protecteur devant le juge professionnel et le préserve du déficit de réputation qu'il aurait à subir compte tenu de la fatalité de l'arbitraire de tels jugements.

Le dernier argument en faveur du jury, pendant du précédent, est lié à l'incompétence des magistrats professionnels en matière d'expression. Ou plutôt, une compétence qui n'est pas supérieure à celle du peuple compte tenu précisément de l'extrême volatilité, de l'omniprésence de l'aléa dans de telles appréciations. Le peuple peut tout aussi bien que des juristes séparer ce qui se dit de ce qui ne se dit pas, sentir ce qu'est l'évolution du sens de l'honneur, de la réputation ou de l'image, ce qu'est la nocivité de tels mots ou l'innocuité de tels autres. Lors du débat de 2018 relatif à la loi sur la manipulation de l'information, une députée a critiqué le recours en urgence pour faire cesser la diffusion de *fake news* en soulignant que si « le juge des référés, qui est celui de l'évidence, n'aura à juger que les informations évidemment fausses », il ne servira à rien car « les Français ne sont pas

¹⁴ Voir sur ce point P. BLAIN, *Penser les délits de presse (1789-1794)*, Mémoire Master 2, Paris II, 2016, p. 54 et s. Royer-Collard affirme en 1835, alors que l'on débat sur une loi visant à restreindre la liberté de la presse peu après l'attentat contre Louis-Philippe : « Le bien et le mal de la presse sont inséparables ; il n'y a pas de liberté sans quelque licence. », in *Le Moniteur*, 26 août 1835.

¹⁵ Séance du 24 janvier 1881 (*Journal officiel*, 25 janvier 1881, « Débats et documents parlementaires », p. 36).

¹⁶ É. LAFERRIÈRE, *La censure et le régime correctionnel*, Paris, Le Chevalier, 2^e éd., 1868, p. 258.

¹⁷ *Ibid.*

complètement imbéciles : ils n'auront pas besoin de la décision d'un juge des référés pour savoir qu'une telle information est évidemment fautive¹⁸ ».

Malgré tout, l'institution du jury disparaît après la Seconde Guerre mondiale¹⁹ au profit du tribunal correctionnel²⁰, pour une raison, qu'on le veuille ou non, bien peu libérale : il s'agit que les jurys ne soient pas tentés par la mansuétude, par un excès d'indulgence à l'égard des journaux et des journalistes collaborationnistes.

Une fois confié à des juristes professionnels comme gênés d'avoir à vider un contentieux flottant et insaisissable – il suffit de voir comment furent traités les spécialistes de la transgression que sont Jean-Marie Le Pen ou Dieudonné M'Bala M'Bala à la fois très souvent condamnés et très souvent relaxés – le droit de la presse va prendre un tour extrêmement technique. Contrairement aux temps de la désinvolture des jurys populaires, l'heure est à la précision chirurgicale pour qualifier juridiquement les faits injurieux, offensants, diffamatoires ou provocateurs. Le *pouvoir* juridictionnel se manifeste ici par un souci de dompter, de domestiquer l'arbitraire pour n'être pas taxé d'agir en juges politiques, qui apprécient les faits au doigt mouillé.

Il faut préciser que le législateur ne l'a guère aidé en introduisant, à partir de 1972 (loi Pleven²¹), l'incrimination de provocation à la discrimination, à la haine, à la violence ethnique ou raciale dans un premier temps, puis à partir des années 2000, sexiste, d'orientation sexuelle, à l'égard du handicap ou de l'appartenance religieuse. En effet, l'incitation ou la provocation est déjà en elle-même parfois difficile à caractériser, mais le fait d'inviter quelqu'un à éprouver un sentiment fût-il un sentiment abject – la haine – est encore plus difficile à saisir de façon un tant soit peu objective²². Cette incrimination a d'ailleurs obtenu un succès significatif, faisant d'elle la porte d'entrée principale du prétoire en matière de presse même si les actions en justice sont loin d'aboutir à des condamnations systématiques.

Bref, en se faisant de plus en plus *visible* du fait même de l'élargissement des incriminations et, partant, du recul de la liberté d'expression, le pouvoir juridictionnel a voulu se rendre *invisible* par la technicité de son appréciation. Il se rend d'ailleurs parfois difficilement audible – mais peu lui importe – tant il y a toujours deux procès dans les grandes affaires : à côté du jugement des juges, celui de l'opinion occupe une large place. Tel polémiste, tel homme politique peut être relaxé devant ses juges, s'il a choqué ceux qui le défendent habituellement, il ne réitérera peut-être pas le dérapage. Au contraire, le même peut être condamné à de nombreuses reprises par les tribunaux correctionnels, si ses partisans sont convaincus qu'il est dans son bon droit, rien ne le convaincra de tenir sa langue à l'avenir. D'autant moins que, dans la plupart des cas en la matière, les peines ne

¹⁸ E. MÉNARD, commission des lois, séance du 2 octobre 2018 [En ligne : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/cion_lois/l15cion_lois1819002_compte-rendu# consulté le 20 juin 2023]

¹⁹ Ordonnance du 6 mai 1944 relative à la répression des délits de presse, *Journal Officiel* du 20 mai 1944, p. 401.

²⁰ Le mouvement de « correctionnalisation » a été entamé plus tôt : les lois scélérates de 1893 et 1894 abandonnèrent aux tribunaux correctionnels les délits liés à l'anarchisme, la loi du 10 janvier 1934 fit de même avec les délits de provocation et celle du 30 octobre 1935 pour ceux de fausses nouvelles.

²¹ Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

²² Voir sur ce point F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, thèse droit, Paris II, 2012, dactyl., p. 193 et s.

sauraient être aggravées en cas de récidive. Dans un esprit de grand libéralisme, l'article 63²³ du texte de 1881 avait posé en principe que « l'aggravation des peines résultant de la récidive ne [serait] pas applicable aux infractions prévues par la présente loi ». Le fait de pouvoir gagner devant l'opinion en ayant échoué à la barre ou l'inverse n'est pas sans importance : le jugement arbitraire – l'arbitraire de l'opinion s'entend – conserve beaucoup de force... ce qui est loin d'être indifférent sur les réseaux sociaux.

II. EN MARCHÉ VERS LA PRIVATISATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL SUR LES PLATEFORMES NUMÉRIQUES

Il importe de rappeler rapidement ce qui caractérise l'expression sur les réseaux sociaux. Le nombre des contenus publics y est absolument considérable, sans commune mesure avec ce qui a pu être conçu auparavant, soit que le nombre d'émetteurs fût limité (écrivains, journalistes de presse, de radio ou de télévision), soit que la diffusion le soit également (la conversation entre personnes physiques). Multiplication exponentielle doublée d'une parfaite instantanéité : une information chasse l'autre, un « post » est enfoui sans délai sous le suivant, la plupart des contenus, dérisoires, sont oubliés aussi vite qu'ils ont été diffusés. Ce qui repose la question – déjà bien connue en matière de diffamation – de savoir s'il faut préférer l'oubli au contentieux, lequel donnera peut-être une publicité à ce que l'on espérait cacher. Ces flux massifs ne circulent pas seulement à la faveur de l'intérêt spontané du public pour la teneur de tel message, les plateformes opèrent des choix stratégiques sous forme de hiérarchisation automatisée pour pousser un contenu et l'élever au rang de « tendance », décisions largement motivées par l'optimisation de leurs profits. Ces résolutions sont alimentées par des études de psychologie grâce auxquelles des biais peuvent être utilement identifiés. Ainsi, par exemple, les contenus négatifs ou haineux sont plus volontiers partagés que les autres. Marc Zuckerberg a reconnu que l'emoji (ou émoticône) « colère » est cinq fois plus valorisé que ceux du « sourire » ou de la « joie »²⁴. À quoi on doit ajouter que l'expression sur les réseaux est modérément subtile et nuancée, l'emoji se substitue progressivement au dictionnaire de l'Académie française tandis que l'expression d'une simple émotion sous la forme d'une image tient lieu d'opinion ou d'argumentation. Il faut enfin évoquer rapidement les bulles de filtre, résultant de l'action des algorithmes, lesquels augmentent la visibilité des contenus supposés reçus comme favorables ou agréables à ceux à qui ils sont suggérés. L'habitude de ne pas être confronté à un message aux antipodes de ce l'on pense conduit à éprouver de la frustration ou de la souffrance quand tel n'est pas le cas. Les utilisateurs des réseaux finissent par concevoir comme « haineuses » ou « hostiles » des prises de position qui sont simplement autres ou opposées sans véhiculer d'agressivité particulière.

L'environnement particulier des réseaux sociaux pèse considérablement sur la saisie par le droit de l'expression qui y circule : compte tenu de la masse, le contentieux devrait grossir au point de saturer le rôle de la 17^e chambre correctionnelle du tribunal de Paris. Pour autant, il s'agirait d'une myriade

²³ La loi Pleven de 1972 avait renversé le principe en prévoyant que « l'aggravation des peines résultant de la récidive ne sera applicable qu'aux infractions prévues par les articles 24 (alinéa 5), 32 (alinéa 2) et 33 (alinéa 3) de la présente loi ».

²⁴ G. BRONNER (dir.), *Les Lumières à l'ère numérique*, Rapport remis au président de la République, janvier 2022, p. 46.

d'affaires minuscules portant sur un mot en trop, une émoticône mal venue, une révélation déshonorante qui a été depuis longtemps oubliée, au moins par la plupart des utilisateurs. Trop petites, potentiellement trop nombreuses, dont les peines éventuelles auraient un impact dérisoire : le cadre de la loi de 1881, applicable en la matière, semble globalement inadapté pour faire face à cette réalité nouvelle. Il y a des exceptions comme l'affaire dite Mila – une jeune femme menacée de viol et de mort sur les réseaux sociaux pour avoir tenu des propos hostiles à l'Islam en 2016 et en 2020 après avoir refusé des avances d'un internaute et essuyé des injures à raison de son orientation sexuelle – qui donnera lieu à des poursuites et à des condamnations, notamment en 2021, sur le fondement d'incriminations qui ne relèvent pas toutes de la liberté d'expression, raison pour laquelle le procès s'est tenu devant la 10^e chambre, généraliste.

En 2020, le législateur a voulu discipliner les plateformes en leur confiant la responsabilité du retrait des propos « haineux » au sens de la loi Avia²⁵, c'est-à-dire un florilège d'incriminations de la parole publique, qui y circulerait. Le 18 juin de cette même année, le Conseil constitutionnel a censuré la quasi-totalité du dispositif : les définitions du caractère illicite manquaient de précision (il eût fallu que le législateur précisât que les contenus devaient être « manifestement » illicites²⁶), le fait notamment de confier à des opérateurs privés le soin de « censurer » les contenus sur les réseaux « alors même que les éléments constitutifs de [certains] d'entre [eux] peuvent présenter une technicité juridique²⁷ » portait une atteinte excessive à la liberté d'expression.

Le juge constitutionnel estime donc que les réseaux sociaux souhaitant éviter les amendes voire les peines de prison vont avoir tendance – en cas de doute – à retirer le contenu litigieux plutôt qu'à ne pas le faire, à l'issue d'un examen tout sauf technique, professionnel, approfondi. On en revient à cette sage réflexion de Benjamin Constant, qui n'a pas pris une ride :

[La] situation [du censeur] est en sens inverse de celle des juges et des jurés dans les tribunaux. Ceux-ci se félicitent d'absoudre : le censeur qui condamne est seul en repos ; retrancher est pour lui le parti le plus sûr. S'il laisse passer une phrase déplacée, on l'accuse de négligence ; s'il en efface dix qui ne le méritent point, on trouve son zèle excessif ; mais on est toujours disposé à pardonner l'excès de ce zèle²⁸.

L'employé de telle plateforme chargé des contenus litigieux risque d'arbitrer toujours en faveur du retrait plutôt que du maintien, car il y a tout intérêt, s'il veut éviter à son employeur d'éventuelles difficultés : le censeur est comme structurellement porté à l'excès de prudence. Il faut ajouter que le niveau de recrutement desdits censeurs – quand ce ne sont pas simplement des algorithmes – n'est pas celui des fines lames du droit de la presse : le Conseil constitutionnel évoque la « technicité juridique », on ose y ajouter la finesse de l'appréhension

²⁵ Laquelle s'appuie sur la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004 : ces propos haineux visent l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale ainsi que la pornographie infantile, l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences faites aux femmes, ainsi que les atteintes à la dignité humaine.

²⁶ Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, cons. 7.

²⁷ *Ibid.*, cons. 15.

²⁸ B. CONSTANT, *De la liberté des brochures, des pamphlets et des journaux, considérée sous le rapport de l'intérêt du gouvernement*, Paris, Belin, 2^e éd., 1814, p. 10. Cette référence nous a été signalée par Elisabeth Buisson, qu'elle en soit remerciée.

d'une branche du droit qui n'est que délicatesse et subtilité. On en revient à la question d'une forme d'arbitraire de ces quasi ou pseudo-juges de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux, mais un arbitraire qui, contrairement à celui qu'assumaient les jurés des Cours d'assises du XIX^e siècle, va tourner en faveur de la censure, contre la liberté. D'ailleurs, non pour des raisons d'amour de la censure la plupart du temps, mais de rentabilité économique résultant de la réputation positive dudit réseau, auprès des acheteurs d'espaces publicitaires et/ou de *data*. De surcroît, les véritables censeurs ne sont pas seulement ceux qui effectuent les retraits sans réfléchir sérieusement à la portée de leurs actes, mais sans doute autant les utilisateurs qui leur signalent les contenus qu'ils réprouvent. On pourrait penser que c'est là réinventer le modèle démocratique du XIX^e siècle en laissant à la société, comme dans le modèle des jurés, le soin d'arbitrer entre l'indicible et l'admissible. Il n'en est rien : celui qui dénonce ne se fait pas garant de la liberté, mais accusateur, un procureur qui, en outre, ne défend nullement la société, mais entend se faire justice à lui-même par le truchement de modérateurs frileux.

Ces préventions du Conseil constitutionnel n'ont pas été celles du législateur européen, qui les a proprement balayées et relayées au domaine de l'histoire du droit. Le DSA (*Digital services act*²⁹) poursuit une logique de *compliance* en invitant notamment les très grandes plateformes à identifier les risques systémiques auxquels elles sont confrontées, à concevoir des remèdes internes avant de soumettre l'adéquation risques/remèdes à des cabinets d'audit indépendants qui les examineront avec attention, vraisemblablement sans négliger leur espoir de voir ce « marché » reconduit. Ici, la liberté d'expression échappe doublement à son juge « étatique » : la régulation interne est le fait de ces employés qui avaient naguère éveillé la méfiance du Conseil constitutionnel et les audits des plateformes, celui de collaborateurs de cabinets de conseil qui ne les ont sans doute pas recrutés pour leurs qualités de juristes.

*
**

Le pouvoir juridictionnel en matière de liberté d'expression peut être arbitraire s'il est démocratique, tel est le cas du jury³⁰. Il peut être aristocratique s'il est technique et relève de l'orfèvrerie, tel est le tribunal correctionnel. La régulation de l'expression promise par le DSA n'est pas démocratique, car ceux qui se voient chargés de retirer les contenus ainsi que les auditeurs sont des employés recrutés ; elle n'est pas technique, car les uns comme les autres, dans leur approche globale, ne savent rien des subtilités du droit de la presse qui, dans chaque État, a été forgé avec patience et minutie. Mais elle est cupide, car le plus ou le moins de liberté n'est pas, n'est plus un enjeu juridique libéral et démocratique³¹, mais l'intensité

²⁹ Règlement (UE) *Digital Services Act* présenté par la Commission européenne, adopté par le Parlement européen le 5 juillet 2022 et adopté par le Conseil le 19 octobre 2022. Les obligations prévues par ce texte doivent entrer en application le 17 février 2024. Les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche sont concernés dès le 25 août 2023.

³⁰ E. BUISSON, *La liberté d'expression en débats (1819-1881-2020). Réflexions sur l'anxiété constitutionnelle du législateur*, mémoire de Master 2, dirigé par F. Saint-Bonnet, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021, p. 151.

³¹ Voir notre article, F. SAINT-BONNET, « **Le jury et la liberté d'expression. La justification démocratique d'une prétention libérale** », in *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Vol. 4, 2012,

du flux circulant sur des plateformes qui vendent leurs données et leurs espaces publicitaires. Si la justice militaire est à la justice ce que la musique militaire est à la musique, il n'est pas interdit de suggérer que la justice privée est à l'art judiciaire ce que les armées privées sont à l'art militaire.

François Saint-Bonnet

| Professeur à l'université Paris Panthéon-Assas

p. 9-27. [En ligne : <https://www.droitphilosophie.com/article/lecture/le-jury-et-la-liberte-d-expression-la-manifestation-democratique-d-une-aspiration-liberale-71> consulté le 21 juin 2023]

Procès administratif et pouvoir juridictionnel

Réinterroger le pouvoir juridictionnel au regard de la « réalité contemporaine » est particulièrement pertinent du point de vue du procès administratif, dans cette mesure au moins où les changements des dernières décennies ont été profonds, au point qu'à mes yeux s'est ouvert depuis les années 1990 une nouvelle ère pour la juridiction administrative, alors que, généralement, l'on ne retient de la loi du 31 décembre 1987 qui en est le point d'ancrage, que sa principale mesure, soit la création de nouvelles juridictions et la constitution consécutive d'un ordre juridictionnel présentant les mêmes apparences que celui de l'ordre judiciaire. Il s'agit là incontestablement d'un progrès notable, au regard du processus de réformes emprunté par la juridiction administrative depuis 1872 (qui relève principalement de la réfection – voire du rafistolage – et à la fin de permettre à la justice administrative de remplir sa fonction avec célérité, mais sans en bouleverser les structures fondatrices). Reste que la loi de 1987 est pourtant bien davantage.

Tout d'abord, en effet, elle est une réforme non pas du « contentieux administratif » – malgré le nom que porte la loi –, pas plus qu'une réforme de la seule organisation de la juridiction administrative, mais bien une réforme de la justice administrative : elle comprend la rénovation de l'organisation juridictionnelle et, conséquemment, des compétences juridictionnelles, mais ne s'y arrête pas, par exemple en organisant des mécanismes de prévention des contentieux (article 12 – avis contentieux –).

Ensuite, revendiquée comme étant « une réforme pour préparer l'avenir¹ », la loi de 1987 est conçue comme un *mouvement* et non comme un *moment* : c'est en acceptant la reconfiguration de la juridiction administrative qu'il sera possible d'assurer son maintien. L'intelligence des concepteurs de la loi a été de saisir la nécessité de résoudre une grave crise du contentieux administratif pour engager une reconfiguration de la justice administrative lui permettant de se perpétuer dans un nouvel environnement juridique et démocratique. L'on sait que cet environnement est alors mouvant : le Conseil constitutionnel pose des conditions à l'existence et à l'indépendance de la juridiction administrative² ; l'inscription de la France dans des espaces européens a pu être perçue comme une menace

¹ M. LONG, « Une réforme pour préparer l'avenir », *RFDA*, 1988, p. 164.

² Décision n°80-119 DC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, R. 46. [En ligne : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1980/80119DC.htm]. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, R. 8. [En ligne : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/86224DC.htm].

potentielle pour le devenir de l'organisation juridictionnelle française traditionnelle³.

Il est impossible, en France, de traiter sérieusement de la juridiction administrative sans considérer la situation singulière de l'instance placée à son sommet, le Conseil d'État. Il est impossible de négliger les deux spécificités suivantes. D'une part, la réforme de la justice administrative s'opère au moins en association avec le Conseil d'État, quand ce dernier n'en est pas directement le moteur – ou l'auteur⁴ – ; d'autre part, la préservation de l'équilibre des fonctions originelles du Conseil d'État demeure l'axe fondamental, la préoccupation dominante de toute réforme, en particulier quand son autorité (et par suite sa légitimité) est malmenée par la « crise du contentieux ». C'est pourquoi il est difficile de faire l'économie d'envisager les mutations de la juridiction administrative dans son volet institutionnel, lequel conditionne le (re)déploiement des pouvoirs du juge administratif, avant même d'aborder la manière dont le juge administratif se saisit des nouveaux pouvoirs qui lui sont reconnus. Compte-tenu tout à la fois de l'ampleur de la tâche, on se propose d'être ici sélectif et non exhaustif, en abordant les nouvelles conditions de l'administration de la justice administrative puis les nouvelles techniques d'intervention que déploie le juge, qui se traduisent formellement par la promotion de l'expression de « l'office du juge ». Il s'agit, en livrant quelques éléments significatifs, de tenter d'apprécier, du côté du procès administratif, si « l'exercice de la fonction juridictionnelle a considérablement évolué et [si] avec lui, les frontières classiques entre droit et politique se sont déplacées⁵ ».

I. L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE

La présentation par le Conseil d'État de ses missions sur son propre site internet a évolué.

À l'origine figurent deux missions : conseiller, juger. Puis, et jusque récemment, il est fait mention d'une troisième mission, à côté de deux fonctions traditionnelles : « conseiller les pouvoirs publics, juger l'administration, gérer les juridictions administratives ». Depuis plusieurs mois, la présentation a été modifiée par un enrichissement et une hiérarchisation. Il est désormais indiqué : « Juger l'administration » et « Rendre des avis juridiques au Gouvernement et au Parlement », puis, en bas de page, on peut lire : « En parallèle de ces deux grandes missions, le Conseil d'État assure la gestion des 42 tribunaux administratifs, 9 cours administratives d'appel et de la Cour nationale du droit d'asile, et élabore des études sur des questions de droit et de politiques publiques à son initiative ou à la demande des administrations. »

³ Dont l'affaire Kress est symbolique, voir M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ ; B. GENEVOIS, *GAJA*, Paris, Dalloz, 23^e éd., n° 95, 2021.

⁴ P. GONOD, « Les spécificités de la réalisation de la réforme de la justice administrative en France », in numéro spécial « Justice et réformes : un univers en tension », *Revue juridique Thémis* (Montréal), 2020, p. 165.

⁵ Exposé des motifs de la journée d'étude dont est issue cette présentation – à jour à la date de sa tenue, soit le 7 avril 2023 –.

Dans la mesure où le développement de l'« activité d'études, de débats et de partenariats⁶ » conduit le Conseil d'État à sortir de son cœur de métier (sans y être nécessairement armé, comme l'a notamment montré Olivier Beaud dans son analyse du rapport du Conseil d'État sur la citoyenneté⁷), il retient l'attention des juristes universitaires⁸ ; en revanche, il existe un étonnant contraste entre cette présentation et l'intérêt porté à la fonction d'administration dans le monde académique. Pour le dire simplement, elle est ignorée, au mieux signalée dans l'exposé de l'institution dans les manuels de droit et contentieux administratifs. Bien que l'évolution de la justice administrative soit au centre des réflexions (les pages des revues juridiques en témoignent), ce volet de l'administration de la justice administrative est totalement négligé. Or, en devenant le gestionnaire de la juridiction administrative, le Conseil d'État acquiert une incontestable puissance. Ce qui justifie un « détour », rapide, vers les conditions de cette administration⁹.

Le 1^{er} janvier 1990, le Conseil d'État prend la succession du ministère de l'intérieur dans la gestion des magistrats administratifs : « il s'agit là d'une responsabilité importante qui pèsera lourd sur une institution qui n'a qu'une faible expérience de la gestion de magistrats répartis sur l'ensemble du territoire national » apprécie-t-on alors¹⁰. Cette autonomie de gestion est complétée quelques années plus tard par une autonomie financière : depuis 1944, le vice-président du Conseil d'État a déjà la qualité, en principe réservée aux ministres, d'ordonnateur principal, mais l'autonomie financière de la juridiction administrative progresse avec l'adoption de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances qui prévoit une mission « Conseil et contrôle de l'État » relevant des services du Premier ministre¹¹. L'unité de gestion des juridictions et des juges administratifs se double ainsi d'une autonomie de gestion. Elle n'est certes pas complète, puisqu'elle laisse de côté la question du personnel des greffes – indispensable au fonctionnement de la justice administrative –, mais la centralisation de l'administration de la juridiction administrative réalisée au profit du Conseil d'État permet la détermination et la conduite d'une politique

⁶ Le rapport public du Conseil d'État de 2012 comporte une nouvelle rubrique figurant aux côtés de l'« activité consultative » et de l'« activité juridictionnelle », La Documentation française, 2012.

⁷ O. BEAUD, « Le Conseil d'État et la citoyenneté : une lecture décalée et critique », *Blog Jus Politicum*, 26 février 2019 [En ligne : blog.juspoliticum.com/2019/02/26/le-conseil-detat-et-la-citoyennete-une-lecture-decalee-et-critique-par-olivier-beaud/].

⁸ Voir par exemple les actes du colloque organisé à l'Université de Paris 1, publiés dans *RFDA*, 2015, n° 2.

⁹ Pour un exposé d'ensemble, voir P. GONOD, *Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative*, Paris, Dalloz, 2014.

¹⁰ M. PINAULT, « Perspectives ouvertes à la juridiction administrative par la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif », *EDCE*, n°40, 1988, p. 222.

¹¹ En effet, cette mission est composée de trois programmes ayant pour but de garantir le respect du droit et/ou l'évaluation des différentes politiques publiques par les différentes administrations. Il s'agit du Conseil économique, social et environnemental, de la Cour des comptes et des autres juridictions financières et du Conseil d'État et des autres juridictions administratives. Ce dernier programme « vise à garantir le respect du droit par l'administration française (jugement des différends opposant l'administration et les administrés, conseil au gouvernement dans l'élaboration des projets de loi et d'ordonnance ainsi que des principaux décrets, réalisation d'études et d'expertises juridiques réalisées au profit des administrations) ».

d'administration de la juridiction administrative commune aux juridictions de droit commun et, depuis 2009, à la Cour nationale du droit d'asile¹².

Au sein du Conseil d'État, la qualité d'administrateur revient à son président, assisté du secrétaire général du Conseil d'État.

Le pouvoir détenu par le vice-président du Conseil d'État à l'égard de la juridiction administrative résulte moins des compétences juridiques qui lui sont reconnues que de l'autorité que le vice-président tire tout à la fois de la situation du Conseil d'État dans l'organisation étatique, et de sa propre situation au sein de l'institution. Sa participation à la fonction juridictionnelle est en effet des plus marginales sur le terrain juridique. Sur ce terrain, l'on pourrait dire qu'elle est inversement proportionnelle à son rôle d'administrateur (même s'il peut jouer, comme chacun sait, un rôle déterminant dans l'infléchissement des jurisprudences, comme il l'a été admis par exemple par E. Laferrière à propos de la solution Cadot, ou par M. Long s'agissant de la solution Nicolo...). De plus, le vice-président est responsable de plusieurs organes de gestion qui lui sont directement rattachés, et dont l'importance n'est pas des moindres dans l'administration des magistrats administratifs et des juridictions. Ainsi et principalement, il préside le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (CSTACAA¹³), et la mission d'inspection des juridictions administratives est placée sous son autorité directe.

Le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel a vocation à garantir que l'indépendance des juges territoriaux ne soit pas entravée par la gestion de leur carrière. Si sa désignation évoque le Conseil supérieur de la magistrature, le CSTACAA n'en est aucunement un reflet dans la sphère de la justice administrative. Il n'en a ni les compétences, ni le prestige : il est consulté sur les questions individuelles intéressant les magistrats, et celles relatives au fonctionnement et à l'organisation des juridictions. Il exerce cependant le pouvoir disciplinaire à l'égard des magistrats. Siégeant au Conseil d'État, placé sous la présidence de son vice-président, composé dans une configuration qui fait une place à des autorités issues des rangs du Conseil d'État, le CSTACAA favorise la gestion indépendante des corps concernées mais n'accentue pas moins la position centrale des gestionnaires du Conseil d'État. Ainsi, en dépit de la participation des magistrats administratifs à leur propre gestion, celle-ci demeure largement aux mains de l'administrateur de la juridiction administrative, et ce d'autant que l'organe de participation qu'est le CSTACAA comprend parmi ses membres un autre « auxiliaire » de la gestion centralisée qu'est le président de la mission d'inspection des juridictions administratives.

Depuis l'ordonnance du 31 juillet 1945¹⁴, le Conseil d'État assure cette mission d'inspection, au moyen d'une mission permanente d'inspection à l'égard des juridictions administratives. Ainsi, au contrôle juridictionnel exercé sur les décisions juridictionnelles des juridictions administratives, s'ajoute un contrôle de type administratif opéré par une structure du Conseil d'État dépendant directement

¹² Articles R732-3 et R732-8 CJA ; de même, en application d'un décret du 30 mars 2012, le Conseil d'État est gestionnaire des tribunaux et de la cour nationale de la tarification sanitaire et sociale.

¹³ L232-1 CJA.

¹⁴ L112-4 CJA.

de son chef, et confiée à un conseiller d'État¹⁵. L'article R112-1 du code de justice administrative (issu du décret du 22 février 2010), lui confie une triple compétence, qui excède la stricte vocation de l'inspection, à l'instar des inspections générales dans leur ensemble. Tout d'abord, et conformément au principe même de son institution, la mission contrôle l'organisation et le fonctionnement des juridictions. Ensuite, elle est appelée à mener des études sur un thème intéressant plusieurs juridictions. Enfin, la mission veille à la diffusion de bonnes pratiques destinées à favoriser l'accomplissement de leurs missions par les juridictions, et peut formuler à cet effet toute recommandation utile. L'exercice de ses deux premières attributions est conditionné par un programme de visites d'inspection et d'études arrêté annuellement par le vice-président du Conseil d'État, et suivant un guide de méthodologie défini par une note de ce dernier. La présence dans la vie de juridictions de cette inspection est considérable, et en retour permet une connaissance fine de ces dernières par le président de la mission.

L'organisation de l'inspection est une attribution originale du Conseil d'État¹⁶, et elle l'est d'autant plus que le Conseil d'État est donc déjà investi, en sa qualité de juge suprême de l'ordre administratif, du pouvoir de censurer les décisions du juge subordonné.

Si l'on combine ces différents pouvoirs avec des instruments dont il dispose, ou bien anciens, telle la mission d'inspection des juridictions administratives, ou bien plus récents, tel le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, sans oublier les procédés relevant d'une « contractualisation » des relations avec les juridictions¹⁷ qui règlent la vie des juridictions, on perçoit aisément l'ampleur de l'arsenal dont dispose le Conseil d'État pour assurer sa suprématie au sein de l'ordre juridictionnel administratif. « Plus que jamais, le Conseil d'État exerce un rôle essentiel dans la carrière des magistrats et dans l'activité des cours et tribunaux. À tous les stades, on le retrouve, directement ou indirectement¹⁸ ». Autrement dit, la qualité d'administrateur de la juridiction administrative permet au Conseil d'État d'exercer une double influence, la première nourrissant la seconde : en premier lieu sur les juridictions justement dites « subordonnées », qu'il contrôle déjà comme juge par le jeu des voies de recours, et, en second lieu, plus généralement, sur la vie administrative de ces juridictions, par le contrôle qu'il opère sur leur activité. C'est pourquoi, il est

¹⁵ Le président de la mission (initialement : chef de la mission) dispose de divers pouvoirs propres : membre du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, il en assure la présidence en cas d'empêchement du vice-président du Conseil d'État ; il préside le jury des deux concours de recrutement du corps des membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; il peut saisir le CSTACAA dans le cadre disciplinaire ; au sein de cette instance, il émet un avis écrit sur les principales décisions relatives à la carrière des magistrats administratifs. Il est compétent pour noter les présidents des tribunaux administratifs ; sur saisine, il a la faculté, depuis 2005, de faire des recommandations visant à remédier à la durée excessive d'une procédure engagée devant un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel, et peut être appelé à participer et à présider des groupes de réflexion, comme ce fut le cas concernant les outils informatiques d'aide à la décision ou les conditions de dispense de conclusions du rapporteur public...Il assure aussi une fonction de coopération internationale.

¹⁶ Par comparaison, l'inspection générale des services judiciaires dépend, elle, du ministère de la justice.

¹⁷ Voir les conventions de délégation de gestion, les conférences de gestion, et les projets de juridictions.

¹⁸ B. ODENT, D. TRUCHET, *La justice administrative*, Paris, PUF, 2008, p. 19.

regrettable que cet aspect du pouvoir juridictionnel soit tant passé sous silence, et ce d'autant qu'il est donc susceptible de peser sur les conditions d'exercice de la mission de juger.

II. « L'OFFICE DU JUGE »

Au début des années 1960, dans son cours de contentieux administratif, le président Odent écrit à propos de l'exécution des décisions juridictionnelles :

La doctrine souligne avec raison la discordance qu'il existe entre l'ambition des théories jurisprudentielles quelquefois audacieuses, et la modicité des garanties réelles que leur application pratique apporte aux justiciables. En ce domaine les solutions parfaites, voire même seulement satisfaisantes, n'ont pas encore été dégagées : il est à craindre qu'elles ne soient jamais trouvées¹⁹.

Les apports législatifs, réglementaires et jurisprudentiels, dans le lit de la loi de 1987, se sont succédés à une ampleur et à un rythme inédits et ont fait réaliser à la justice administrative des progrès remarquables qui viennent corriger l'appréciation désabusée de R. Odent.

La transformation des pouvoirs du juge administratif par la voie législative est sans doute la plus significative des mutations de la justice administrative française face aux enjeux de son efficacité, dont la célérité n'est qu'un aspect. Il suffit ici de citer les mesures les plus « radicales », à savoir la reconnaissance d'un pouvoir d'astreintes (1980), puis d'un pouvoir d'injonction (1995). De plus, la loi du 30 juin 2000 (codifiée au livre V du CJA), procède à une véritable refonte du fond du droit de l'urgence dans le procès administratif. La loi consacre notamment le développement du juge unique et de l'oralité, jusqu'alors en marge de la culture du juge administratif. Des différentes procédures instituées, le référé (suspension art. L. 521-1 CJA) et le référé-liberté (art. L. 521-2 CJA) sont des innovations essentielles. En particulier, les larges pouvoirs dont dispose le juge du référé-liberté expliquent le succès de cette voie de droit. Cette dernière a été en outre fortement médiatisée par quelques affaires (Dieudonné, Lambert, migrants de Calais...) qui en assurent en retour une forme de promotion. On sait d'ailleurs combien, au cours de la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, elle a pu être très fortement mobilisée par les justiciables. Il est aussi remarquable que, particulièrement par cette voie qui le conduit à aborder des questions sociétales demeurées longtemps en marge de son intervention (éthique, environnement etc.), le juge administratif acquiert aux yeux des citoyens une position nouvelle au sein de la cité.

Il n'y a pas lieu d'insister davantage sur ces réformes, mais le constat est qu'il y a là tout un ensemble qui, non seulement apporte des réponses à des défaillances longtemps relevées, mais favorise les initiatives jurisprudentielles. Le cadre juridique renouvelé dans lequel se situe aujourd'hui l'activité du juge administratif l'autorise à plus ou moins d'audace. On pourra se réjouir, ou tout au contraire déplorer, la conception que le juge administratif se fait de son office : là n'est pas la question. Reste que, partant, on peut observer une sorte d'inversion de la compréhension de cette idée selon laquelle « juger l'administration, c'est encore administrer », idée dont on sait combien elle a permis d'asseoir une certaine interprétation du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, et faire émerger cette interprétation française de la séparation des pouvoirs consacrée par le Conseil constitutionnel en 1987.

¹⁹ « Cours Contentieux administratif », *Les Cours du droit*, Fascicule II, 1961-1962, p. 659.

Pendant longtemps, sur le fondement de la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'État s'est attaché à placer son activité dans le fil de ce que « juger l'administration », c'est d'abord « juger ». Il apparaît aussi comme un censeur de l'administration avant même de s'autoriser à « encore administrer ». Pour autant, le juge reste soucieux de ne pas rendre des solutions qui n'auraient qu'un « caractère purement platonique » et afin de répondre aux « besoins d'une démocratie bien organisée », pour parler avec les mots de Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt Martin²⁰. C'est pourquoi, il ne s'interdit donc pas d'accompagner l'administration par différentes techniques lui permettant d'accomplir une œuvre de « direction administrative²¹ ». Néanmoins, la position du Conseil d'État est dominée par la prudence, car il n'entend pas franchir la ligne de la séparation du juge et de l'administration active. En 1952, Prosper Weil observe justement que le « Conseil d'État est le premier à vouloir respecter cette frontière qui limite sans doute son action, mais lui assure également son prestige²² ».

Aujourd'hui, au contraire, le juge n'hésite pas à assumer une posture qui consiste à considérer que juger l'administration ce n'est pas seulement « juger » et « encore administrer », mais que c'est bien « aussi administrer », reléguant par suite le respect des frontières entre le juge et l'administrateur qu'il s'est pourtant si longtemps attaché à contenir.

En effet, et par exemple, le juge s'attache à faciliter l'exécution de ses décisions, en évitant la création de situations inextricables. En particulier, suite à une évolution jurisprudentielle progressive²³, dans sa décision CE 11 mai 2004, Association AC !²⁴, il se reconnaît la possibilité de moduler dans le temps des effets d'une annulation. L'effet rétroactif est en effet accepté lorsqu'il

est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets²⁵.

Autrement dit, le juge administratif met en regard

les conséquences de la rétroactivité de l'annulation avec le principe de légalité et le droit des justiciables à un recours effectif pour décider s'il y a lieu d'en limiter les effets dans le temps²⁶.

Ensuite, toujours mu par son intérêt pour les conséquences pratiques de la décision qu'il prononce, et estimant que l'intérêt général peut désormais commander un maintien temporaire de ses effets, le juge va plus loin encore. Il entend en effet donner un « effet utile » à ses décisions. C'est dans cette veine qu'il consacre la possibilité de prononcer l'abrogation d'un acte illégal, non pas de manière rétroactive, mais, dans certaines conditions, pour l'avenir. Le thème de

²⁰ CE, 4 août 1905, Paris, Dalloz, 1907, III, p. 49.

²¹ Selon le mot de Maspétiol et Laroque cité par P. WEIL, *Les Conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse de doctorat, Paris, Jouve, 1952, p. 172.

²² *Ibid.*, p. 171.

²³ Voir notamment CE, 29 juin 2001, *M. Vassilikiotis*, puis CE, 27 juillet 2001, *Titran*, AJDA 2001, p. 1053

²⁴ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ; B. GENEVOIS, *GAJA*, *op. cit.*, n° 101.

²⁵ Présentation de l'arrêt sur le site du Conseil d'État.

²⁶ *Ibid.*

« l'appréciation dynamique de la légalité », porté en étendard, est justifié par le fait que :

une décision de justice utile garantit l'application du droit dans la vie quotidienne et ne se borne pas à dire le droit de manière désincarnée. Elle [...] prend en compte les réalités concrètes²⁷.

Les affaires Société Eden (2018), Américains accidentels (2019), Stassen (2020), association des avocats Elena France (2021), notamment, qui ont été largement commentées, sont emblématiques de cette nouvelle ligne de conduite²⁸. D'autres jurisprudences, telles celles qui conduisent à l'évitement des annulations formalistes²⁹, s'inscrivent dans cette conception nouvelle de l'office du juge. Revendiquée par le Conseil d'État, elle est le plus souvent saluée par la doctrine universitaire, malgré quelques voix prudemment dissonantes, mais bienvenues³⁰.

Bruno Lasserre enregistre ces mutations lorsqu'il affirme, en 2021,

que la légitimité du juge dépendra aussi de sa capacité à rendre des décisions réalistes, effectivement exécutoires et politiquement acceptables. Il y a un risque certain pour le juge à donner l'impression qu'il se substitue au pouvoir politique dans ces domaines où l'action publique est aux prises avec une très grande complexité et de très grandes contraintes. De ce point de vue, la méthode mise en œuvre dans l'affaire commune de Grande Synthèse me paraît sage : le Conseil d'État n'a pas défini lui-même ce qui est désirable pour lutter contre le changement climatique; il s'est contenté – mais c'est déjà beaucoup – de prendre au mot le gouvernement en lui demandant de rendre des comptes sur les engagements précis qu'il avait pris dans l'Accord de Paris et traduits dans la loi. En faisant de son prétoire un lieu de transparence et de responsabilité pour le politique, le juge garantit, je le crois, l'acceptabilité de ses décisions³¹.

On ne peut mieux dire...

*
**

Ces transformations ne sauraient dissimuler une évidente continuité du rôle du juge administratif. Pour s'en tenir à un unique exemple, celui de sa position au regard des actes de gouvernement, dont on a cessé de s'enorgueillir de la limitation de la liste. Cette dernière est un progrès non contestable, mais, pour autant, ce progrès ne doit pas occulter l'existence persistante de ces actes qui demeurent en dehors du droit. Or, cette catégorie fait preuve d'une certaine vitalité. Certes, le recours à la qualification d'acte de gouvernement n'interdit plus tout

²⁷ « Livret du participant », « Être accessible, utile et compris : l'efficacité du juge administratif », Entretiens du contentieux du Conseil d'État, octobre 2021 [En ligne : www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/etre-accessible-utile-et-compris-l-efficacite-du-juge-administratif-ouverture-de-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat].

²⁸ Sur ces affaires, voir notamment M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ; B. GENEVOIS, *GAJA*, *op. cit.*, n° 116.

²⁹ CE, 23 décembre 2011, Danthony, in *ibid.*, n° 108.

³⁰ C. BROUELLE, « Ce que le requérant veut, au fond », *Tribune AJDA*, 2023, p. 1

³¹ B. LASSERRE « L'environnement : les citoyens, le droit, les juges », Entretiens du contentieux du Conseil d'État, mai 2021 [En ligne : www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-environnement-les-citoyens-le-droit-les-juges-introduction-de-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat].

débat juridictionnel, puisqu'il est possible d'invoquer la violation d'un traité (source de légalité nationale) par un acte administratif ou parce que l'immunité juridictionnelle cesse lorsque l'acte est considéré comme détachable des accords et traités et relations diplomatiques. Reste que certaines qualifications laissent interrogatifs : il en est certainement ainsi à propos de la proposition au nom de la France d'un candidat à l'élection des juges à la Cour pénale internationale³², du refus du ministère des Affaires étrangères de rapatrier en France les familles de djihadistes français partis combattre en Syrie et en Irak dans les rangs de l'État islamique³³, ou, probablement du refus de la demande tendant à la suspension des licences d'exportation de matériels de guerre et matériels assimilés à destination des pays impliqués dans la guerre au Yémen³⁴.

Pascale Gonod

Professeur de droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

³² CE 28 mars 2014, *De B.*, n° 373064.

³³ CE, ord., 23 avril 2019, *Mme Dubreuil et a*, n° 429668.

³⁴ CE, 27 janvier 2023, n° 436098.

La justice judiciaire à l'heure du ressentiment

Prolongeant l'intuition de Nietzsche, Max Scheler refuse de réduire le ressentiment à un affect passager¹. Il l'érige en une forme durable d'hostilité matinée d'impuissance, qui trouve son origine dans un sentiment d'humiliation. Certes, il convient de se méfier des analyses qui « psychologisent » à l'excès les rapports entre pouvoirs. Il n'en demeure pas moins que les institutions politiques n'existent qu'à travers les hommes qui les incarnent. Ceux-ci peuvent, le cas échéant, se faire les porte-parole d'un malaise conséquent, au point d'installer au cœur du politique plus de psychologie qu'usuellement.

En France, que ce soit le fait d'un Exécutif renâclant traditionnellement à voir la justice échapper à son instrumentalisation ou celui de juges enclins à adopter une stratégie d'affrontement, les rapports entre justice et politique, entre institution judiciaire et gouvernement, ont rarement été apaisés. Dans un paysage trop souvent ravagé par une méfiance réciproque, les cinq dernières années n'en apparaissent pas moins saillantes. Jamais encore ne s'était en effet ajoutée aux désaccords et affrontements habituels une dimension passionnelle telle qu'elle semble pouvoir être analysée en termes de ressentiment.

Le très fort écho qu'ont pu avoir deux tribunes, publiées à quelques mois d'intervalle, en 2020 et en 2021 dans *Le Monde* marque le début de cette séquence. Le procès du garde des Sceaux en exercice, en novembre 2023 devant la Cour de Justice de la République (CJR) en constitue l'acmé. Le discours prononcé par le Président de la République à l'École Nationale de la Magistrature (ENM), le 9 février 2024, à l'occasion de la prestation de serment d'un nombre historiquement élevé d'auditeurs de justice, illustre la volonté de l'Exécutif de s'inscrire dans le cadre de rapports plus apaisés. Mais entre-temps, l'affrontement fut vif.

En témoigne d'abord le texte du 29 septembre 2020, publié par Chantal Arens et François Molins, alors respectivement Première présidente et Procureur général près la Cour de cassation. Après avoir pris la défense de l'ENM, un temps menacée de réforme dans le prolongement du rapport Thiriez sur la haute fonction publique², les deux plus hauts magistrats judiciaires du pays en viennent – *in cauda venenum* – à l'essentiel. Ils contestent que le garde des Sceaux ait pu saisir « l'inspection générale de la justice d'une enquête administrative contre trois magistrats du Parquet National Financier (PNF) chargés d'une procédure qui l'avait concerné ». « Le conflit d'intérêts que sous-tend cette situation ne peut

¹ M. SCHELER, *L'homme du ressentiment* (1923), rééd. Bartillat, 2022.

² J.-B. JACQUIN, « Réforme de la haute fonction publique : les objections des magistrats au rapport Thiriez », *Le Monde*, 22 février 2020.

qu'alerter. » ajoutent-ils³. Cette première tribune s'inscrit dans un contexte d'animosité patent. Dès le 24 septembre, la présidente du Syndicat de la Magistrature mettait en cause, de manière moins feutrée encore que les magistrats de la Cour de cassation, la « probité » du ministre, sa tendance à « trouver à son goût les recettes populistes » et dénonçait « une offensive [menée] contre la justice financière, de manière particulièrement vindicative et partielle »⁴. Les hauts magistrats se faisaient par ailleurs le relais de motions adoptées quelques jours auparavant par plusieurs assemblées générales de magistrats. À l'appel de l'Union Syndicale des Magistrats (USM) et du Syndicat de la Magistrature (SM), elles avaient en effet voté des motions dénonçant « des attaques contre la magistrature et l'État de droit ». L'assemblée générale du tribunal judiciaire de Paris avait notamment appelé le Président de la République « à agir en responsabilité en tant que garant constitutionnel de l'indépendance de l'autorité judiciaire face à un ministre de la justice ayant perdu définitivement toute crédibilité et détruisant le lien de confiance devant unir les citoyens à la justice »⁵. Il est vrai que, toujours très fin diplomate, Éric Dupont-Moretti avait profité de la nomination – contestée – d'une avocate à la tête de l'École Nationale de la Magistrature, pour dénoncer le 21 septembre 2020 « une culture de l'entre-soi », un « corporatisme qui éloigne la justice des citoyens et prenait corps pour une part à l'ENM »⁶.

La seconde tribune, parue dans *Le Monde* du 23 novembre 2021, a eu beaucoup plus d'écho que la première et se présente comme un Appel de 3000 magistrats destiné à alerter l'opinion publique sur la situation très difficile de la magistrature⁷. Elle se distingue donc de celle de M^{me} Arens et de M. Molins à la fois par son caractère collectif et par son sujet, plus ancré dans le quotidien de la magistrature que sur les questions des rapports entre pouvoirs. Elle dénonçait une justice « déshumanisée » qui obligerait les magistrats à choisir entre « juger vite mais mal » ou « juger bien mais dans des délais inacceptables » pour les justiciables. Si rédacteurs et premiers signataires sont des membres du Syndicat de la Magistrature (SM), la tribune a touché bien au-delà des sympathisants de ce syndicat puissant mais minoritaire. En quelques semaines, elle a été cosignée par plus de la moitié des magistrats⁸. Au-delà de la « grande souffrance » que cause, selon ce texte, « une justice qui maltraite les justiciables, mais également ceux qui œuvrent à son fonctionnement, greffiers et magistrats », la tribune met l'accent sur la perte de sens de la fonction judiciaire. En dénonçant « une vision gestionnaire du métier », en refusant « une justice qui n'écoute pas, qui raisonne uniquement en chiffres, qui chronomètre tout et comptabilise tout », elle se rattache à une vision exclusivement

³ Chantal ARENS et François MOLINS, « Les magistrats sont inquiets de la situation dans laquelle se trouve l'institution judiciaire », *Le Monde*, 29 septembre 2020.

⁴ K. DUBREUIL, « Eric Dupond-Moretti mène une offensive contre la justice financière, de manière vindicative et partielle », *Le Monde*, 29 septembre 2020.

⁵ J.-B. JACQUIN et O. FAYE, « “Conflit d'intérêts”, “déstabilisation de l'institution judiciaire” : la fronde des magistrats contre Éric Dupond-Moretti », *Le Monde*, 29 septembre 2020.

⁶ Discours disponible sur le site du ministère de la Justice [<https://www.justice.gouv.fr/actualites/espace-presse/direction-lenm>].

⁷ Collectif, « L'appel de 3 000 magistrats et d'une centaine de greffiers : nous ne voulons plus d'une justice qui n'écoute pas et qui chronomètre tout », *Le Monde*, 23 novembre 2021

⁸ Proportion tirée du rapport du comité des États généraux de la justice (octobre 2021–Avril 2022) « Rendre justice aux citoyens », p. 30 (dorénavant Rapport Sauvé). La tribune a en définitive regroupé près de 7 000 signatures, émanant de magistrats, greffiers et auditeurs de justice.

qualitative de la fonction juridictionnelle. La justice étant une vertu avant d'être un service public, une telle dénonciation ne peut que séduire, même si tous ceux qui se trouvent confrontés à des phénomènes de massification – et les universitaires en tête – ne peuvent qu'en percevoir les limites. En mettant l'accent sur l'incapacité à agir, le sentiment de frustration et l'animosité qui en découlent, cette seconde tribune rappelle la manière dont Camus, s'appuyant sur Scheler toujours, définissait le ressentiment. Dans *l'Homme révolté*, paru en 1951, il décrit en effet le ressentiment, par opposition à la révolte, comme « une auto-intoxication, la sécrétion néfaste, en vase clos, d'une impuissance prolongée » qui, « selon qu'il croît dans une âme forte ou faible, devient arrivisme ou aigreur »⁹.

Qu'apportent plus précisément ces deux tribunes à la compréhension de la crise que traverse actuellement la magistrature ? Peut-on réduire celle-ci à une question de moyens, c'est-à-dire de rareté des ressources ? Le contexte de la publication de la seconde tribune, celle dite des 3 000, y invite. Elle s'inscrit en effet dans la perspective de la réunion, sous la direction de Jean-Marc Sauvé, des États généraux de la justice lancée en octobre 2021 par le Président de la République. Le vice-président honoraire du Conseil d'État a d'ailleurs mis en exergue le problème récurrent du manque de moyens au sein du sombre tableau dressé par le comité¹⁰. Face à un effectif « de 9 000 à 9 200 magistrats [...] notablement insuffisant », le comité appelle à un « effort inédit » de création d'« au moins 1 500 postes de magistrats du siège et du parquet dans les cinq années à venir »¹¹. Ces états généraux de la justice avaient d'ailleurs eux-mêmes vocation à répondre à la description faite là encore par Chantal Arens et François Molins, lors d'un entretien avec le président de la République le 4 juin 2021 selon laquelle cette noble institution serait à bout de souffle et marquée par la désespérance de ses acteurs.

Toutefois, ce sentiment d'abandon, né de l'insuffisance ancienne et profonde des conditions matérielles dans lesquelles s'exerce la justice judiciaire en France, n'était pas le seul grief avancé par les plus hauts magistrats de la Cour de cassation devant le chef de l'État. Dans un entretien au *Journal du Dimanche*, paru deux jours après leur entrevue à l'Élysée¹², ils précisent avoir également insisté sur « les critiques récurrentes et chaque fois un peu plus violentes » dont la justice fait régulièrement l'objet de la part des hommes politiques. Celles-ci risqueraient selon eux d'accroître encore un peu plus le « déficit de confiance » dont souffre la justice auprès des citoyens¹³. Il est vrai que ce dernier est patent. Selon un sondage CSA publié par la commission des lois du Sénat, le 27 septembre 2021, la justice est perçue très négativement par la grande majorité des français. Lorsqu'ils sont appelés à la qualifier, des éléments négatifs sont avancés dans 67 % des cas et parmi ceux-ci figurent en particulier les traits suivants : elle serait essentiellement considérée

⁹ *L'homme révolté*, Gallimard, coll. NRF, 1951, p. 25.

¹⁰ Voir notamment le constat d'une « Justice au bord de la rupture » fait p. 36 à 70 du Rapport Sauvé.

¹¹ Voir le rapport précité, p. 155. Voir également J.-B. JACQUIN, « Limiter le recours à la prison, embaucher massivement, réformer l'institution... Les principales conclusions des États généraux de la justice », *Le Monde*, 10 juin 2022.

¹² Voir l'interview de C. ARENS et F. MOLINS, par P. RADENOVIC, in « L'institution judiciaire est fragilisée », *Journal du dimanche*, 5 juin 2021.

¹³ *Ibid.*

comme étant lente, injuste, laxiste et débordée¹⁴. À la défiance habituelle des hommes politiques envers la justice, vient donc s'ajouter celle, plus forte encore que jadis, des citoyens.

La justice est donc mal aimée, mal lotie et peu considérée. De surcroît son statut est incertain au point qu'on ne saurait, sans réflexion préalable, appliquer la notion de pouvoir juridictionnel à la justice judiciaire. Deux remarques ici s'imposent.

D'une part, la notion de pouvoir juridictionnel est plus vaste que celle de pouvoir judiciaire. Même si l'une et l'autre sont parfois prises pour synonymes, le pouvoir judiciaire ne désigne que l'ensemble des juridictions appelées à régir les relations interindividuelles et relevant, à titre principal, du droit privé¹⁵. C'est aux côtés de la justice constitutionnelle, administrative ou internationale – qui d'ailleurs la concurrencent de manière croissante – que la justice judiciaire prend part à l'exercice du pouvoir juridictionnel. En conséquence, et bien qu'elle ne saurait en épuiser la notion, la justice judiciaire peut en effet être qualifiée de pouvoir au sens fonctionnel du terme. C'est précisément sur les conditions d'exercice de cette fonction juridictionnelle que se concentre la première des deux tribunes précitées. Elle présente le rapport de la justice judiciaire à la masse des affaires dont elle est saisie sous la forme d'un défi auquel elle ne serait plus en mesure de faire face. Le ressentiment qu'éprouve la justice judiciaire tient d'abord aux conditions difficiles d'exercice de la fonction juridictionnelle (I).

D'autre part, ainsi que l'a bien montré Eisenmann, le terme de pouvoir est lui-même marqué d'ambiguïtés. Appliqué à la justice, il désigne en effet tantôt la fonction, c'est-à-dire « la tâche [...] que la justice – appareil d'organes – est appelée à remplir¹⁶ », tantôt précisément, l'organe qui en assure l'exercice. Or, d'un point de vue organique, la Constitution de 1958, en son article 64, refuse à la justice judiciaire un tel qualificatif. C'est la fameuse optique du « pouvoir refusé » pour reprendre la formule souvent citée de Jean Foyer¹⁷ qui est aujourd'hui décriée. La tribune relative à l'affaire du PNF s'inscrit en effet dans la perspective d'un rapport de force entre deux très hauts magistrats et le garde des Sceaux. Elle dénonce la possibilité d'une immixtion du politique dans le judiciaire, alors même que le ministère de la justice est le seul à être expressément prévu par la Constitution (à l'article 65). En d'autres termes, le sentiment de maltraitance qui est à l'origine de la dimension fonctionnelle du ressentiment est interprété comme le signe d'une absence de reconnaissance institutionnelle, comme le refus de reconnaître que la magistrature judiciaire est en droit d'exercer un véritable pouvoir au même titre que l'Exécutif et le Législatif. Ce faisant, elle sert d'aiguillon à une revendication à dimension organique (II).

¹⁴ « Le rapport des Français à la justice », sondage CSA *Research* pour la commission des lois du Sénat, septembre 2021, p. 13. Voir également les « 16 propositions pour retrouver confiance dans la justice », Commission des Lois du Sénat, 22 septembre. 2021.

¹⁵ Le droit pénal étant considéré en France comme étant du droit privé, ce qui est loin d'aller de soi.

¹⁶ « La justice dans l'État », in Charles EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques* (préface de C. LEBEN), Presses de l'Université Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2002, p. 147.

¹⁷ J. FOYER, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n°16, janvier 1981, p.17-29.

I. LA DIMENSION FONCTIONNELLE DU RESENTIMENT

Le mal-être de la justice judiciaire, qu’exprime avec force la tribune des 3 000, tient à un manque de moyens (A) rendu encore plus criant par la multiplication des missions confiées à la justice judiciaire (B).

A. L’insuffisance des ressources

Régulièrement dénoncé mais plus rarement compensé, le problème du manque de moyens matériels et humains dont dispose l’autorité judiciaire demeure central. Publié le 5 octobre 2022, le rapport de la Commission européenne pour l’efficacité de la justice¹⁸ qui compare les ressources de la justice dans 44 des États du Conseil de l’Europe, est sans appel. Hors prisons, protection judiciaire de la jeunesse et fonctionnement du ministère, la France dépense 72,5 € par an et par habitant pour financer son système judiciaire là où la moyenne est de 82 € en Italie¹⁹, de 138 € en Autriche²⁰ et de 141 € en Allemagne²¹. Forte de 9 000 magistrats judiciaires, la France comptait en moyenne 11,2 juges et 3,2 procureurs pour 100 000 habitants en 2020, alors que les chiffres médians au sein du Conseil de l’Europe sont respectivement de 17,6 et 11,1²². Il est vrai qu’en France le financement du budget du système judiciaire est essentiellement assuré par l’impôt. À l’inverse, en Allemagne ou en Autriche par exemple, les frais de justice couvrent une part importante, voire quasi intégrale, de ce budget²³.

Ces écarts importants, depuis longtemps documentés, ont donné lieu à diverses propositions. Certaines tendent à introduire en France et pour les seuls « contentieux lourds²⁴ », une contribution proportionnelle aux demandes contestées²⁵. Une proposition dans le même sens figure au sein du *Rapport Sauvé* sur les états généraux de la Justice en matière de justice économique. Il s’agirait d’introduire, en amont de la procédure, un droit de timbre modulé en fonction du montant du litige et de la capacité contributive du requérant et, en aval, un droit de fin de procédure, qui prendrait en compte le « comportement des parties en vue d’un règlement diligent du litige²⁶ ». Impliquant de rompre avec le principe de

¹⁸ « Commission européenne pour l’efficacité de la justice (CEPEJ) du Conseil de l’Europe, “Systèmes judiciaires européens Rapport d’évaluation de la CEPEJ”, Cycle d’évaluation 2022 (données 2020) », octobre 2022 : 1^{ère} partie « Tableaux, graphiques et analyses » ; 2^{ème} partie « Profils des pays » ; 3^{ème} partie « CEPEJ-STAT » (dorénavant Rapport CEPEJ).

¹⁹ *Rapport CEPEJ*, 2^{ème} partie, p. 73.

²⁰ *Ibid.*, p.19.

²¹ *Ibid.*, p. 58.

²² *Rapport CEPEJ*, 2^{ème} partie, p. 53.

²³ 40 % en Allemagne, 97 % en Autriche. Voir le *Rapport CEPEJ*, 1^{ère} partie, p. 34.

²⁴ La notion de « contentieux lourds » exclut notamment les affaires relevant des prud’hommes ou du juge aux affaires familiales, les contentieux commerciaux d’un faible montant ou les affaires relatives à un préjudice corporel.

²⁵ Voir par exemple, la tribune d’un collectif de juristes – dont Noelle Lenoir et Antoine Garapon – « D’une justice gratuite dégradée à une justice accessible de qualité », *Dalloz Actualité*, 22 nov. 2018.

²⁶ *Rapport Sauvé*, p.184.

gratuité d'accès à la justice, consacré par la loi du 30 décembre 1977²⁷, elles sont pour l'instant demeurées lettre morte.

D'autres propositions, dans une perspective plus institutionnelle, s'attachent à articuler une approche de finances publiques « à une réflexion sur le contenu et la pertinence [...] du concept d'autorité judiciaire²⁸ ». Tel est le cas du groupe de travail de la Cour de cassation, réuni en 2017, autour de la question « Quelle indépendance financière pour l'autorité judiciaire ? ». L'étude focalise en effet son attention sur le « principe d'indépendance [...] indissociable de l'exercice de la fonction judiciaire²⁹ » consacré par le conseil constitutionnel dans ses décisions du 19 février 1998³⁰ et 20 février 2003³¹. Le rapport part de la conviction selon laquelle si la justice n'a jamais été un véritable pouvoir, cela tient notamment à son absence d'autonomie financière³². Ériger la justice judiciaire en véritable pouvoir suppose donc de lui ouvrir la possibilité de déterminer les moyens qui lui sont nécessaires pour mener à bien ses missions. Partant du constat – au demeurant banal – selon lequel « il n'est pas d'indépendance sans moyens matériels suffisants pour l'exercer³³ », le rapport se concentre sur la nécessité de transférer à l'institution judiciaire la gestion de son budget afin d'éviter « une gestion ministérielle trop éloignée des préoccupations et des besoins des juridictions³⁴ ». Le pas supplémentaire qui consiste à passer de l'autonomie de gestion à celle de la décision financière est cependant rapidement franchi. Il réside dans le souhait de remettre au CSM une compétence d'avis en matière budgétaire sur le projet de loi de finances³⁵. L'obstacle constitutionnel qui résulte de l'article 20 de la Constitution en vertu duquel l'organisation du service public de la justice, aspects budgétaires et comptables inclus, relève du gouvernement est curieusement passé sous silence. L'est tout autant la question de la composition du CSM et de son absence de légitimité démocratique pour émettre un tel avis³⁶. Enfin, le caractère problématique de ce type de proposition qui procède d'une remise en cause du principe selon lequel, sous la V^e République, il revient au parlement et au gouvernement de décider de l'allocation des moyens budgétaires aux pouvoirs constitués n'est nullement évoqué. Cela n'empêche pas la proposition d'être reprise dans un rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, réunie à l'Assemblée nationale en 2020 et

²⁷ Article 1 de la Loi n° 77-1468 du 30 décembre 1977 instaurant la gratuité des actes de justice devant les juridictions civiles et administratives (article L 111-2 du code de l'organisation judiciaire). Ce principe avait déjà fait l'objet d'une dérogation à travers l'instauration en 2011 d'une contribution pour l'aide juridique d'un montant de 35 euros. Bien que le dispositif ait été déclaré conforme à la Constitution dans une décision 2012-231/234 QPC du 13 avril 2012, il a été abrogé à la suite d'un rapport d'évaluation mitigé.

²⁸ Rapport au Premier président et au Procureur général de la Cour de cassation du groupe de travail « Quelle indépendance financière pour l'autorité judiciaire ? », juillet 2017, p.20.

²⁹ *Ibid.*, p. 20.

³⁰ 98-396 DC du 19 février 1998.

³¹ 200-466 DC du 20 février 2003.

³² Voir le Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation précité, p. 21.

³³ *Ibid.*, p. 20.

³⁴ *Ibid.*, p. 21.

³⁵ *Ibid.*, p. 108-109.

³⁶ Voir en ce sens, Rapport AN n°3296 fait au nom de la Commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, 2 septembre 2020, p. 74.

issue du droit de tirage de la France insoumise³⁷. On aurait toutefois tort de réduire à une question de moyens la crise que traverse aujourd'hui la justice. En effet, les ressources budgétaire et humaines, finies par définition, ne seront jamais à la hauteur d'une demande de justice qui n'a de cesse de croître dans les sociétés démocratiques³⁸. De plus, la tribune des 3 000 s'inscrit paradoxalement dans un contexte de très forte revalorisation budgétaire. Le budget de la justice a en effet augmenté de 30 % pendant le premier quinquennat d'E. Macron. Plus encore, le garde des Sceaux Éric Dupont-Moretti a obtenu que les budgets 2021, 2022 et 2023 affichent chacun une hausse de 8 %, qui va bien au-delà de la loi de programmation de sa prédécesseur³⁹. Cette hausse spectaculaire du budget de la justice (+ 60 % sur les deux quinquennats) devrait permettre un plan de recrutement ambitieux, avec la création de 1 500 postes de magistrats⁴⁰ sur la période 2023-2027 et une revalorisation de leurs salaires de 1 000 euros brut en moyenne⁴¹.

Au regard des arbitrages budgétaires très favorables à la justice qu'a obtenus l'actuel ministre, l'état de défiance qui caractérise ses relations avec la magistrature ne peut que surprendre. En réalité, le paradoxe n'est sans doute qu'apparent car les syndicats de magistrats n'ont jamais été unanimes pour faire de la question des moyens financiers l'alpha et l'oméga de leurs combats. Le rôle du Syndicat de la Magistrature comme initiateur de la tribune des 3 000 constitue à cet égard une forme de rupture. Créé en 1968 il a longtemps négligé les préoccupations liées aux intérêts matériels de ses membres contrairement à l'USM, syndicat majoritaire créé en 1974 et qui les a toujours pleinement assumés⁴². Le SM se voulait en effet « essentiellement porteur de revendications concernant la place de la justice dans la société⁴³ ». On touche là à la question des missions conférées à la justice judiciaire qui, depuis les années 70 au moins, se sont démultipliées, au point que les magistrats semblent aujourd'hui avoir du mal à les cerner voire à en percevoir le sens.

B. La perte de sens de la profession

La perte de sens de la fonction judiciaire est d'abord un effet de la multiplication des missions qui lui sont dévolues. Elle s'est produite au fil du temps, sans réflexion véritable sur ce que l'on peut attendre de la justice. Traditionnellement chargé de résoudre les litiges qui lui sont soumis conformément à la loi, le juge se fait désormais régulateur, contrôleur, gestionnaire⁴⁴. Il a dorénavant la charge de dire le droit dans un contexte de plus en plus difficilement déchiffrable.

³⁷ Rapport AN n°3296 précité, p. 156.

³⁸ A. GARAPON, « Le nécessaire retour du choix politique », *Recherche Droit et Justice*, n°36, mai 2011, p. 1.

³⁹ Ministère de la Justice, « Le budget de la justice » [<https://www.justice.gouv.fr/ministere-justice/budget-justice>].

⁴⁰ Conformément à la préconisation du Rapport Sauvé qui en faisait un minimum (voir. p. 23).

⁴¹ Communiqué de presse du Ministère de la justice « Le budget de la justice dépasse pour la première fois les 10 milliards d'euros », 27 septembre 2023.

⁴² C. RÉGNARD, Président de l'Union syndicale des magistrats (USM), « La place des syndicats dans la magistrature », *Constitutions*, 2014, p. 155.

⁴³ A. DEVILLÉ, « L'entrée du syndicat de la magistrature dans le champ juridique en 1968 », *Droit et Société*, 1992, n° 22, p. 639.

⁴⁴ Interview de C. ARENS et F. MOLINS, par P. RADENOVIC, « "L'institution judiciaire est fragilisée", *Journal du dimanche*, 5 juin 2021.

Les procédures s'affinent, les garanties s'accroissent sans qu'on se préoccupe de la situation réelle des juridictions. À titre d'exemple la décision du Conseil constitutionnel du 4 juin 2021⁴⁵ qui se fonde sur l'article 66 de la Constitution pour imposer aux juges de la liberté et de la détention de contrôler systématiquement le maintien de mesures de contention ou d'isolement en hôpital psychiatrique au-delà d'une durée de 24 ou 48 heures a été saluée par les défenseurs des droits et libertés. Elle n'en pose pas moins de grosses difficultés dans les juridictions, dans la mesure où elles sont susceptibles de concerner plus de 150 000 actes par an.

Dans le même sens, selon le Rapport de la CEPEJ précité, « la France a l'un des plus faibles effectifs de procureurs en Europe⁴⁶ et doit faire face simultanément à un nombre très élevé d'affaires pénales de première instance reçues⁴⁷ avec un nombre très important d'attributions différentes (12)⁴⁸ ».

L'accroissement des domaines d'intervention du juge, connu dans le domaine pénal, est également sensible en matière civile. C'est en effet essentiellement par l'intermédiaire de la justice civile que s'est faite la judiciarisation de la société. La justice civile a connu en conséquence depuis les années 80 une véritable massification des contentieux, qui résulte notamment de la recherche quasi systématique de responsables en cas de dommage et d'une moindre stabilité des liens familiaux⁴⁹. Elle représente aujourd'hui 60 % des décisions rendues par les juridictions de l'ordre judiciaire⁵⁰. Or, les effectifs des magistrats consacrés au traitement des contentieux civils en appel et en première instance ont diminué depuis 2009. On peut y voir l'effet d'une sorte de tropisme pénal dans les juridictions – ce que d'aucuns désignent d'ailleurs sous le nom d'effet François Molins⁵¹ – combiné à la diminution des effectifs de magistrats en France entre 2009 et 2014. La multiplication des affaires traitées à juge unique et l'accumulation des stocks contraint le juge du quotidien, non pas à penser le droit, mais à recourir à une pensée standardisée et répétitive, sur fond de trame de jugement⁵², en attendant au mieux le recours massif à la médiation⁵³, au pire aux algorithmes ou à Chat GPT. Le caractère monacal et désincarné de ce travail a été encore accentué par l'adoption de la LOLF du 1^{er} août 2001 qui a érigé l'objectif de performance au rang de principe budgétaire. La justice a dû « mettre en place des batteries d'indicateurs privilégiant les critères de délai de jugement, d'ancienneté de stock

⁴⁵ 2021-912/913/914 QPC, § 19 notamment.

⁴⁶ Voir *supra* p. 5.

⁴⁷ 6,1 pour 100 habitants, la médiane européenne étant de 2,8

⁴⁸ **Rapport CEPEJ**, 1^{ère} partie, p. 65.

⁴⁹ Voir Alain VANZO, Allocution du Premier Président de la Cour d'Appel de Bourges lors de l'audience solennelle de rentrée, 16 janvier 2023.

⁵⁰ Rapport Sauvé, p. 42.

⁵¹ J.-B. JACQUIN, « La justice civile, une justice du quotidien en péril », *Le Monde*, 2 août 2021. F. MOLINS s'est fait connaître du grand public à l'occasion de la vague d'attentats terroristes islamistes qui touchent la France à partir de 2012, d'où l'éventuel « effet Molins » sur les jeunes auditeurs de justice.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Voir éditorial *Du Monde* du 6 janvier 2023 « Réforme de la justice : passer des bonnes intentions aux actes », sur la volonté de développer le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits en matière civile. Voir l'annexe 12 du Rapport Sauvé « Rapport du groupe de travail sur la simplification de la justice civile », not. p. 71 et s.

et de nombre d'affaires jugées⁵⁴ ». Le sentiment prévaut depuis au sein de la justice – et il est d'ailleurs perceptible à la lecture de la tribune des 3 000 – que l'on est passé d'un objectif de réduction de la dépense publique à une restriction de l'offre de justice, la performance objectivement mesurée tenant lieu de politique en matière de justice⁵⁵.

Le juge se doit également de « connaître des règles de droit de plus en plus foisonnantes et complexes⁵⁶ ». Or, ainsi que le souligne le Rapport Sauvé, la prolifération des règles de droit, leur technicisation, leur caractère changeant et souvent leurs contradictions conduisent mécaniquement à la multiplication des litiges⁵⁷. Il en résulte une baisse de la qualité des jugements qui se traduit, en matière civile, par un taux d'appel en hausse de 50 % en dix ans⁵⁸. Il est par ailleurs à craindre que par l'effet de la publication de la majorité des arrêts des cours d'appel rendus dans les matières civile, sociale et commerciale, prévue par la loi Lemaire du 7 octobre 2016, les incohérences jurisprudentielles deviennent plus visibles aux entreprises de la *Legal tech* et exposent davantage encore les décisions à la critique⁵⁹.

Enfin, la perte de sens de l'office du juge est encore accentuée par les désaccords au sein du corps des magistrats sur la définition du rôle que le juge doit jouer dans la cité.

La ligne de démarcation se manifeste ici entre deux grandes conceptions de l'office du juge. La première, probablement majoritaire mais silencieuse, considère que le juge doit trancher les litiges en appliquant la loi, en l'interprétant certes, mais sans la dénaturer, sans en réduire la portée ou la compléter indûment. La seconde, portée par le très actif Syndicat de la Magistrature (SM), considère qu'il relève de la mission du juge de modifier les équilibres sociaux à l'aide du droit. L'expression paroxystique de ce point de vue militant se trouve dans la célèbre harangue qu'Oswald Baudot adressait en 1974 à ses collègues débutants :

Dans vos fonctions, ne faites pas un cas exagéré de la loi et méprisez généralement les coutumes, les circulaires, les décrets et la jurisprudence. Il vous appartiendra d'être plus sages que la Cour de cassation, si l'occasion s'en présente. [...] N'attendez pas le feu vert du ministre ou du législateur ou des réformes, toujours envisagées. Réformez vous-mêmes. Consulter le bon sens, l'équité, l'amour du prochain plutôt que l'autorité ou la tradition.

La loi s'interprète. Elle dira ce que vous voulez qu'elle dise. [...]

⁵⁴ Alain VANZO, Allocution précitée.

⁵⁵ Voir par exemple, A. GARAPON, « Le nécessaire retour du choix politique », *Recherche Droit et Justice*, n° 36, mai 2011, p. 2.

⁵⁶ Alain VANZO, Allocution précitée.

⁵⁷ Rapport Sauvé, p. 11.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 47. En la matière, le ver était dans le fruit depuis fort longtemps. Un magistrat honoraire nous confiait récemment avoir entendu, lorsqu'il était en poste dans un tribunal du Nord de la France il y a plus de trente ans, le premier président de la Cour d'Appel faire cette recommandation aux juges de son ressort : « Tout ce que l'on vous demande est de travailler vite. Pour ce qui est du droit, la Cour d'appel y pourvoira ».

⁵⁹ Alain VANZO, Allocution précitée.

Soyez partiaux. Pour maintenir la balance entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, qui ne pèsent pas d'un même poids, il faut que vous la fassiez un peu pencher d'un côté⁶⁰.

Certes, ce type de propos, qui se rattache à une analyse marxiste de la société, apparaît aujourd'hui daté⁶¹ même si d'aucuns en défendaient encore récemment l'actualité⁶². La harangue s'inscrit dans la lignée du Syndicat de la Magistrature des années 70 qui s'efforçait de dénoncer une justice de classe et de modifier les équilibres sociaux à travers le droit⁶³. Cet activisme judiciaire assumé, fort éloigné de la figure du juge comme tiers impartial, n'en a pas moins laissé des traces au sein d'un Syndicat qui, s'il est minoritaire, n'en recueille pas moins plus d'un tiers des voix aux élections professionnelles⁶⁴. Le texte d'O. Baudot est d'ailleurs régulièrement repris par les organes du SM. On le retrouve sur le blog des plus jeunes de ses adhérents – notamment dans une tribune élégamment intitulée *Jeunes, cons et syndiqués* en écho à la consternante affaire du mur du même nom qui impliquait le SM et le discréditait aux yeux du public⁶⁵.

Sans surprise, ce plaidoyer en faveur d'un juge engagé et militant transparait lorsque l'on consulte le site internet du SM notamment lorsque celui-ci s'efforce, non sans difficulté, de concilier militantisme et impartialité. Le point de départ du raisonnement réside dans le constat selon lequel « l'acte de juger est un acte politique⁶⁶ ». L'affirmation est incontestable pour peu que l'on retienne une acception étymologique de l'adjectif, c'est-à-dire celle qui désigne tout ce qui intéresse la *polis*, la Cité. Mais ce n'est évidemment pas ce que les thuriféraires de

⁶⁰ Cette « Harangue à des magistrats qui débutent » est reproduite en intégralité in S. GABORIAU, « La harangue de Baudot, plaidoyer pour une impartialité réelle », *Délibérée*, 2018/03, n° 5, p. 35. O. Baudot fit l'objet de poursuites disciplinaires et le CSM, statuant comme conseil de discipline des magistrats du parquet, se prononça en faveur d'une réprimande avec inscription au dossier pour manquement au devoir de neutralité et de réserve. Le lecteur intéressé par les excès de la période pourra utilement se référer à l'avis rendu [<http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/missions/discipline/p006>]. O. Baudot ayant été vivement soutenu tant par le SM que par l'USM, Jean Lecanuet, alors garde des Sceaux, ne prit aucune sanction. Voir S. GABORIAU, art. cit. et J.-E. SCHOETTL, *La démocratie au péril des prétoires*, Gallimard, 2022, p. 30.

⁶¹ Voir en ce sens, L. GRELSAMER et D. SCHNEIDERMAN, *Les juges parlent*, entretien avec B. Patrie, Paris, Fayard, 1992, p. 445 et 469.

⁶² Tel est le cas de S. GABORIAU in art. cité, magistrate honoraire et première femme élue à la tête du Syndicat de la magistrature (en 1982), elle défend avec vigueur, dans cet article publié en 2018, l'actualité et la pertinence de ce texte en assimilant, de manière contestable, deux notions distinctes : l'impartialité et l'égalité réelle. Coéditée par La Découverte, la revue *Délibérée* est animée par le SM.

⁶³ Voir en ce sens les propos éclairants de Béatrice Patrie, in L. GRELSAMER et D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.*, p. 445 et 468-469.

⁶⁴ Lors des élections au CSM en décembre 2022, le SM a recueilli 33,3 % des voix (l'USM 66,6) soit une répartition des forces équivalente à celle qui avait prévalu lors des élections à la commission d'avancement à l'été 2022. Voir A. MESTRE, « Élections au Conseil supérieur de la magistrature : le Syndicat de la magistrature se renforce », *Le Monde*, 2 décembre 2022. Notons que la participation aux élections professionnelles est forte dans la magistrature (autour de 60 %).

⁶⁵ Diffusée à l'ensemble des magistrats le 4 juin 2013, La Tribune des jeunes cons du syndicat de la magistrature, peut être consultée sur le site [<https://leblogdespetitspois.blogspot.com/p/jeunes-cons-et-syndiqués.html>].

⁶⁶ Voir « La défense de la justice, par le droit », *Syndicat de la Magistrature*, [<https://www.syndicat-magistrature.fr/qui-sommes-nous/nos-combats/602-7-la-defense-de-la-justice.html>].

l'activisme juridictionnel ont à l'esprit. L'acte de juger, pour les dirigeants du SM, est un acte politique, au sens où il doit être conçu comme militant. Le site précise en effet que l'impartialité ne saurait être confondue avec la neutralité⁶⁷. Dès lors, il est commodément admis que s'agissant de l'impartialité « les opinions et engagements ne la limitent en rien, à l'inverse ils la libèrent ». À cette aune, il n'y a rien de surprenant à voir le SM tenir un stand, pour la première fois en septembre 2023, à la fête de l'Humanité et des magistrats en exercice y organiser une table ronde sur les violences policières. Certes le CSM, dans un récent avis, considère que la reconnaissance du droit syndical au bénéfice des magistrats a « inéluctablement pour conséquence de conférer aux organisations syndicales et à leurs représentants un droit de s'exprimer qui est encore plus large que celui qui résulte du droit commun⁶⁸ ». Il n'en apparaît pas moins difficile de concilier de telles initiatives avec l'article 10 de l'ordonnance portant loi organique relative au statut de la magistrature en vertu duquel est « interdite aux magistrats [...] toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions⁶⁹ ».

On assiste ainsi à la mise en place d'une sorte de spirale infernale. La multiplication des missions du juge est souvent le fait d'un législateur ou d'un conseil constitutionnel prompt à solliciter le juge judiciaire. Elle vient nourrir un sentiment de trop plein qu'exprime avec force la tribune des 3 000. Cette dernière réclame en substance de sortir de l'urgence pour avoir le temps d'appréhender pleinement les situations humaines qui lui sont soumises. Toutefois, la ligne de crête qui sépare la volonté légitime de juger avec humanité de celle qui consiste pour le juge à faire prévaloir ses valeurs et ses convictions reste difficile à saisir. Elle l'est d'autant plus que les conditions déplorables d'exercice de la fonction juridictionnelle viennent renforcer le poids des syndicats, qui pour certains s'attachent à encourager l'activisme judiciaire. On passe alors, pour reprendre l'expression de F. Ost, du juge-arbitre prenant des décisions au nom de critères strictement légaux au juge-entraîneur exerçant une compétence élargie à dimension plus sociale⁷⁰, avec tous les risques d'empiétements sur la fonction politique que cela implique. Ainsi se renforce, à travers l'accent mis sur des difficultés matérielles bien réelles, la revendication d'un véritable pouvoir juridictionnel, au nom de l'importance sociale des règles de droit que le juge applique. Le sentiment de maltraitance sert alors d'aiguillon à une revendication à dimension organique.

II. LA DIMENSION ORGANIQUE DU RESENTIMENT

La dimension organique du ressentiment trouve son origine dans le statut de la justice en France (A). Tout se passe comme si, lassée de voir le pouvoir politique refuser de lui offrir les moyens concrets de mener à bien ses missions, la justice

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Avis de la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature du 13 décembre 2023, p. 17. Le CSM avait été saisi par le ministre de la justice d'une demande d'avis en application de l'article 65 de la Constitution. La demande portait notamment sur l'articulation entre liberté d'expression des magistrats et l'obligation déontologique de réserve et de discrétion.

⁶⁹ Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958.

⁷⁰ F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », chapitre 9, § 87 et s. in P. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1983.

– ou plus exactement certains de ses membres les plus activistes – cherchait à s’émanciper de l’exécutif afin de se revendiquer comme un pouvoir plein et entier. Pour conquérir ce pouvoir qui lui est traditionnellement refusé, elle est tentée de procéder par coups d’éclat (B).

A. Un pouvoir refusé⁷¹

Alors même que le Général de Gaulle s’est efforcé avec l’aide de Michel Debré de renforcer la justice en professionnalisant la formation des magistrats et en améliorant leurs traitements – afin que la fonction puisse s’exercer sans qu’une fortune personnelle ne soit nécessaire – les fondateurs de la V^e se sont refusés à lui reconnaître le statut de pouvoir. Surtout enclin à revaloriser le pouvoir exécutif, ils ont renoué avec la conception traditionnelle de la justice, celle d’une simple autorité, prévue à l’article 64 et dont l’indépendance serait constitutionnellement garantie par le président de la République, clé de voûte du nouveau régime. Le Conseil Supérieur de la Magistrature était alors présidé par le chef de l’État, vice présidé par le garde des Sceaux tandis que son secrétaire général officiait sous le contrôle étroit de l’Élysée⁷². La mise à la retraite forcée du Premier Président Rousselet à la suite de l’affaire Salan témoigne de la réalité du contrôle opéré⁷³.

Plusieurs évolutions institutionnelles et notamment la réforme du CSM opérée par la révision du 23 juillet 2008 ont par la suite largement atténué cet encadrement de la justice par l’Exécutif. Les deux formations du CSM – siège et parquet – sont dorénavant présidées par le Premier président et le Procureur général de la Cour de cassation. La coloration « corporatiste » qui en découle est en partie compensée par la présence d’une majorité de personnalités extérieures à la magistrature dans chacune des formations (8 membres qualifiés sur 14). L’article 30 du code de procédure pénale interdit par ailleurs depuis 2013 au ministère de la Justice de donner des instructions aux procureurs dans des affaires individuelles. Enfin, la jurisprudence du Conseil constitutionnel affirme de manière récurrente que l’autorité judiciaire englobe les magistrats du siège comme ceux du parquet⁷⁴. Il en résulte que les deux composantes du corps bénéficient de l’indépendance proclamée par l’article 64 de la Constitution⁷⁵. Toutefois, si la Constitution « consacre l’indépendance des magistrats du parquet, [...] cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement et [...] n’est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège⁷⁶ ». Plus précisément, les magistrats du parquet, contrairement à ceux du siège, ne bénéficient pas de la garantie de l’inamovibilité et sont placés sous le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l’autorité du garde des Sceaux⁷⁷. Les garanties

⁷¹ Nous empruntons cette expression bien connue à J. FOYER, *op. cit.*

⁷² J.-C. MAGENDIE, « Sur les rapports entre justice et politique », *Commentaire* 2022/4, p. 807.

⁷³ *Ibid.*, sur cette sanction, voir notamment J. CHAZAL, « Nécrologie : le Premier Président Marcel Rousselet », *Revue internationale de droit comparé*, n°36, 1984, p. 162.

⁷⁴ Voir par ex, la décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, cons. 5 ou la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 98.

⁷⁵ R. DENOIX DE SAINT MARC, *Le statut constitutionnel de l’Autorité judiciaire*, « Séminaire pédagogique du pôle “Administration de la justice” », ENM Bordeaux, 12 et 13 mai 2009. Voir également, la décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, § 6.

⁷⁶ Décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, § 9.

⁷⁷ Art. 5 de l’ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

d'indépendance qui leur sont offertes sont toutefois réelles : avis du CSM sur les nominations ; régime disciplinaire protecteur ; liberté de parole à l'audience⁷⁸.

Cependant, institutionnellement, le Rubicon n'a pas été franchi. La justice judiciaire demeure une autorité et Pierre Draï qui suggérait en 1992 au comité Vedel d'opter pour la substitution du mot *pouvoir* à celui d'*autorité* se heurta à une fin de non-recevoir en raison de l'existence du juge administratif⁷⁹. La suggestion resurgit toutefois régulièrement, motif pris du caractère suranné de la formule au regard de la montée en puissance de ladite autorité⁸⁰. En témoigne par exemple la position du rapport Bartolone/Winock de 2015. Il estimait « nécessaire de consacrer dans le titre VIII de la Constitution l'existence non pas d'une "autorité" judiciaire, mais bien d'un "pouvoir" judiciaire » et appelait notamment à accroître l'indépendance du Parquet en mettant un terme à sa subordination hiérarchique au garde des Sceaux⁸¹. Notons toutefois que le passage d'un pouvoir au sens fonctionnel à la revendication d'un pouvoir au sens cette fois organique de l'expression ne va pas nécessairement de soi. Ainsi que le souligne avec raison Arnaud Le Pillouer dans un récent article, il est parfaitement possible de reconnaître l'existence d'un pouvoir juridictionnel (entendu comme la manifestation et la reconnaissance du pouvoir normatif du juge) tout en refusant l'existence d'un pouvoir au sens organique, c'est-à-dire en estimant que l'autorité judiciaire, en raison précisément de ce pouvoir, doit être soigneusement encadrée et limitée par les autorités politiques⁸².

Ce n'est pas tout à fait comme cela toutefois que l'entendent les plus activistes des magistrats, bien décidés à procéder par coup d'éclat afin de témoigner, à défaut de se le voir reconnaître, de l'existence effective du pouvoir qu'ils exercent.

B. Un pouvoir revendiqué

Une étude historique ferait sans doute remonter au début des années 90 les premières manifestations de la montée en puissance de l'autorité judiciaire. La judiciarisation croissante de la société se combine alors à l'indépendance jusque-là inhabituelle que manifeste un certain nombre de magistrats dans les affaires politico financières. La tradition d'impunité des responsables politiques fondée sur leur statut est rompue. L'évolution est salutaire mais ne se fait pas sans heurts, le pouvoir exécutif tentant à plusieurs reprises de renouer avec une justice aux ordres⁸³. Il en a résulté des rapports souvent calamiteux entre hommes politiques

⁷⁸ R. DENOIX DE SAINT MARC, *op. cit.* L'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 précitée précise en effet, à propos des magistrats du parquet, qu'à l'audience leur parole est libre.

⁷⁹ O. BEAUD, « Les mots pour le dire : autorité, pouvoir dans le débat actuel », *Après demain*, janvier 2017, n° 41, p. 3.

⁸⁰ Voir à titre d'exemple la contribution de R. Denoix de Saint Marc précitée ou encore celle de D. BARANGER, in C. BARTOLONE et M. WINOCK, *Refaire la Démocratie*, « XIV^e législature, Groupe de travail sur l'avenir des institutions », rapport AN n° 3100, 2015, p. 171.

⁸¹ C. BARTOLONE et M. WINOCK, *ibid.*, p. 125.

⁸² A. LE PILLOUER, « Ceci n'est pas un pouvoir », *Pouvoirs*, 2021/3, n° 178, p. 11.

⁸³ L'un des épisodes les plus symptomatiques à cet égard est sans doute celui de l'hélicoptère affrété par le garde des Sceaux, Jacques Toubon, en novembre 1996 afin de retrouver le procureur d'Evry Laurent Davenas. Ce dernier avait en effet eu la funeste idée de partir en vacances au Népal, laissant le champ libre à son adjoint qui en avait profité pour ouvrir une information judiciaire contre Mme Xavière Tiberi pour « détournement de fonds publics, abus de confiance et recel ». Pour le pouvoir politique, il s'agissait de retrouver L. Davenas toutes affaires cessantes

et magistrats, les premiers ayant le sentiment d'être injustement assiégés, les seconds celui d'être constamment muselés. L'évolution a surtout eu pour effet d'ériger face à face deux pouvoirs : un pouvoir politique fort de sa légitimité démocratique mais doutant chaque jour davantage de sa capacité à agir et une autorité judiciaire, portée par des courants ascendants, mais qui souffre d'une légitimité plus incertaine. Dès lors, elle peut être tentée de procéder par coups d'éclats pour revendiquer un pouvoir que traditionnellement on lui refuse. Or, ainsi que le soulignait Pierre Avril, « l'invocation du pouvoir judiciaire révèle le souhait de placer la magistrature judiciaire sur le même plan que les pouvoirs exécutif et législatif, c'est-à-dire les pouvoirs politiques, en lui conférant une légitimité analogue, fondée non sur l'investiture du suffrage universel mais sur celle du droit⁸⁴ ». Cette affirmation d'une légitimité fondée sur le droit s'est souvent manifestée via la volonté de faire respecter le principe d'égalité devant la loi. Dans un contexte d'affrontement entre une partie de la magistrature et les autorités politiques, cette « idéologie du droit commun⁸⁵ » présente en effet l'avantage de voir dans les décideurs publics des individus comme les autres.

Découle de cette évolution un refus de toute différenciation du régime juridique applicable aux gouvernants et aux gouvernés qui se manifeste sous la forme de décisions juridictionnelles parfois retentissantes.

Les immunités constitutionnelles elles même ne font plus toujours obstacle aux procédures, la notion d'actes protégés – car relatifs aux fonctions – tendant à se réduire comme peau de chagrin. Ainsi, la saisie des agendas de Nicolas Sarkozy en 2012 dans le cadre de l'affaire Bettencourt ou encore le mandat d'amener dont il a fait l'objet, le 21 octobre 2021, afin de le contraindre à comparaître comme témoin dans le procès dit des « sondages de l'Élysée », fait bien peu cas de l'immunité dont bénéficie tout ancien chef de l'État, sur le fondement de l'article 67 alinéa 1 de la Constitution⁸⁶. Un constat similaire pourrait être fait en matière d'immunités parlementaire. Un jugement du Tribunal correctionnel de Paris du 29 mars 2021 a en effet confirmé l'interprétation dorénavant réductrice du champ d'application de l'irresponsabilité prévue à l'article 26 alinéa 1^{er} de la Constitution. Alors que ce dernier précise, dans une rédaction volontairement large, qu'aucun « membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions », le juge pénal a considéré que « le rapporteur d'une mission d'information qui doit se limiter à recueillir et fournir au législateur une information complète et objective afin de permettre au Parlement d'exercer son pouvoir de contrôle, ne saurait prétendre au bénéfice de l'immunité parlementaire »⁸⁷. Bien que l'article 26 alinéa 1^{er} n'effectue

afin qu'il ordonne à son adjoint de revenir sur sa décision. Cette intervention rocambolesque se solda par un échec.

⁸⁴ P. AVRIL, « L'Etat de droit contre l'Etat républicain ? », *Le Débat* 2017/4, p. 96.

⁸⁵ O. BEAUD, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs*, n.92, 2000, p. 17.

⁸⁶ Voir en ce sens O. BEAUD, D. SOULEZ-LARIVIÈRE, « Les juges, eux aussi, doivent respecter la constitution », *Le Monde*, 28 octobre 2021 ; et O. BEAUD, « Quand le juge pénal fait du droit constitutionnel : une bien curieuse interprétation de la constitution », *Blog Jus Politicum*, 3 novembre 2021. Contra : M. CARPENTIER, « Le mandat d'amener délivré à l'encontre d'un ancien président de la République aux fins de son témoignage lors d'un procès pénal en cours est parfaitement conforme à la constitution », *Blog Jus Politicum*, 5 novembre 2021.

⁸⁷ P. AVRIL, J-P CAMBY et J-E SCHOETTL, « Le juge pénal peut-il écarter l'immunité parlementaire ? », *LPA*, n° 5, octobre 2021.

aucune distinction entre les actes de la fonction parlementaires⁸⁸, le juge pénal a considérablement étendu, via cette décision, le contrôle judiciaire qui s'exerce sur le mandat parlementaire. Il a fait ainsi mentir la belle formule de Royer Collard, selon laquelle « c'est un axiome du gouvernement représentatif que la tribune n'est justiciable que de la chambre⁸⁹ » que l'on pouvait pourtant légitimement croire comme étant toujours d'actualité⁹⁰. Une partie de la magistrature, prompte à se poser en *oracle de l'État de droit* s'oppose ainsi de manière croissante aux autorités politiques qui sont pourtant les seules à être investies démocratiquement de la capacité à vouloir et à agir au nom de la Nation⁹¹.

À la manière des immunités qui ne font plus obstacle aux procédures, les grilles des palais de la République ne protègent plus des perquisitions. Face à des pouvoirs exécutif et législatif qui ne parviennent plus ni à rassurer, ni à convaincre, la tentation est alors grande pour l'autorité judiciaire de mettre en scène son propre pouvoir. Il en résulte des perquisitions amplement médiatisées, à l'instar de celle du bureau de l'intéressé à l'Élysée lors de l'affaire Benalla en 2018, ou encore de celles des bureaux et domiciles du ministre de la santé Olivier Véran, de l'ex Premier ministre Édouard Philippe, de l'ancienne ministre de la santé Agnès Buzyn et de l'ancienne porte-parole du gouvernement Sibeth Ndiaye le 15 octobre 2020. Tapageuses et simultanées, elles avaient été effectuées toutes affaires cessantes à la demande de la CJR sur le fondement d'une information judiciaire ouverte dans le cadre de la gestion ministérielle de l'épidémie de Covid-19, procédure qui s'est depuis largement enlisée. À cette liste partielle et pourtant déjà conséquente est venu s'ajouter, le 1^{er} juillet 2021, l'étonnant spectacle d'une Justice procédant, 10 heures durant, à la perquisition de son propre ministère dans le cadre de l'affaire Dupont-Moretti. Une fois de plus, le secret de l'instruction a cédé devant les exigences de la médiatisation, la perquisition ayant été annoncée la veille dans le *Canard enchaîné*. On se demande quel a pu dès lors en être l'intérêt, si ce n'est mettre en scène la violence du conflit entre le garde des Sceaux et la magistrature.

Le lieu même des perquisitions, combiné au statut des mis en cause et à la nature des incriminations montre combien le cœur même de l'action gouvernementale est plus que jamais touché par la pénalisation de la vie publique. Certes, on ne saurait imputer aux seuls magistrats la responsabilité de cette évolution qui renvoie à des mutations politiques, sociales et juridiques déjà anciennes : déshérence du principe de responsabilité politique, perte de substance de la fonction politique dorénavant réduite à une forme de prestation de service comme une autre, émergence d'une société individualiste toujours plus adverse au risque, caisse de résonance qu'offre la dimension accusatrice du procès pénal, augmentation du nombre d'associations autorisées à se porter partie civile, présence de modèle de plaintes devenue massive sur internet depuis la pandémie⁹²... Le législateur porte lui-même sa part de responsabilité dans cette évolution tant il apparaît enclin à multiplier les incriminations pénales. Ce faisant, il transforme le code pénal en une boîte à outil

⁸⁸ E. LEMAIRE, « Les propos sur le Hamas d'une Députée LFI : la liberté d'expression des parlementaires en question », *Blog Jus Politicum*, 19 oct. 2023.

⁸⁹ Archives parlementaires, 2^e série, t. XXIII, séance du 20 avril 1819, p. 714.

⁹⁰ Voir en ce sens, C. GUÉRIN-BARGUES, *Immunités parlementaires et régime représentatif : l'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume Uni, États-Unis)*, LGDJ, 2011, § 11 ; 213 et 260.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Sur cette transformation accélérée de la culture politique qui favorise la pénalisation de la vie publique, nous nous permettons de renvoyer à notre article « L'emprise du droit pénal sur la responsabilité des gouvernants dans un contexte de pandémie », *AJ Pénal*, décembre 2021, p. 569.

d'une surprenante plasticité, dans laquelle les magistrats n'ont qu'à puiser pour trouver l'incrimination qui, au prix parfois d'une interprétation extensive, leur permettra de mettre en cause la responsabilité pénale des gouvernants. C'est ainsi que, dès l'affaire du sang contaminé, trois ministres – et non des moindres – ont été initialement poursuivis par la commission d'instruction de la Cour de Justice de la République (CJR) pour « complicité d'empoisonnement ». Beaucoup plus récemment, à la suite de la pandémie de Covid-19, ce fut au tour d'Agnès Buzyn, d'être poursuivie à l'origine pour « abstention volontaire de combattre un sinistre⁹³ ». Le délit est pourtant rarement utilisé car l'infraction, pour être caractérisée, suppose non seulement la connaissance du sinistre et des mesures à prendre, mais aussi la volonté de ne pas agir. Consciente de cette faiblesse, la commission d'instruction de la CJR a préféré procéder à une mise en examen du chef de mise en danger de la vie d'autrui⁹⁴, oubliant sans doute qu'il s'agissait, là encore, d'une infraction particulièrement stricte. La mise en examen a d'ailleurs été annulée par la Cour de cassation⁹⁵, faute pour la CJR d'avoir préalablement constaté l'existence d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement et dont seule la violation manifestement délibérée permet la caractérisation du délit. Signe de la tension dans laquelle se déroule cette procédure judiciaire, A. Buzyn, dorénavant simple témoin assisté mais lassée par les vingt interrogatoires qu'elle eut à subir, refuse depuis de déférer aux convocations des magistrats⁹⁶.

Dans l'affaire Dupont-Moretti, il n'était en revanche nul besoin d'avoir du droit pénal une interprétation extensive pour mettre en cause le garde des Sceaux. L'incompréhensible article 432-12 du Code pénal permettait d'y pourvoir avec sa capacité à appréhender largement la prise illégale d'intérêts, c'est-à-dire le fait, pour un responsable public, d'avoir pris, reçu ou conservé, « directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ». Nous ne reviendrons pas ici sur les motivations de la décision de relaxe rendue par la CJR le 29 novembre 2023. Nous nous sommes déjà livrés ailleurs à cet exercice⁹⁷ en montrant combien fut alors confirmée la tendance de cette juridiction pénale spéciale à se prononcer en opportunité, bien plus qu'en droit.

L'affaire est en réalité tout aussi intéressante du point de vue du contexte dans lequel elle s'inscrit. Au-delà de la situation sans précédent d'un garde des Sceaux en exercice attrait devant la CJR, l'épisode témoigne comme nul autre de la vigueur des tensions qui sont susceptibles d'affecter les relations entre pouvoirs constitués au plus haut niveau de l'État. Rappelons brièvement les faits qui sont à l'origine de ce consternant psychodrame, en nous concentrant sur l'affaire dite du PNF. C'est

⁹³ Délit prévu et réprimé à l'article 223-7 du code pénal.

⁹⁴ Délit prévu et réprimé par les articles 223-1 et suivants du code pénal.

⁹⁵ Cass. Ass., 20 janvier 2023 n° 22-82.535.

⁹⁶ F. LHOMME et G. DAVET, « Covid-19 : le bras de fer inédit entre Agnès Buzyn et les juges de la Cour de justice de la République », *Le Monde*, 9 mai 2023.

⁹⁷ C. GUÉRIN-BARGUES, « Le procès d'Éric Dupont-Moretti devant la CJR : beaucoup de bruit pour rien », *Blog Jus Politicum*, 8 décembre 2023. Voir également, pour un point de vue pénaliste qui montre combien la Cour de justice de la République a pris des libertés avec le délit de prise illégale d'intérêts : M. SEGONDS, « Le déni d'une intention par l'arrêt du 29 novembre 2023 de la CJR ou l'art de noyer l'intention », *La semaine juridique*, édition générale, n° 6, 12 février 2024.

en effet elle, plus que celle relative au juge E. Levraut⁹⁸, qui a été emblématique des rapports déléteurs entre la haute magistrature et le garde des Sceaux. Était en cause une enquête administrative ordonnée le 18 septembre 2020 « à l'encontre » de trois magistrats du Parquet National Financier (PNF). Or, ce même PNF, en dehors de tout contrôle des juges d'instruction, avait exploité les relevés téléphoniques de Maître Dupond-Moretti, ce qui avait incité ce dernier à dénoncer « une enquête barbouzarde » puis à porter plainte, avant d'opter pour le retrait de celle-ci au moment de sa prise de fonction comme garde des Sceaux, le 6 juillet 2020.

Cette situation de conflit d'intérêts était une véritable aubaine pour les syndicats de magistrats.

D'une part, elle leur permettait de mettre en cause un garde des Sceaux qui, à peine nommé, était déjà honni. Il est vrai que Maître Dupont-Moretti, tout au long de sa carrière d'avocat, avait tenu à l'encontre de la magistrature des propos extrêmement critiques. Dès lors, le choix de cette figure du barreau pour prendre la tête de la magistrature a pu apparaître comme une véritable provocation de la part du président de la République et comme un signe supplémentaire de maltraitance institutionnelle. En témoigne l'accueil que réserva Céline Parisot, présidente de l'USM (syndicat majoritaire habituellement modéré à l'origine de l'une des plaintes devant la CJR) à cette nomination : « Nommer une personnalité aussi clivante et qui méprise à ce point les magistrats, c'est une déclaration de guerre à la magistrature⁹⁹ ». Plusieurs hauts magistrats auraient d'ailleurs refusé de rejoindre le cabinet ministériel d'É. Dupond-Moretti, sur injonction, si l'on en croit ce dernier, de François Molins, alors Procureur général près la Cour de cassation¹⁰⁰.

D'autre part, l'existence d'un conflit d'intérêts offrait aux syndicats l'occasion de réitérer, avec des arguments autres, leur demande tendant à l'arrêt de l'enquête de fonctionnement sur le PNF diligentée par Nicole Belloubet. La précédente garde des Sceaux avait en effet estimé celle-ci nécessaire au regard de la crise d'ampleur que traversait cette structure depuis 2015. Pressions, harcèlement et – là aussi – conflits d'intérêts semblaient en émailler le quotidien¹⁰¹. La situation s'était détériorée au point de donner lieu à un rarissime signalement, effectué sur le fondement de l'article 40 du code procédure pénale, par un magistrat du PNF à l'encontre de son chef de juridiction, Éliane Houlette¹⁰². Las, loin de se rendre aux

⁹⁸ Dans cette affaire, le garde des Sceaux était également poursuivi pour prise illégale d'intérêts. Il lui était reproché d'avoir diligenté une enquête administrative sur le juge Levraut à la suite de propos tenus par ce dernier lors d'une émission télévisée, alors que le contenu de l'entretien lui avait valu d'être qualifié, par Maître Dupond-Moretti, de « cow boy » ayant « livré aux chiens » l'honneur de l'un de ses clients. Cet aspect du dossier est notamment traité dans notre billet précité.

⁹⁹ AFP, « Dupond-Moretti garde des Sceaux: "une déclaration de guerre à la magistrature" », *Le Point*, 6 juillet 2020.

¹⁰⁰ Déclaration d'É. Dupond-Moretti lors de l'audience du 8 novembre 2023. Ces propos sont corroborés lors de l'audience du lendemain par Véronique Malbec, sa directrice de cabinet.

¹⁰¹ Le lecteur intéressé par le climat qui régnait alors au sein d'un PNF « plus pétaudière que Parquet » pourra également se reporter à l'article très informé de P. A. SOUCHARD, « Pas de sanctions disciplinaires demandées contre un vice-procureur du PNF », *Dalloz Actualités*, 23 septembre 2022.

¹⁰² G. DAVET et F. LHOMME « Les sombres coulisses du Parquet national financier », *Le Monde*, 8 octobre 2021.

arguments des syndicats, le nouveau ministre non seulement persiste mais signe. Il décide en effet, au regard du rapport de l'Inspection Générale de la Justice¹⁰³, d'ouvrir cette fois une enquête administrative visant trois parquetiers du PNF qui entretenaient des rapports manifestement conflictuels. Aucun de ces magistrats n'était à l'origine des écoutes téléphoniques litigieuses¹⁰⁴. On saisit mal dès lors l'entêtement des syndicats à obtenir la suspension de l'enquête, sauf à conclure à un affligeant corporatisme qui s'opposerait à l'idée même de rendre des comptes.

Quoi qu'il en soit, après avoir tenté en vain d'obtenir du Conseil d'État saisi en référé en septembre 2020 qu'il suspende l'enquête administrative litigieuse¹⁰⁵ et appelé à l'organisation de moults rassemblements de magistrats devant les cours et tribunaux du pays¹⁰⁶, SM et USM décident de passer par la voie pénale. Le 16 décembre 2020, ils se joignent à l'association Anticor et portent plainte devant la CJR pour délit de prise illégale d'intérêt. Force est de reconnaître qu'ils ont été vivement encouragés à franchir ce pas par la tribune Arens/Molins précitée. L'existence de cette dernière, signée par les deux plus hauts magistrats de France et dénonçant, au regard de l'enquête administrative litigieuse, le « conflit d'intérêts que sous-tend cette situation » ne peut d'ailleurs que surprendre voire inquiéter. Comment en effet expliquer que F. Molins, pourtant figure tutélaire de la magistrature française, ait pu se laisser aller à signer un tel texte ?

Certes, on pourrait estimer que, signant aux cotés de Chantal Arens pour le siège, F. Molins s'est exprimé dans cette tribune en tant que président de la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet du CSM et qu'il était à ce titre largement délié de son obligation de réserve. Le CSM est en effet chargé par l'article 64 de la Constitution d'assister le chef de l'État dans sa fonction de garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Toutefois, F. Molins n'en demeurerait pas moins Procureur général à la Cour de cassation. C'est d'ailleurs à ce titre qu'il préside la formation parquet et qu'il signe la tribune. Dès lors, il ne pouvait ignorer qu'en cas de saisine de la CJR, il lui reviendrait d'endosser l'éventuel réquisitoire renvoyant le ministre en exercice devant la formation de jugement. Or, manifestement, dès septembre 2020, son opinion était faite.

¹⁰³ Bien que celui-ci n'ait révélé ni illégalité ni faute dans l'enquête menée par le PNF afin de retrouver la « taupe » de l'affaire « Bismuth », la lecture du rapport est édifiante tant il met en lumière les dysfonctionnements qui affectaient alors le fonctionnement de ce Parquet spécialisé. Voir « Inspection de fonctionnement d'une enquête conduite par le parquet national financier », *Inspection générale de la justice, rapport définitif*, septembre 2020. Voir également O. BEAUD, « Le Procès Dupond-Moretti : quand les magistrats règlent des comptes avec leur ministre par voie de justice (II) », *Blog Jus Politicum*, 6 novembre 2023.

¹⁰⁴ L'hypothèse d'une vengeance orchestrée par le garde des Sceaux, qui est en définitive au cœur de sa poursuite pour prise illégale d'intérêts apparaît fragile au regard des faits. L'enquête tendant à retrouver la taupe de l'affaire Bismuth par l'exploitation des fadettes litigieuses avait en effet été ouverte par M^{me} A. Amson, magistrate qui n'est absolument pas visée par l'enquête administrative contestée. En revanche, P. Amar, qui lui est concerné par l'enquête administrative, était précisément celui qui avait conclu à l'impossibilité pour Maître Dupont-Moretti d'avoir joué ce rôle de taupe. Comprenne qui pourra... Sur ces questions, voir O. DUFOUR, « Procès Dupond-Moretti : La défense dénonce la volonté des magistrats de pousser le ministre à démissionner », *Actu-Juridique.fr*, Lextenso, 17 novembre 2023.

¹⁰⁵ Voir sur ce point O. BEAUD, « Le Procès Dupond-Moretti : quand les magistrats règlent des comptes avec leur ministre par voie de justice (I) », *Blog Jus Politicum*, 5 novembre 2023.

¹⁰⁶ N. BASTUCK « “Garde des Sceaux, garde des siens !” : les juges au secours du PNF », *Le Point*, 24 septembre 2020.

De plus et surtout, comment expliquer une telle prise de position alors que les audiences ont montré que, moins de deux semaines avant la publication de ladite tribune, sollicité par Véronique Malbec – directrice de cabinet du garde des Sceaux – sur les suites à donner à l’enquête de fonctionnement de l’IGJ, il ait pu conseiller au ministère de lancer une enquête administrative relative aux trois magistrats. Dans une affaire relative aux conflits d’intérêts, pareille configuration ne manque pas de piquant... Comment comprendre enfin qu’il ait pu retenir aussi jusqu’aux audiences devant la CJR certaines pièces du dossier et notamment un mail décisif pour la défense du garde des Sceaux? Il n’est guère surprenant dans ces circonstances de voir l’ancien procureur général, à 15 jours du procès devant la CJR, être accueilli par une *standing ovation* lors du congrès annuel de l’USM, l’un des syndicats à l’origine des plaintes.¹⁰⁷

Ainsi, depuis une trentaine d’années, l’évolution de l’organisation judiciaire, combinée au net changement de mentalité d’un certain nombre de magistrats, a largement émancipé la Justice des pressions politiques. Il en est résulté une tendance croissante à mettre en cause la responsabilité pénale des élus ou des membres du gouvernement pour des faits qui, dans la plupart des cas, n’auraient jadis donné lieu à aucune action¹⁰⁸. Si le constat d’une pénalisation croissante de la vie publique que favorise la faiblesse des mécanismes de responsabilité politique est maintenant classique, celui de l’indépendance de la justice, depuis l’affaire Dupont-Moretti au moins, apparaît dorénavant tout aussi clair. Hélas, ce dernier épisode montre également, à l’instar d’un certain nombre d’affaires tout aussi médiatisées, que si l’impartialité suppose l’indépendance, l’indépendance n’implique pas nécessairement l’impartialité. Dès lors, la tentation peut être forte pour la justice d’affirmer son pouvoir à l’encontre de ceux par qui elle s’estime méprisée. Le manque de moyens, la perte de sens de la profession, le sentiment constant d’être mésestimée au sein de l’État ont en effet progressivement nourri au sein de la magistrature judiciaire une forme d’acrimonie qui ajoute une dimension passionnelle aux rapports entre pouvoirs constitués. Ce faisant, la justice contemporaine remet en cause les conséquences habituelles du ressentiment : loin d’acculer la Justice à l’inaction, il se nourrit d’animosité et de frustration pour l’inciter à agir. Il n’est pas certain qu’il faille s’en réjouir.

Cécile Guérin-Bargues

Professeur de droit public
Université Paris-Panthéon-Assas
Institut Michel Villey

¹⁰⁷ « Éric Dupond-Moretti, le procès de sa vie », *Le Point*, 29 octobre 2023.

¹⁰⁸ Sur cette « tendance à la pénalisation de la vie politique », voir notamment l’intéressant rapport de la mission d’information sur « La judiciarisation de la vie publique : une chance pour l’État de droit ? Une mise en question de la démocratie représentative ? Quelles conséquences sur la manière de produire des normes et leur hiérarchie ? », Sénat, n°592, mars 2022, p. 46 et s.

Du pouvoir de dire le droit au droit de dire le pouvoir :

La structuration d'un « pouvoir » des juges dans l'Angleterre prémoderne

La question d'un « pouvoir juridictionnel » ou d'un « pouvoir judiciaire » a connu un regain d'intérêt, comme on le sait, au Royaume-Uni avec le *Constitutional Reform Act* de 2005. Cette loi très importante, est en effet celle qui a créé l'actuelle Cour Suprême du Royaume-Uni (en fonction depuis 2009), qui a modifié la procédure de nomination des juges en ne la faisant plus entièrement dépendre du Lord Chancellor – lui aussi profondément réformé – et en la rendant plus transparente¹. Comme cela a été maintes fois dit, l'idée de cette loi était notamment de clarifier les rapports entre le Parlement et le « pouvoir juridictionnel » et de mettre en œuvre une certaine idée de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance des juges, une conception disons plus rationnelle – mais surtout, peut-être, plus continentale².

Cela étant dit, il n'a pas fallu attendre cette loi de 2005 pour que le corps des juges, leur pouvoir et/ou leur rapport au pouvoir fasse l'objet d'un débat outre-manche. À la fin des années 1970, J. G. A. Griffith expliquait dans son ouvrage *The Politics of The Judiciary*, « classique immédiat » selon le *Guardian* et qui fut une véritable onde de choc à l'égard des juges³, que la société au Royaume-Uni était de plus en plus autoritaire et que les juges – au contraire de la presse, des fonctionnaires, des hommes politiques, de la police etc. – n'étaient pas un moyen de protection des libertés. Griffith explique en effet que les juges sont bien vertueux (incorruptibles et indépendants) mais qu'ils ne sont très certainement pas

¹ A. GILLEPSIE, *The English Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 215 et s. : La loi de 2005, qui fonde les nominations de juges sur la loi, a créé le *Judicial Appointments Commission* (réformé par la loi de 2013). Cette commission intervient dans la nomination des juges de la Supreme Court et les autres nominations. La loi de 2005 a retiré tous les membres à temps plein du judiciaire de la législature : ils ne sont plus membres de la Chambre des Lords (Master of the rolls, Law Lords, Lord Chief Justice). Avant 2005, le Lord Chancellor, membre de l'exécutif et membre du Parlement (comme tous les membres de l'exécutif) avait une fonction très importante parce qu'il présidait les délibérations de la Chambre des Lords, il pouvait siéger avec les Law Lords et était la tête du *Judiciary*. Avec la loi de 2005, le Lord Chancellor n'est plus un juge (c'est le secrétaire d'État à la justice), il n'a plus besoin d'être un Lord, il est garant de l'indépendance du judiciaire ; et il n'est plus, du moins en apparence, sous le contrôle de l'exécutif.

² V. W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Londres, Chapman & Hall, 1867 : selon W. Bagehot, la constitution britannique ne met pas en œuvre la séparation des pouvoirs mais plutôt une « fusion des pouvoirs ». V. également N. W. Barber, « Prelude to the Separation of Powers », *The Cambridge Law Journal*, 2001, n°1, p. 59-88, p. 59-60.

³ Compte rendu par A. TUNC, *Revue internationale de droit comparé*, 1982, 34-4, p. 1303-1304. [En ligne : https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1982_num_34_4_3999]

« politiquement neutres » tant ils sont prédéterminés à protéger le pouvoir, à être « à côté » du gouvernement en place et à être conservateurs⁴. Cette assertion est bien évidemment politiquement très marquée : il s'agit ici en partie de dénoncer le conservatisme de la constitution britannique et de ses acteurs. Mais, l'importance de ce marqueur politique doit être relativisée car cette idée avait déjà été affirmée par Dicey dans son *Law and Public Opinion in England*, lorsqu'il écrivait que « le *judge made law* (ou la *judicial legislation*) représente parfois l'opinion d'avant-hier⁵ ». Bien évidemment, Dicey, lui, ne condamne pas cet état de fait puisqu'il explique que « les opinions ne sont pas nécessairement fausses parce qu'elles sont anciennes⁶ ». Pour le juriste victorien, ce décalage des juges est même un gage de neutralité puisque, selon lui, « la législation judiciaire, même ordinaire, est logique. La meilleure législation judiciaire est scientifique⁷. » Il n'en demeure pas moins que sur le fond, Dicey fait bien le même constat que J. A. G. Griffith. En réalité, cette idée selon laquelle les juges, qui ne peuvent pas être neutres, ont pour fonction de conserver un ordre établi, peut se rattacher à la question plus générale du rapport des juges à l'autorité (le passé, le droit naturel, le « consensus européen », les valeurs etc.)⁸. La question du « pouvoir juridictionnel » implique donc notamment de s'interroger sur les rapports que les juges, de manière générale, peuvent avoir avec l'autorité ou « les autorités ». Selon nous, si nous rêvons régulièrement de juges « politiquement neutres », c'est parce, que dans l'histoire conceptuelle occidentale des juges, s'est produit un télescopage ou une superposition des différentes figures que le juge a pu prendre, ces changements ayant été produits par des modifications successives de leur rapport à l'autorité ou plutôt par un *déplacement de l'autorité*. La neutralité, en effet, est incarnée par le « tiers impartial » qui, en philosophie politique classique, n'est autre que le Souverain hobbesien ou le Représentant (l'État). La figure des juges « ordinaires » – soumis eux aussi à une injonction d'impartialité – et celle du tiers impartial souverain se sont superposées. Nous attribuons alors la qualité de « neutralité » aux juges parce que nous superposons, en raison du regard rétrospectif qui est nécessairement le nôtre, cette figure du tiers impartial à celle du juge « ordinaire ».

Il nous semble que cette idée est démontrée de manière claire par l'exemple anglais (précisons que nous n'avons absolument pas l'ambition de traiter de l'Écosse ou de l'Irlande du Nord, qui ont un système juridique différent de celui de l'Angleterre et du Pays de Galles) dans la période qui débute à la toute fin du Moyen

⁴ J. G. A. GRIFFITH, *The Politics of the Judiciary*, Glasgow, Fontana Press, 3^e ed., 1985, p. 181-235.

⁵ A. V. DICEY, *Leçon sur les rapports entre droit et opinion publique en Angleterre au cours du XIX^e siècle*, trad. Alb. Et Gaston Jèze, Giard et Brière, 1906, p. 348.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, p. 350 : « Le parlement est guidé non par des considérations de logique, mais par la pression que des corps puissants peuvent exercer sur son action. Ainsi la législation parlementaire ordinaire, en mettant les choses au mieux, peut être appelée simplement une législation d'essai. »

⁸ I. BOUCOBZA, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, 2012/4, n°153, p. 73-87, §32-33 : « La production juridictionnelle des normes est unanimement admise en doctrine, en même temps qu'elle est minorée. Il ne s'agirait pas de création mais d'application ou de découverte, de principes implicites, de droit naturel, ou encore de pondération entre des valeurs, dont la possible connaissance permettrait de maintenir le juge dans une fonction, sinon rationnelle, du moins raisonnée et susceptible de contrôle, notamment par les savants. Cette minimisation du pouvoir créateur assure la compatibilité du pouvoir du juge avec les idéologies de l'État de droit et de la démocratie. » [En ligne : <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2012-4-page-73.htm?contenu=article>]

Âge (c'est-à-dire à la fin du XV^e siècle) et qui se termine avec les *Commentaries* de Blackstone publiés entre 1765 et 1769. Cette longue période 1500-1760 nous paraît en effet correspondre à une époque où à peu près toutes les questions constitutionnelles ont pu se poser concernant le « pouvoir judiciaire » en Angleterre. Et au fur et à mesure que les questions se sont posées, les réponses se sont sédimentées pour produire et faire se télescoper plusieurs « figures », plusieurs « versions » du juge ou du « pouvoir judiciaire ». Il ressort de l'étude de la théorie politique et juridique et de l'histoire constitutionnelle anglaise que quatre temps principaux engageant quatre problèmes différents relatifs au pouvoir des juges peuvent être identifiés dans ce passage du Moyen Âge à la modernité constitutionnelle ou, du moins, à ses prémisses.

Le premier temps est celui de l'apparition d'un « pouvoir judiciaire » au sens moderne du terme à la fin du XV^e siècle (I). Le second temps est celui de l'autonomie du droit (*common law*), autonomie qui procède en quelque sorte de l'« absorption » des sources médiévales d'autorité. C'est l'époque de la figure du juge autonome (II). Ces deux moments correspondent à une époque d'affirmation du pouvoir judiciaire comme pouvoir d'interprétation du droit.

Le troisième temps est celui de la suprématie du « pouvoir judiciaire », du pouvoir du dernier mot que certains juristes refusent de reconnaître aux Lords face aux tenants des premières formulations de la séparation des pouvoirs (III). Le quatrième temps identifié est celui qui correspond à la consécration par la loi de l'indépendance et de l'inamovibilité des juges (IV). Ces deux moments-ci renvoient à l'idée que le pouvoir judiciaire n'existe qu'à la condition « d'être coupé » tant de la *common law* que de la prérogative royale – entendue ici comme expression privilégiée de la volonté arbitraire du roi et symbole de l'État continental⁹.

I. LA FONCTION DES JUGES : DIRE LE DROIT NOUVEAU

À la différence des juges aux XVI^e et XVII^e siècles en France qui ont précisément bâti leur idéologie politique sur l'idée qu'ils étaient les voies par lesquelles le jugement de Dieu était rendu et qu'à ce titre le roi ne devait pas interférer¹⁰, les juges en Angleterre ne pouvaient pas se présenter comme des « prêtres », du moins pas de la religion chrétienne (mais de la *common law*, peut-être). Quoiqu'il en soit, à la fin du XV^e siècle, l'Angleterre est l'un des rares systèmes juridiques où il existe un ou des lieu(x) (à défaut d'une institution) où le droit est en grande partie le produit d'une volonté humaine (à entendre au sens large) dans la mesure où il existe du « statute law » qui est le fruit du consentement supposé des trois *estates* (Lords temporels, Lords spirituels et Communes). Cela signifie qu'assez tôt a été

⁹ Sur ce point de l'assimilation de l'État, de l'absolutisme du pouvoir arbitraire, nous nous permettons de renvoyer à notre ouvrage *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Classiques Garnier, 2019.

¹⁰ M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003, p. 148-211. Il a été démontré, dans les différentes études consacrées à l'histoire des juges ou de la justice en France aux XVI^e et XVII^e siècles, que le « pouvoir de juger » entretient un lien particulier avec Dieu et que la justice « est la vraie puissance ordonnée de Dieu » et que c'est par le biais d'une souveraineté indivisible que les juges mettent en œuvre « le jugement de Dieu » (RZ, p. 173). Selon M.-F. Renoux-Zagamé en effet : « La justice est ainsi "liée à la puissance", au vrai elle ne fait qu'un avec elle. Cette indivisibilité est essentielle car [...] c'est elle qui fait que les juges sont à la fois souverains et dépendants. Ils sont dépendants dans le lien qui les constitue juges du Roi, mais, parce que l'acte de juger est mise en œuvre d'une souveraineté en soi indivisible, ils sont nécessairement indépendants, c'est-à-dire souverain dans l'exercice de leur fonction. »

admise l'idée que le droit n'était pas uniquement le fruit d'une volonté divine, mais qu'il pouvait aussi être le résultat, du moins dans une certaine mesure, de la volonté humaine¹¹. Dès lors, quelle peut être la position du juge dans ce contexte ? Ou quelle peut être la fonction d'un « pouvoir juridictionnel » ? S. B. Chrimes a montré dans son ouvrage sur les idées constitutionnelles anglaises au XV^e siècle¹² que la grande question des XIV^e et XV^e siècles était celle du droit « nouveau » : car c'est une chose de considérer que le droit pouvait être l'expression d'une volonté humaine, c'en est encore une autre d'identifier du droit « nouveau ». Et c'est là, à notre sens, que l'histoire du juge moderne prend son ancrage. La mission du juge dans ce contexte prémoderne renvoie précisément à sa capacité de faire le départ entre le droit préexistant et le droit nouveau, le droit nouveau se trouvant nécessairement dans le *statute law*, en dépit du fait que tous les *acts* ne créaient pas du droit nouveau¹³ : certains étaient *declaratory*, alors que d'autres étaient effectivement créateurs de droit.

Ainsi, la « fonction » d'origine des juges n'est pas tant de créer du droit ou de « produire des normes » que de *reconnaître* le droit nouveau, ce qui n'est pas la même opération. Il s'agit toutefois d'un véritable pouvoir, car il est le seul à avoir les connaissances requises et le savoir-faire pour identifier ce droit nouveau¹⁴. Il n'en demeure pas moins que, conformément à la tradition médiévale, la condition d'existence de ce droit nouveau, comme de tout droit en général, est sa conformité avec un certain nombre d'autorités « fondamentales ». Cette conformité est notamment assurée par l'*inconvenience* et la *mischief*.

Si on veut, avec N. Doe¹⁵, définir très rapidement ces deux vecteurs d'autorité, il est possible de dire que ces deux termes renvoient à ce qu'il est possible d'appeler des « standards » ou encore « des principes d'interprétation » qui étaient mis en œuvre par le juge et qui permettent de faire le lien, ou encore de rattacher une interprétation, disons juridictionnelle, à une source d'autorité « fondamentale ». La « *mischief* » assurait tant pour l'interprétation des lois du Parlement (*statutory interpretation*) que pour celle de la *common law* en général, que le droit serve le bien commun et ait pour objectif de permettre aux sujets d'avoir un remède contre tel ou tel tort. Ce que permettait de prévenir la « *mischief* » était essentiellement le déni de justice pour un individu ou la *procedural vexation*. De manière plus générale, selon N. Doe, le standard du *mischief* entretient un lien avec la morale¹⁶. Il en va différemment du principe d'*inconvenience* qui, quant à lui, correspond à un principe de non-contradiction et d'exclusion des incohérences du corps des règles du droit (cohérences entre les différentes solutions juridictionnelles successives dans des affaires analogues, cohérence des solutions au sein d'une même affaire). Pour N. Doe, le principe du *mischief* vient au soutien d'une conception moraliste

¹¹ N. DOE, *Fundamental Authority in Late Medieval English Law*, Cambridge, Cambridge University press, 1990, p. 4-6.

¹² S. B. CHRIMES, *English Constitutional Ideas in the fifteenth century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, p. 251.

¹³ Voir plus généralement, *ibid.*, p. 192-299.

¹⁴ Les juges sont même les seuls à pouvoir identifier du « *statute law* » avec le concours du conseil privé. *Ibid.*, p. 228-229 : « This instructive text strongly points to the council as the body responsible for selecting the acts that were to be statutes, and clearly shows that the judges were consulted on the drafting of them. The council, in this sense, made statutes, while the justices edited them ».

¹⁵ N. DOE, *Fundamental authority in late Medieval Law*, *op. cit.*, p. 155-174.

¹⁶ *Ibid.*, p. 155.

du droit alors que l'*inconvenience* doit être rangée du côté de la thèse volontariste positiviste. Lorsque ces deux principes étaient en jeu, la règle très connue qui s'appliquait était que *a mischief will be suffered sonner than an inconvenience* parce que le bien commun, inséparable de la cohérence générale du droit, devait primer le tort individuel, corrigé quant à lui par le principe du *mischief*. C'est donc la thèse « positiviste » qui l'emportait : cette victoire nous met dès lors sur la route de l'autonomie du droit. Ces deux principes d'interprétation impliquent que le droit est « mondanisé », c'est-à-dire qu'il apparaît comme étant clairement le fruit, d'une manière ou d'une autre, d'une volonté humaine et non plus divine. En outre, une autre dimension de cette mondansisation est que l'*inconvenience* et la *mischief rule* assurent un lien avec le vocabulaire commun, car ce sont deux termes qui ne sont pas spécifiquement juridiques et qui appartiennent au langage commun. Ils sont l'expression de deux principes structurants pour tout droit jurisprudentiel : d'une part, un lien, malgré tout, avec une légitimité matérielle morale et d'autre part, un principe de cohérence, d'ordonnement et donc de rationalité interne (légitimité formelle) du droit. Ces deux « principes » constituent les deux supports qui ont permis aux juges, dans un second temps, d'affirmer leur autonomie, précisément parce qu'ils sont des limites internes à l'interprétation du droit par le juge¹⁷.

II. AUTONOMIE DE LA COMMON LAW, AUTONOMIE DU JUGE

Le juriste qui a affirmé de la manière la plus radicale l'autonomie de la *common law* et, par conséquent celle du juge, par rapport à la prérogative royale en Angleterre est bien évidemment le juriste Edward Coke (1552-1634). Toutefois, ce n'est pas tant ici pour sa radicalité qu'il nous intéresse que pour le fait que ses écrits soient extrêmement représentatifs de la transition de la philosophie du droit médiévale à la philosophie « moderne » du droit. En effet, Coke est avant tout un juriste élisabéthain et les idées charriées par ses *Reports* et par ses *Institutes* sont en réalité les idées des juristes du XVI^e siècle. Deux idées développées par cet auteur feront ici l'objet d'un approfondissement. La première est en quelque sorte l'absorption des principes du *mischief* et de l'*inconvenience* par la *common law* dans la première moitié du XVII^e siècle (A). La seconde est l'apparition, dans les écrits de Coke, d'un *judicial power* qui demeure malgré tout celui du roi (B).

A. L'absorption de *mischief* et *inconvenience* par la *common law*

Coke a bâti une véritable philosophie du juge¹⁸ : il ne s'agit pas ici de l'explicitement dans son intégralité. Il est simplement possible à travers quelques exemples de montrer que Coke a donné les moyens à la *common law* de s'autonomiser, principalement de la volonté royale (voire de celle du *statute law*) en lui permettant,

¹⁷ Ce n'est qu'à partir de cette configuration médiévale qu'il est possible, selon nous, de tenter de cerner quelques éléments historiques pour une histoire de la structuration d'un « pouvoir juridictionnel » en Angleterre. Notons d'emblée que cette histoire n'est absolument pas linéaire, elle ne suit pas la trajectoire d'un progrès : les juges au XIV^e siècle avaient bien plus de pouvoir qu'au XV^e siècle, précisément parce que ces derniers étaient contraints, par exemple, par la règle selon laquelle il fallait rechercher l'intention du Parlement pour interpréter un *statute*. Cela est confirmé par J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 207 : « Legislative drafting was now carried out with such skill by Crown lawyers [...], that the judges were manifestly being discouraged from the creative exegesis they had bestowed on medieval statute ».

¹⁸ Voir par exemple G. POSTEMA, « Philosophy of the common law » in J. COLEMAN et al. (dir.), *The Oxford Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 435.

notamment, d'absorber les deux principes d'interprétation mentionnés plus haut. Avec Coke, les juges ne doivent pas mettre en œuvre des principes d'interprétation préexistants : *ils maîtrisent* la définition de ces principes. Selon lui, le droit ne doit pas être conforme à des autorités qui lui seraient extérieures : *il est ces autorités*. Les juges sont donc autonomes *parce que la common law est autonome*.

S'agissant du principe du *mischief*, c'est en effet dans le *Heydon's case* de 1584 dont la retranscription a été faite par Coke que les juges donnent la définition de la règle¹⁹ où l'on voit très bien à quel point la question de l'articulation de la *common law* et du *statute law* recoupe la question du droit préexistant et du droit nouveau mentionnée plus haut. Le juge définit ici son propre office de manière performative. Les juges décidèrent :

[...] que pour l'interprétation sûre et vraie de tous les *statutes* en général (qu'ils soient criminels ou relatifs à un fief) qui restreignent ou étendent la *Common Law*, quatre choses doivent être déterminées et envisagées :

1. Quelle était la *Common Law* avant la loi.
2. Quel était le mal et le défaut pour lequel la *common law* ne fournissait pas de remède.
3. Quel remède le Parlement a-t-il choisi pour soigner ce trouble de la communauté politique.
4. La vraie raison et le vrai remède ; dès lors l'office de tous les juges est toujours d'interpréter de manière à faire disparaître le mal et à faire progresser le remède et de faire disparaître les tromperies et les causes du mal qui bénéficie à l'intérêt privé et d'ajouter de la force et de la vie au remède conformément à la vraie intention des auteurs de la loi de faire prospérer le bien public²⁰.

S'agissant de l'*inconvenience*, elle est mentionnée par Coke dans certaines des affaires dont il fait la retranscription (parfois très personnelle), mais le juriste privilégie la raison sur l'*inconvenience* étant entendu que les deux concepts sont très proches²¹. De manière plus générale, le droit et la raison, la *common law* (ou

¹⁹ 3 Co. Rep. 7. (1584) *Easter Term, 26 Elizabeth I In the Court of Exchequer*. Il s'agissait, dans cette affaire, d'interpréter un *statute* venant supprimer l'existence d'établissement religieux. Or, l'établissement ici en question avait donné à bail pour 80 ans une parcelle de son terrain à Heydon. Les juges devaient donc préciser les effets du *statute law* en question sur les situations juridiques en cours.

²⁰ *Heydon's case* : « And it was resolved by them, that for the sure and true interpretation of all statutes in general (be they penal or beneficial) restrictive or enlarging of the Common Law, four things are to be discerned and considered.

1. What was the Common Law before the the Act.
2. What was the mischief and defect for which the Common Law did not provide.
3. What remedy the Parliament hath resolved and appointed to cure the disease of the commonwealth.

And 4. The true reason and remedy; and then the office of all the Judges is always to make such construction as shall suppress the mischief, and advance the remedy, and to suppress subtle inventions and evasions for continuance of the mischief, and pro privato commodo, and to add force and life to the cure and remedy, according to the true intent of the makers of the Act, pro bono publico. »

²¹ N. DOE, *Fundamental Authority in Late Medieval Law*, *op. cit.*, p. 163 : « In short, inconvenience concerns inconsistency between cases as well as discordant results in one case. Being concerned with consistency, there is a point of contact with the practitioners' reason and its requirement that like be treated alike. »

common right) et la raison forment un couple fonctionnant ensemble. Hobbes ira jusqu'à faire dire au juriste, dans le Dialogue des *Common Laws*, « Reason is common law²² ». La raison peut d'ailleurs renvoyer tant au droit « positif » (*statutes de due process* par exemple) qu'au droit naturel (puisque S. B. Chrimes a montré que le droit de nature pour les juristes anglais était assimilé au droit de la raison²³). La *common law* devient ainsi très largement sa propre référence, sa propre autorité. Pour illustrer cette autonomie, voire les virtualités de sa suprématie, l'affaire la plus marquante est sans doute celle du *Dr Bonham's case* (1610). Il est possible de citer une tentative de traduction de son célèbre *dictum*²⁴ :

[...] La *Common Law* a l'autorité sur les lois du Parlement, et elle se doit parfois de les considérer comme ineffectives (*void*): car quand une loi du Parlement est contraire au juste Commun et à la raison commune, ou absurde ou impossible à appliquer, la *Common Law* la maîtrisera, et la considérera comme dénuée de tout effet.

S. B. Chrimes explique toutefois que, pour le XV^e siècle, la « nullification » d'un *statute* pour contrariété à la raison ne nécessitait pas d'être prononcée par un juge²⁵.

B. L'apparition d'un *judicial power* : le « roi juge par ses juges »

Coke ne se contente pas d'affirmer la suprématie de la *common law*, il affirme également, dans la quatrième partie de ses *Institutes*, et plus précisément dans le chapitre consacré à la cour du King's Bench²⁶ (chapitre 7), l'existence d'un « *judicial power* » :

Le roi a délégué tout son pouvoir judiciaire, tantôt à une cour, tantôt à d'autres de sorte que si quelqu'un se soumettait au jugement du roi dans un cas où il a confié tout son pouvoir à d'autres, une telle soumission serait sans effet. Selon 8 H. 6, le roi juge par ses juges (le roi ayant distribué son pouvoir judiciaire à plusieurs cours) et le roi a entièrement laissé les affaires juridictionnelles dans le respect de ses lois à ses juges²⁷.

Coke poursuit en insistant également sur l'« autorité suprême » (*so supream is the jurisdiction of this court*) de ces juges et sur le fait qu'ils n'ont pas besoin de

²² T. HOBBS, *Dialogue des Common laws d'Angleterre*, Paris, Vrin, 1990, p. 28 : « [...] rien n'est loi qui est contre la raison, et que la raison est la vie de la loi, ou que la Common Law elle-même n'est rien d'autre que la raison. »

²³ S. B. CHRIMES, *English Constitutional Ideas in the fifteenth century*, *op. cit.*, p. 208.

²⁴ (1610) Hilary Term, 7 James I ; Co. Rep.8 [118 a] : « And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and somtimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void; »

²⁵ S. B. CHRIMES, *English Constitutional Ideas in the fifteenth century*, *op. cit.*, p. 289-299.

²⁶ Le *King's Bench* est l'une des trois cours centrales royales qui jugeaient en *common law*, les deux autres étant les *Common Pleas* et la *Court of Exchequer*.

²⁷ E. COKE, *The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England, concerning the jurisdiction of courts*, Buffalo, New York, William S. Hein Company, 1986, p. 70 : « 8 H. 4. the king hath committed all his power judiciall, fome in one court, and fome in another, fo as if any would render him selfe to the judgement of the king in such cafe where the king hath committed all his power judiciall to others, fuch a render fhould be to no effect. And 8 H. 6. the king doth judge by his judges (the king having diftributed his power judiciall to feveral courts) and the king hath wholly left matters of judicature according to his lawes to his judges. »

commission ou de « lettre patente » pour lancer des poursuites²⁸, ils ont de ce point de vue un pouvoir « originaire ».

En outre, il est possible de compléter ces quelques exemples par une affaire bien connue dans laquelle le pouvoir du roi de rendre la justice et d'en être au fondement est très clairement limité. C'est le cas dans le très célèbre *case Prohibitions del Roy* dans lequel il est affirmé que le roi ne peut pas rendre la justice personnellement mais seulement à travers ses juges²⁹. Si le roi ne peut pas rendre la justice personnellement, c'est parce qu'il est « déjà » un représentant de l'État. Noel Cox, spécialiste de la prérogative, confirme d'ailleurs cette interprétation : « Coke a remanié le roi en représentant juridique de l'État. C'est Coke qui le premier a attribué la personnalité juridique à la Couronne³⁰. »

La logique de la philosophie du juge de Coke est la suivante : si le pouvoir judiciaire, au sens de celui de rendre la justice, appartenait au Roi mais a été entièrement délégué à ses juges, alors ce droit (la *common law*) doit être autonome. La volonté royale ne peut pas être à l'origine du droit et ne peut pas être source de droit : le roi n'en a ni l'expérience ni le savoir-faire. Il est comme neutralisé. Il ne peut plus agir : il est l'État-représentant. Conceptuellement, l'idéologie classique de la *common law* repose sur un découplage de la prérogative et de la *common law*, ce qui a pour conséquence de faire sortir le pouvoir juridictionnel du champ de la prérogative royale. Dans la lutte pour la suprématie constitutionnelle qui eut cours au XVII^e siècle, il s'agissait dès lors de savoir qui avait le dernier mot en matière de justice.

III. AVOIR LE DERNIER MOT : UNE MARQUE DE LA SOUVERAINETÉ

La question qui se pose relativement au pouvoir juridictionnel à partir de la fin des années 1630 est légèrement différente. Les conflits, en effet, se multiplient entre Jacques I^{er} (1603-1625), puis Charles I^{er} (1625-1649) et les Communes. Dans ce contexte de crise puis de guerre civile, où la compétence juridictionnelle du Parlement et plus précisément celle des Lords, est, s'agissant de certaines procédures, ressuscitée, le pouvoir « judiciaire » ne renvoie plus aux cours de *common law* ou au roi mais à la Chambre des Lords. C'est l'idée véhiculée par les premières formulations de la séparation des pouvoirs qui tentent en réalité de saisir un déplacement de l'autorité (A). Un juriste comme M. Hale refuse toutefois aux Lords le « pouvoir judiciaire suprême » et relocalise cette autorité suprême au sein du Parlement (B).

²⁸ E. COKE, *The Fourth Part of the Institutes*, *op. cit.*, p. 714 : « The justices of this court have no commiffion, letters patents or other means to hold pleas, & c. but their power is originall and ordinary. »

²⁹ *Prohibition del Roy*, Co. Rep. 12, [notes de Coke], 63, p. 479 : « Then the king said, that he thought that the law was founded upon reason, and that he and others had reason, as well as the Judges: To which it was answered by me that true that God had endowed his Majesty with excellent Science and great endowments in nature, but that his Majesty was not learned in the Lawes of his Realm of England, and causes which concerns the life, inheritance, goods or fortunes of his Subjects [...]. »

³⁰ N. COX, *The Royal prerogative and Constitutional Law. A search for the Quintessence of executive power*, Londres, Routledge, 2021, p. 48 : « Coke recast the king as the legal representative of the State. It was Coke who first attributed legal personality to the Crown. »

A. Le pouvoir judiciaire dans les premières expressions de la séparation des pouvoirs

Selon J. H. Baker, les juges des cours supérieures ont été au plus bas de leur popularité autour des années 1638-1640 car ils ont très largement été un instrument « du règne » de la prérogative et notamment, selon l'historien, lorsqu'ils ont voté en faveur de l'imposition du *ship-money*³¹ (1637)³². C'est à partir de ces années 1640 que le « pouvoir judiciaire » est clairement devenu un enjeu de la crise constitutionnelle anglaise qui déboucha en 1642 sur la guerre civile (1642-1651). M. J. C. Vile a montré, dans son célèbre ouvrage *Constitutionalism and the Separation of powers* (1967) que la théorie politique en Angleterre avait connu un double passage au XVII^e siècle de la constitution mixte à la séparation des pouvoirs, puis de la séparation des pouvoirs à la théorie de la balance des pouvoirs³³. Nous allons ici nous intéresser prioritairement à la formulation de la séparation des pouvoirs puisque c'est à travers elle qu'une théorisation d'un « pouvoir judiciaire » a été tentée. Ajoutons que le pouvoir « judiciaire » est celui des trois pouvoirs qui a le plus tardivement été ajouté aux deux autres (pouvoir exécutif, pouvoir législatif).

La première source qui est généralement citée comme point de départ de la transition entre la constitution mixte et la séparation des pouvoirs est la Réponse aux dix-neuf propositions de Charles I^{er} (1642). Concernant le « pouvoir de juger », ces premières formulations partent de la fonction exécutive, qui est ensuite divisée entre la fonction de gouverner et de celle de juger à laquelle on ajoute la fonction du parlement de faire la loi (ou le droit)³⁴. Pour la majeure partie de ces auteurs, le pouvoir judiciaire suprême appartient aux Lords. C'est le cas pour Ireton (1647) ou encore pour J. Sadler (1649), pour qui le pouvoir judiciaire (« *judicial* » *power*) appartient principalement aux Lords³⁵. La chambre des Lords était notamment chargée des *proceedings in Error* (c'est-à-dire en gros une procédure d'appel) au moins depuis le XVI^e siècle³⁶.

Les conflits entre le roi et les Communes montrent alors l'importance de la figure du tiers impartial pour trancher ces conflits constitutionnels. Les Lords semblent constituer, à travers ce pouvoir judiciaire suprême, pendant un temps, cette figure du tiers impartial ou du moins d'arbitre dans les conflits constitutionnels.

³¹ Le *ship-money* était une taxe prélevée, en temps de guerre, par prérogative et sans consentement du parlement, par le roi sur les communes et ports de la côte anglaise et qui servaient à entretenir les navires de la marine royale.

³² J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.*, p. 167.

³³ M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of powers*, 2nd ed., Indianapolis, Libertyfund, 1998, p. 23-57, p. 58-82.

³⁴ *Ibid.*, p. 36.

³⁵ Charles I^{er} cité par Vile p. 59 : « *judicative power* ». Lawso (1660) cité par Vile, p. 62 « *the Judicial in the Lords* » ; en 1743 pour Bolingbroke : « *the supreme judicature resides in the Lords* », cité par Vile, p. 80.

³⁶ J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.*, p. 137. Pour les procédures dans lesquelles les Lords intervenaient au Moyen Âge et sous les Stuarts de la première moitié du XVII^e siècle, voir C. G. C. TITE, *Impeachment and Parliamentary Judicature in Early Stuart England*, Londres, Athlone Press, 1974.

B. L'impossible suprématie juridictionnelle de la Chambre des Lords

En réponse à l'affirmation du pouvoir judiciaire suprême des Lords et au moment où la pratique institutionnelle est d'abord et avant tout absorbée par la question de l'indépendance des juges (via leur *tenure*) vis-à-vis de Charles II, il est intéressant de noter qu'un juriste comme Matthew Hale (1609-1676) semble quant à lui concentrer une partie de sa réflexion sur la question de ce que peut être la « fonction judiciaire » ou « contentieux³⁷ » dans son ouvrage *The Jurisdiction of the Lords House, or Parliament* (publié en 1796 mais écrit évidemment avant 1676). L'un des objectifs de cet ouvrage est de contester cette idée que les Lords pourraient constituer « un pouvoir judiciaire suprême » qu'il entend bien comme pouvoir indivisible d'avoir le dernier mot³⁸. Cet ouvrage de Hale s'inscrit dans ce contexte de conflit entre le roi et les Communes qui se double d'un conflit entre les deux chambres elles-mêmes à propos de la compétence juridictionnelle des Lords en général (causes civiles, causes pénales, compétence originaire ou en appel). Ce dernier conflit se durcit à partir de 1669, date de l'affaire Thomas Skinner contre l'East India Company. Selon le préfacier de l'ouvrage de Hale, c'est dans ce contexte qu'il faut comprendre *The Jurisdiction of the House of Lords*³⁹. Hale oppose alors la suprématie de l'organe du Parlement à la séparation des fonctions. Le juriste explique en effet que ce pouvoir suprême de juger ne peut pas appartenir aux Lords parce que ce pouvoir juridictionnel suprême est inséparable du pouvoir législatif. Ces deux pouvoirs forment une indivisibilité au sein de « la *high court of Parliament* qui est composée du roi et des deux chambres, et [qui] est la [...] seule cour suprême dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'aucun appel⁴⁰ ». Il est intéressant de noter que l'ultime argument de Hale est qu'il faut corriger cette *inconvenience* : « Il serait remédié à toute cette incohérence, à ce mal (irrationalité, *inconvenience*) si [...] un certain nombre de lords choisi *avec des juges* avaient des commissions du roi pour examiner, entendre et déterminer les erreurs dans les jugements et les décrets⁴¹ ». Selon Hale, les Lords ne peuvent donc pas avoir le pouvoir judiciaire en tant que pouvoir suprême de décision.

Précisons que c'est bien une question de suprématie indivisible et non de confusion entre le *parliamentary law making* et le *judicial law making* car Hale sait très bien faire la différence entre les deux, comme le montre son étude des « composantes » (*constituents*) de la *common law*. Ou, pour le dire plus directement, Hale sait très bien faire la différence entre le droit créé par le Parlement et le droit émanant des décisions de justice. Ce n'est pas, en effet, parce que le Parlement a

³⁷ Cité par J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.*, p. 208.

³⁸ M. HALE, *The jurisdiction of the House of Lords*, Londres, T. Cadell et J. et W. Davies, 1796, p. 205 : « They tell us, it is the supreme court ; a court from which no appeal lies ; that it hath a primitive inherent jurisdiction ; that is the place or jurisdiction unto which is the last appeal, the dernier resort ; [...] » ; p. 207 : « that the supreme decisive power or jurisdiction and the dernier resort must be where the legislative power is ». V. sur ce point de la définition de « jurisdiction » au XVII^e siècle : C.H. McIlwain, *The High Court of Parliament and its supremacy*, Yale University Press, 1934, p. 169-173.

³⁹ F. HARGRAVE, préface de l'ouvrage de M. HALE, *The Jurisdiction of the House of Lords*, *op. cit.*, p. CXXIV.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 205.

⁴¹ *Ibid.*, p. 208 : « And all this inconvenience would be remedied, if, [...] a certain number of the lords with the judges were commissioned by the king to examine hear and determine errors in judgements and decrees. For that would not engage the whole house; but they would be free to give their judgement upon appeals to the whole Parliament. »

une nature ambiguë – entre la cour et l’assemblée législative – que Hale confond l’activité de faire des lois et celle de rendre des jugements. C’est évident dans son ouvrage sur l’histoire de la *common law*⁴² lorsqu’il explique que les trois composantes « formelles » de la *common law* sont les usages ou coutumes, les *Acts* du Parlement et les décisions des Cours de Justice « en accord les unes avec les autres formant des séquences dans la succession des périodes⁴³ ». Cela l’est encore plus lorsque l’auteur explique que, du point de vue substantiel (*matter*), les décisions de justice peuvent être de trois types : les décisions dans lesquelles les juges sont « la bouche du droit » (*the judge are the instrument to pronounce it*), le fondement étant uniquement la loi ou la coutume ; les décisions dans lesquelles le juge doit faire une déduction ou « illation » (une « induction »), et, troisième type de jugement, ceux dans lesquels le juge « n’a pour guide que la commune raison de la chose » et que dans cette activité les *common lawyers* sont meilleurs que les grammairiens ou les logiciens : ils excellent car ils connaissent le droit⁴⁴. On retrouve l’idéologie de la *common law*.

En conséquence, selon Hale, le pouvoir judiciaire suprême ou « jurisdiction » appartient à la « Cour suprême » car c’est un pouvoir « souverain » indivisible : « Là où se trouve le dernier ressort, là doit nécessairement se trouver la souveraineté ; c’est pourquoi ce mot est constamment utilisé et joint à celui-ci » (*Wherever the dernier resort is, there must needs be the sovereignty ; and so this word is constantly used and joined with it*⁴⁵). Coke a permis à la *common law* et au juge de se détacher de la prérogative royale ; Hale, qui conçoit la *jurisdiction* comme « un pouvoir suprême de décision » ou pouvoir du dernier mot, défait le couple de la *common law* et du pouvoir juridictionnel et replace ce dernier dans la sphère du souverain. L’essence de la juridiction est donc d’être souveraine : la figure du juge se confond alors avec celle du souverain. Le « pouvoir juridictionnel » est ainsi une marque de la souveraineté⁴⁶.

IV. L’INDÉPENDANCE ORGANIQUE DES JUGES ET SES IMPLICATIONS

À partir de la Restauration (1660) et du règne de Charles I^{er} s’ouvre une période historiquement complexe du point de vue des juges. En 1660 a tout de même lieu une sorte « d’épuration » des juges ayant été en faveur de l’exécution de Charles I^{er} (1649). Un certain nombre de juges sont mis en accusation et condamnés.

⁴² M. HALE, *History of the Common Law of England: Divided into Twelve Chapters Written by a Learned Hand*, J. Walthoe, Stafford, 1713.

⁴³ *Ibid.*, p. 66 : Hale fait parfaitement la différence entre la portée normative d’une loi adoptée en Parlement et celle d’une décision des juges : « Tho’ By vertue of the Law of this Realm they do bind, as a Law between the Parties thereto, as to the particular Case in Queftion, till revers’d by Error or Attaint, yet they do not make a Law properly fo called, (for that only the King and Parliament can do); yet they have a great Weight and Authority in in Expounding, Declaring, and Publifhing what the Law of this Kindom is, especially when fuch Decifions hold a Contonancy and Congruity with Refblutions and Decifions of former Times; and tho’ fuch Decifions are less than a Law, yet they are a greater Evidence thereof, than the Opinion of any private Perfons, as fuch, whatfoever. »

⁴⁴ *Ibid.*, p. 69-70.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 205.

⁴⁶ Au sens de D. Baranger dans son article « The apparition of sovereignty » in *Sovereignty in Fragments, The past, Present and Future of a Constested Concept*, in H. Kalmo and Q. Skinner (dir.), Cambridge University Press, 2010, p. 47-63.

Cela permet peu à peu, et surtout à partir de la fin des années 1670, à Charles II (1661-1685) de se soumettre les cours supérieures. Comme le souligne l'historien Havighurst⁴⁷, cela ne signifie pas pour autant que tous les juges aient été des instruments au service du roi et, lorsqu'ils l'étaient, souligne l'historien, c'est plutôt parce qu'ils avaient « une conception assez étriquée du droit et [qu'ils étaient] mus par l'idée d'une adhésion politique et juridique stricte au régime des Stuarts ». Charles II devait en outre s'appuyer davantage sur les juges des Cours de *common law* puisque l'un des acquis de la Révolution et de la guerre civile sur lequel on ne revint pas fut l'abolition des cours de prérogative⁴⁸. Le roi ne pouvait donc plus gouverner à travers elles. La variété de ces situations se traduit également par un caractère non systématique des désignations des juges : certains juges, à certains moments, étaient nommés *quamdiu bene se gesserint* et coexistaient avec des juges nommés « selon le bon plaisir du roi » (« *durante bene placito* »). Cette absence d'uniformité se poursuit d'ailleurs jusqu'à l'adoption de la loi de 1701, comme l'a montré D. Rubini⁴⁹. Il n'en demeure pas moins que plusieurs tentatives pour faire adopter une loi tendant à imposer au roi de nommer des juges *quamdiu bene se gesserint* et non plus *durante bene placito* ont échoué entre 1674 et 1701⁵⁰.

La question qui se posait alors était celle de savoir si les juges devaient continuer à être responsables devant le roi ou s'ils devaient l'être devant le Parlement. À partir du début du XVIII^e siècle, et dans le sillage de la *Glorious Revolution* (1688-1689), l'act of Settlement de 1701 est adopté et entre autres dispositions figure celle-ci :

7. [...] Les commissions des juges sont valables aussi longtemps qu'ils se comportent bien, leurs salaires sont assurés et établis ; elles ne peuvent leur être retirées que sur adresse commune des deux chambres du parlement.

Il est commun de partir de l'idée que cette loi de 1701 est la première à reconnaître officiellement l'inamovibilité des juges puisqu'en vertu de cette loi, seules les deux chambres du Parlement pouvaient leur retirer leur commission – ce qui fera écrire à R. Acherley que les juges sont responsables devant les Chambres du Parlement⁵¹. C'est aussi cette loi de 1701 qui leur garantit leurs revenus⁵². Et il a

⁴⁷ Moins sous Charles II et sous les Stuarts de manière générale. J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, op. cit., p. 167 ; A. F. HAVIGHURST, « The Judiciary and Politics in the Reign of Charles II », *The Law Quarterly Review*, n° 66, 1950, p. 62-78, p. 229-252.

⁴⁸ C'est-à-dire des cours issues du conseil du roi directement fondées sur la prérogative royale de justice, comme la *Star Chamber* qui fut supprimée en 1641.

⁴⁹ D. A. RUBINI, « The precarious independence of the Judiciary. 1688-1701 », *LQR*, July 1967, vol. 83, Stevens & Sons, p. 343-345.

⁵⁰ *An exact Collection of Debates of the House of Commons held at Westminster Oct. 21 1680, Prorogued the Tenth, and Dissolved the 18th of January following*, London, 1689, p. 146-147 : Lors du débat du 13 novembre 1680 sur une résolution allant en ce sens, l'un des membres de la Chambre des Communes s'indigne : (FW) : « Sir, I think we are to come to the old times again, when the judges pretended they had a rule of Government as well as a Rule of law, and that they acted accordingly. If they did never read Magna Carta, I think that they are not fit to be judges; if they have read Magna Carta, and do thus so contrary, they deserve chatiment. » (p. 146).

⁵¹R. ACHERLEY, *The Britannic Constitution, Or the fundamental form of Government in Britain demonstrating the original contract between the King and the People according to the Primary Institutions thereof in this Nation, 1727*, écrit au soutien de l'accession au trône de William III et des
Hannovre), p. 84-86. [En ligne : <https://play.google.com/books/reader?id=CsQxAQAAMAAJ&pg=GBS.PA84&hl=fr>]

⁵² *Act of Settlement* (12 & 13 Will. III c2 s3 7) (*Statutes at large*) : « 7. That after the said limitation shall take effect as aforesaid, judges commissions be made *quamdiu se bene gesserint*, and their

fallu attendre une loi de 1760 pour que leur position ne prenne pas fin avec la « *demise of the Crown* », c'est-à-dire la mort du roi qui les avait nommés, et que la continuité de leur fonction, de leur office, (*life tenure*) soit assurée⁵³.

Puisque ce lien entre le roi et le juge s'est en grande partie vidé de son contenu ; et dès lors que les juges ne sont plus comptables devant le roi parce que ce dernier ne doit pas être juge et partie (A), il faut reconstruire une légitimité, reconstruire un récit des origines du pouvoir juridictionnel (B).

A. « Le roi lui-même ne peut pas être juge dans sa propre cause »

Dans les écrits théoriques de la première moitié du XVIII^e siècle, l'inamovibilité des juges et leur indépendance sont justifiées non plus par l'autonomie de la *common law* mais par le principe selon lequel le roi ne doit pas être juge dans sa propre cause. C'est l'apport des règnes des deux derniers Stuarts.

Du point de vue de la théorie politique et juridique, la question des juristes est désormais de savoir comment il est possible de justifier cette « coupure » du lien entre le roi et ses juges (ou le maintien d'une coquille vide). Il est sans doute fondamental, à ce stade, de revenir au *Second Traité du Gouvernement Civil* de J. Locke (publié en 1690). Ce qui nous intéresse ici n'est évidemment pas sa conception de la séparation des pouvoirs qui laisse de côté le pouvoir des juges (du moins dans la tripartition générale) mais plutôt sa critique de la monarchie absolue. Pour Locke, en effet, la monarchie absolue ne peut pas être considérée comme compatible avec la société civile, précisément parce qu'aucun juge ne peut y être impartial (c'est-à-dire point juge dans sa propre cause) :

En effet, ce prince absolu, que nous supposons, s'attribuant à lui seul, tant le pouvoir législatif, que le pouvoir exécutif, on ne saurait trouver parmi ceux sur qui il exerce son pouvoir, un Juge à qui l'on puisse appeler, comme à un homme qui soit capable de décider et de régler toute chose librement, sans prendre parti et avec autorité...⁵⁴

Locke aide alors à comprendre l'importance de la loi de 1701 et de celle de l'indépendance des juges vis-à-vis du roi. Le roi ne doit plus exercer son pouvoir arbitraire de désignation des juges : il est considéré dans ce cas comme étant juge et partie parce qu'il exerce une autorité sur ceux qu'il nomme. Dans la théorie politique, c'est Roger Acherley dans son *Dialogue sur la constitution britannique* de 1727 qui transpose ces développements de Locke en expliquant effectivement que si le roi était juge, il serait juge et partie et cela aboutirait à l'exercice d'un pouvoir arbitraire qui engendrerait l'*inconvenience*, que les sujets seraient emprisonnés arbitrairement et n'auraient pas de remèdes contre cela ; de même, cela constituerait un mal (*mischief*) puisque le sujet n'aurait pas de recours pour

salaries ascertained and established; but upon the address of both houses of Parliament it may be lawful to remove them

6. That no person who has an office or place of profit under the King or receives a pension from the Crown, shall be capable of serving as a member of the House of Commons.

7. That after the said limitation shall take effect as aforesaid, judges commissions be made quamdiu se bene gesserint, and their salaries ascertained and established; but upon the address of both houses of Parliament it may be lawful to remove them. »

⁵³ J. H. BAKER, *An introduction to English Legal History*, op. cit., p. 168.

⁵⁴ J. LOCKE, *Second Traité du Gouvernement Civil*, Paris, Flammarion, (§90-91), p. 209, p. 237 (§125).

faire appel (et cela serait contraire au droit de dernier ressort de la Chambre des Lords)⁵⁵.

Du côté des juristes, c'est Thomas Wood, dans le sillage des *Institutes* de Coke, qui, dans ses *Institutes* de 1720 (Book IV, chap. 1), reprend cette idée et les termes de Coke. Il explique en effet : « Une cour est le lieu où le pouvoir est administré judiciairement [...] La juridiction est le Droit par lequel ce pouvoir est administré⁵⁶ ».

« A judge is as person appointed by Publick Authority with Jurisdiction⁵⁷. » Il conclut que le roi ne peut pas être juge dans sa propre cause⁵⁸, cette dernière assertion constituant un ajout au texte de Coke.

Il est possible de retenir deux éléments intéressants dans cette citation. Premièrement, le pouvoir est conçu comme profondément unifié : le pouvoir « juridictionnel » n'est qu'une forme d'expression du pouvoir, ou une forme d'administration de ce pouvoir. Cette insistance sur la « juridiction » ainsi que sur l'unité qui lui est inhérente n'est pas sans rappeler la « juridiction » médiévale. Les médiévaux opposaient en effet le *gubernaculum* – là où le pouvoir du roi est sans limite – à la *jurisdiction* – là où le pouvoir du roi est limité par le droit. Deuxièmement, les juges ont l'autorité suprême. Ils la tirent bien évidemment du roi et jugent au nom du roi mais celui-ci est comme neutralisé, il ne peut en aucun cas juger. Que peut dès lors signifier l'ajout aux *Institutes* de Coke de cette dernière assertion selon laquelle le roi lui-même ne peut être juge dans sa propre cause ?

Cette formule, bien qu'ambivalente, traduit l'idée d'une extériorité de l'État et de la prérogative vis-à-vis du pouvoir juridictionnel. Plus exactement, *c'est parce qu'il participe de la souveraineté (au sein de l'organe souverain) que le roi ne peut, d'une part, n'être qu'impartia⁵⁹ et d'autre part, qu'il ne peut pas juger « personnellement »*. En outre, quelque chose est rompu du lien organique entre les juges et le roi et il revint à Blackstone de recoudre ce fil rompu de la constitution.

B. Construire un récit des origines du pouvoir juridictionnel

Le pouvoir juridictionnel est coupé du pouvoir royal, son origine historique. Il convient donc de l'intégrer dans une nouvelle narration historique. Il est ainsi ancré dans la société et véhiculé en quelque sorte, dans la constitution, par la prérogative, qui apparaît alors comme la projection ou le spectre de l'autorité d'un roi médiéval qui n'est plus.

Dans le livre premier de ses *Commentaries*, Blackstone évoque l'existence d'un *judicial power* (ou « judiciary power ») – conformément à la traduction par

⁵⁵ R. ACHERLEY, *The Britannic Constitution, op. cit.*, p. 84-86. [En ligne : <https://play.google.com/books/reader?id=CsQxAQAAMAAJ&pg=GBS.PA84&hl=fr>]

⁵⁶ T. WOOD, *Institute of the Laws of England; or, the Laws of England in Their Natural Order, according to the Common Use* (4), E. and R. Nutt, 1720, p. 447 : « A court (Curia, à Curâ) is a Place where power is judicially administered. Jurisdiction is the Right by which that Power is administered » (10 Rep. 74).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 448.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 464 : les juges sont également souverains dans le *oyer and terminer*. (« They [the Judges] have Supreme Authority; the King himself being supposed by the Law to sit there; through the king doth judge by his judges, who even in his Presence answer all the Motions. The King himself cannot judge in his own cause... »).

⁵⁹ V. également M. SHAPIRO, « Judicial Independence: The English Experience », *North Carolina Law Review*, vol. 55, 1977, p. 577-652.

Thomas Nugent de la « puissance de juger » (« power of judging ») de l'*Esprit des lois* de Montesquieu qui, comme le souligne D. Lieberman⁶⁰, n'évoque en réalité jamais un tel « pouvoir judiciaire ». On cite souvent le passage dans lequel Blackstone reprend la séparation des pouvoirs – parce qu'il fonde l'idée, très importante pour les États-Unis d'Amérique, selon laquelle le « pouvoir judiciaire » peut être une « branche » séparée du gouvernement⁶¹ – mais on cite rarement les passages qui précèdent et qui expliquent l'origine de ce pouvoir. Or, c'est précisément la question qui nous intéresse ici. Notons tout d'abord que Blackstone traite de la question du « judicial power » dans son chapitre sur la prérogative (« The king's prerogative », livre 1 : « les droits des personnes ») et qu'il inscrit cette question, selon ses termes mêmes dans « la vaste chaîne de la prérogative⁶² » : « une autre capacité dans les affaires intérieures [...] dans laquelle il faut envisager le Roi est celle de fontaine de justice et de protecteur général de la paix du Royaume » (« another capacity[...] in which the King is considered in domestic affairs, is as the fountain of justice and general conservator of the peace of the Kingdom »). Mais Blackstone précise immédiatement que le roi n'est pas la fontaine de toute justice au sens où il en serait l'origine : il en serait plutôt le véhicule. Ensuite, l'auteur livre un récit des origines qui cherche à articuler droit naturel et *common law* classique. Pour résumer, le pouvoir originel de « *judicature* », « selon les principes fondamentaux de la société, se loge dans la société dans son ensemble » (« by the fundamental principles of society, is lodged in the society at large »). Mais comme il est impossible que tous les sujets dans leur capacité collective rendent la justice aux individus, il est établi que ce sont certains magistrats qui en sont chargés et en Angleterre, ce sont le roi et ses « substitutes ». Les juges tiennent leur autorité du roi. Mais de nos jours, nous dit Blackstone, « nos rois ont délégué l'ensemble de leur pouvoir judiciaire aux juges de leurs cours (« our kings have delegated their whole judicial power to the judges of their several courts ») qui rendent la justice selon des lois qui ne peuvent être changées que par « act du parlement⁶³ » : voilà l'histoire du « pouvoir juridictionnel » (re)faite. Si le pouvoir juridictionnel et la prérogative royale sont réconciliés, c'est au prix d'une neutralisation voire d'une *fossilisation* de cette même prérogative.

Le pouvoir juridictionnel se situe ainsi à la croisée de deux discours : il est un pouvoir d'interprétation immense mais auto-discipliné (discours de la *common law*,

⁶⁰ D. LIEBERMAN, « The mixed constitution and the common law », *The Cambridge History of Eighteenth-Century Political Thought*, in M. GOLDIE, R. WOKLER (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, p. 317-346, 334-335.

⁶¹ W. BLACKSTONE, *The Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1765, p. 259. « In this distinct and separate existence of the judicial power, in a peculiar body of men, nominated indeed, but not removeable at pleasure, by the crown, consists one main preservative of the public liberty ; which cannot subsist long in any state, unless the administration of common justice be in some degree separated both from the legislative and also from the executive power » [En ligne : <https://archive.org/details/BlackstoneVolumeI/page/n273/mode/2up>]

⁶² *Ibid.*, p. 259 : « the vast chain of prerogative ».

⁶³ *Ibid.*, p. 258 : « But at present, by the long and uniform usage of many ages, our kings have delegated their whole judicial power to the judges of their several courts; which are the grand depository of the fundamental laws of the kingdom, and have gained a known and fixed jurisdiction, regulated by certain and established rules which the crown itself cannot now alter but by act of parliament. ». Le roi, en particulier en matière pénale, est donc le délégataire du pouvoir « social » de rendre la justice, il le tient de ce public « invisible » mentionné par Blackstone et donc, aux yeux du droit, c'est contre lui que les infractions sont commises (ce qui n'est pas le cas pour les *impeachments* nous dit Blackstone).

premier discours) qui ne peut exister que s'il n'est pas dépendant de l'« État » conçu comme expression d'une volonté arbitraire (apports du discours de la séparation des pouvoirs, second discours). Le pouvoir d'interprétation est propre au juge « ordinaire », le pouvoir indépendant et impartial renvoie à celui d'un tiers arbitre ayant le dernier mot, c'est-à-dire à l'organe souverain. En outre, avec l'apparition du nouveau couple société-souverain venant se superposer à celui de la prérogative et de la *common law*, la *jurisdiction* en tant que pouvoir s'est doublée de l'idée qu'elle était aussi un « Droit » (*Right*). De pouvoir de dire le droit, le pouvoir juridictionnel est devenu le droit de dire le droit (et éventuellement de dire le pouvoir, pour les Lords). La *jurisdiction* se trouve donc à mi-chemin entre le pouvoir et le droit et à ce titre, elle a manifestement toujours un enjeu constitutionnel dans le contexte anglais parce que son histoire est profondément liée à celle de l'apparition de la constitution et de la question de la légitimité ainsi qu'à la dissolution de la vieille communauté politique qui fusionnait le roi et ses sujets. L'entrée en scène de la société se concrétise tant dans l'appel aux vecteurs d'autorités médiévaux (*inconvenience, mischief*) qui assurent un lien avec le « mondain » que dans l'ancrage à la société du pouvoir des juges décrit par Blackstone. Et c'est bien à cette conception de la *jurisdiction* qu'Edmund Burke est fidèle, cinquante ans après, quand il écrit que l'État doit essayer de faire en sorte que son pouvoir juridictionnel (*judicature*) soit quelque chose « d'extérieur » à lui-même⁶⁴, l'État ne saturant pas tout l'espace politique outre-manche.

Céline Roynier

Céline Roynier est professeur de droit public à CY Cergy Paris université (CPJP, EA 2530) et membre junior de l'Institut Universitaire de France.

⁶⁴ « Whatever is supreme in a state, ought to have, as much as possible, its judicial authority so constituted as not only not to depend upon it, but in some sort to balance it. It ought to give a security to its justice against its power. It ought to make its judicature, as it were, something exterior to the state » (E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, Oxford, Oxford world's classics, 1790 p. 171. [En ligne : <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/burke/revfrance.pdf>]

Le mythe de la vérité juridictionnelle

« Ce n'est point ici le pays de la vérité. Elle erre inconnue parmi les hommes¹. »

Qu'est-ce que la vérité ? À cette question cruciale, que l'on ne peut poser sans être pris de vertige, la société contemporaine est susceptible, à l'instar de Ponce Pilate, d'affecter une complète indifférence. L'émergence contemporaine de vérités dites « alternatives » ou « subjectives » (*truthiness*), voire de « post-vérité² » (*post-truth*), associée à l'individualisme de la connaissance proposé par notre société relativiste, tendent en effet à réduire considérablement l'importance de la recherche de la vérité, cette dernière étant réduite au rang de simple valeur subjective ; autrement dit d'opinion³. Comme le relève à cet égard Claudine Tiercelin, le relativisme est désormais présenté comme seul à même de préserver le pluralisme et de garantir les droits des minorités à défendre leurs propres visions du monde⁴ ; ce qu'elle critique en démontrant que la destruction de l'espace des raisons par le relativisme enferme au contraire les membres des minorités dans des rapports de force où ils seront toujours des vaincus. Dans un sens similaire, Ran Halévi se demande si on peut être libre en se passant de la vérité et ce que serait « une démocratie où la vérité est devenue une affaire d'opinion⁵ ».

De fait, la recherche de la vérité a longtemps constitué le problème fondamental de la philosophie – au point que Socrate a accepté de mourir pour elle. D'une immense complexité philosophique, le concept de vérité a été défini par Aristote comme la conformité d'une proposition avec la réalité : ce que l'on appelle « la conception de la vérité comme correspondance ». À partir de cette dernière, la définition classiquement retenue est celle de saint Thomas d'Aquin, pour qui la

¹ PASCAL, *Pensées*, Paris, Rive-Gauche Productions, 1980, p. 309.

² J. HARSIN, « Un guide critique des *fake news* : de la comédie à la tragédie », *Pouvoirs*, n° 164, 2018, p. 99 ; M. FERRARIS, *Post-vérité et autres énigmes*, Paris, PUF, 2019 ; A. CAMBIER, *Philosophie de la post-vérité*, Paris, Herman, 2019 ; M. REVAULT-D'ALLONNES, *La faiblesse du vrai. Ce que la post-vérité fait à notre monde commun*, Paris, Points, 2021 ; C. TIERCELIN, *La Post-vérité ou le dégoût du vrai*, Paris, Intervalles, 2023.

³ Aux États-Unis, cette mutation est appelée « *identity politics* » et désigne le conditionnement de l'opinion, voire de la vérité, à l'identité de la personne qui l'exprime.

⁴ C. TIERCELIN, « Connaissance, vérité et démocratie », Cours au collège de France, mars 2017, citant J.-J. ROSAT, « Préface » in *Rationalité, vérité et démocratie*, Actes du colloque organisé au Collège de France le 28 mai 2010, Marseille, Agone, 2010.

⁵ R. HALÉVI, « Le nouveau régime de la vérité », *Le Débat*, n° 197, 2017, p. 30.

vérité est l'adéquation entre l'intellect et la chose (« *adaequatio rei et intellectus*⁶ »), autrement dit la conformité au réel.

Alors que l'on pourrait instinctivement opposer, à la suite de Perelman, la philosophie, qui se caractérise par « la recherche de l'être, de la Vérité, du Bien et de la Justice absolus », au droit, qui vise « à organiser sur terre, avec un minimum de violence, une société d'hommes avec leurs défauts et leurs défaillances⁷ », la modernité philosophique a entendu marquer une distance entre la pensée et le réel. Ce dernier a en effet été réduit à notre compréhension, avec Descartes, puis à notre perception avec Kant, avant que la volonté de vérité ne soit purement et simplement stigmatisée par Nietzsche.

Dans ce contexte où même la philosophie – ou plutôt, une certaine philosophie – semble se détourner de la quête de vérité, il serait légitimement pertinent de s'interroger sur l'intérêt que peut présenter une étude sur les rapports entre vérité et activité juridictionnelle. La question se pose avec une acuité particulière au regard de la thèse soutenue par une certaine pensée doctrinale – d'inspiration kelsénienne – qui considère que la vérité n'intéresse pas le droit positif puisque, à la différence des propositions de droit, les normes « ne sont pas vraies ou fausses, mais seulement valables ou non valables⁸ ».

Or, à rebours de cette conception, il nous semble possible de considérer que la vérité trouve sa place dans les discours du droit, mais s'avère hautement problématique lorsqu'elle est appréhendée dans une perspective épistémologique. Comme a pu le soutenir Christian Atias :

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.

Aussi l'enseignement du droit se présente-t-il fondamentalement comme « l'art de poser les questions ». Or, « se poser des questions, c'est adopter un certain type de rapport à la vérité » ; autrement dit, faire fi de « la certitude et l'exactitude » pour préférer une posture de prudence⁹. Affirmer qu'un discours doctrinal puisse être *vrai* ou *faux*, plutôt que de le juger *convaincant* ou *discutable*, c'est assimiler le discours sur le droit à un discours scientifique. À cet égard, l'existence d'une prétendue *science du droit* distincte de la *doctrine*¹⁰ vise à asseoir l'autorité d'une pensée axiologiquement neutre qui serait extérieure à son objet de description et d'analyse¹¹. Pourtant, l'objet droit n'est pas un *donné*, un *déjà-là*, mais un *langage*, si bien que l'activité doctrinale ne peut, à l'image de l'activité scientifique, se

⁶ Cité in M. HEIDEGGER, *Être et temps*, Paris, Authentica, 1985 [édition numérique hors commerce], § 44, p. 174.

⁷ C. PERELMAN, *Éthique et droit*, 2^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, p. 437 et 439.

⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962, rééd. Bruylant, LGDJ, 1999, p. 81.

⁹ C. ATIAS, « Le droit, entre enseignement et réalité », *Les Cahiers Portalis*, n° 2, 2015, p. 77.

¹⁰ Comme le relève Étienne Picard alors que la science du droit « entend se placer en dehors du droit », la doctrine juridique, quant à elle, « 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" » in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 123.

¹¹ Pour Kelsen, la science du droit se doit « de connaître le droit – pour ainsi dire du dehors –, et, sur la base de cette connaissance, de le décrire ou analyser », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 79.

rapporter à une activité de simple observation des faits – sauf à admettre de n’être qu’une paraphrase des actes juridiques¹². Dans un monde de représentations, le recours au concept de vérité semble dès lors présenter un intérêt fort limité.

Ce constat ne peut toutefois être transposé en droit positif. Si, de façon très paradoxale, « notre époque semble comme obsédée par la vérité¹³ », le droit lui accorde aussi une très large place, au point que la vérité est présente dans pas moins de 21 codes juridiques. En témoignent notamment le droit mémoriel, la législation visant à réprimer les fausses informations en période électorale¹⁴, la place de la « vérité biologique » en droit de la filiation¹⁵, la recherche de la vérité de la déclaration du contribuable en matière fiscale, le « droit à la vérité » en droit international et européen¹⁶ ou encore l’exception de vérité (*exceptio veritatis*) comme moyen de défense dans l’action en diffamation.

Or, en dépit de cette présence significative, le concept de vérité, présenté comme l’un des « plus utilisés » et des « moins connus de la langue française et du langage judiciaire¹⁷ », souffre d’une très large indétermination. Et pour cause : Cornu la juge purement et simplement indéfinissable¹⁸. Le mystère de la vérité ne semble néanmoins guère intriguer la doctrine publiciste, qui demeure étonnamment silencieuse à ce sujet. Pour ainsi dire absent des études de droit public¹⁹, le thème de la vérité se montre au contraire très présent en droit privé, au point que le rapport annuel de la Cour de cassation de 2004 lui ait été consacré²⁰.

La philosophie – voire l’aléthologie – ne semble au surplus d’aucun secours pour appréhender la vérité juridique. Pire : elle aggrave les difficultés. Si l’on se réfère en effet à une présentation formulée par Leibniz, puis Hume, et reprise par Hannah Arendt, la « vérité de fait », c’est-à-dire « les événements et les circonstances²¹ », se distingue de la « vérité de raison », qui se rapporte à la connaissance, c’est-à-dire aux « vérités mathématiques, scientifiques et

¹² P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, 1997, p. 337.

¹³ S. KERNEIS, « Introduction. À quoi sert le jugement ? Une enquête historique autour du dire-vrai », *Clio@Themis, revue électronique d’histoire du droit*, n° 19, 2020 [en ligne].

¹⁴ Loi n° 2018-1202 du 28 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l’information.

¹⁵ D. BAUER, « La vérité en droit : concepts amis ou ennemis ? », *LPA*, n° 44, 1^{er} mars 2019, p. 4.

¹⁶ N. LE BONNIER, « L’émergence d’un droit à la vérité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme » in *La Vérité. Actes du colloque de l’École doctorale Droit et Science politique* (ED 461), Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2016 p. 29 ; P. NAFTALI, *La construction du « droit à la vérité » en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

¹⁷ G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, p. 19-20.

¹⁸ G. CORNU, « La vérité et le droit » in *L’art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 212.

¹⁹ Voir toutefois, O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, n° 18, 1993, p. 3 ; P. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe. Essais sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, 2008, p. 255-271 ; G. CAGNON, « Vérité et procès administratif. Lumières sur une œuvre originale du juge administratif » in *La Vérité. Actes du colloque de l’École doctorale droit et science politique* (ED 461), Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2016 p. 115.

²⁰ *La vérité*, Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, Paris, La Documentation française. Ce thème est justifié par le président de la Commission du Rapport par le fait que « sans la recherche de la vérité, il n’est pas de justice » et que « la vérité transcende tous les domaines du droit », *ibid.*, p. 37.

²¹ H. ARENDT, « Vérité et politique » in *La crise de la culture. Huit exercices de pensée politique*, Paris, Gallimard, 1972, p. 303.

philosophiques²² ». Or, la vérité juridique ne coïncide ni avec l'une ni avec l'autre. Elle ne peut, tout d'abord, se définir comme une « vérité de fait », puisque le droit peut ériger en vérité une fiction²³, voire un mensonge. Ainsi en est-il de l'ordonnance du 9 août 1944 *relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental*, promulguée par le Gouvernement provisoire de la République française au lendemain de la chute du régime de Vichy, dont l'article 1^{er} énonce que : « La forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit, celle-ci n'a pas cessé d'exister. » Ainsi en est-il également de certains principes juridiques, comme celui selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi », ou encore l'adage *infans conceptus* – c'est-à-dire la fiction selon laquelle l'enfant conçu sera considéré comme né chaque fois qu'il pourra en tirer avantage – formulé aux articles 311 et 725 du Code civil. La vérité juridique ne peut, ensuite, se définir comme une « vérité de raison », puisqu'elle est, dans le contexte positiviste dominant, le produit d'une décision humaine et non le résultat d'une démonstration scientifique. En définitive, la vérité en droit n'a rien de commun avec la vérité factuelle, scientifique ou historique.

La complexité du concept de vérité juridique s'explique également par sa nature protéiforme : elle peut en effet être légale, constitutionnelle, judiciaire ou plus largement juridictionnelle. Or, cette dernière, qui constitue l'objet de notre présente réflexion, revêt elle-même deux sens.

Dans une première acception, la vérité juridictionnelle se rapporte à l'activité par laquelle le juge recherche la réalité, la matérialité, des faits soumis à son examen. C'est ce que l'on désigne sous le terme de « vérité judiciaire²⁴ ». Cette signification est à l'évidence chargée d'une importance particulière en matière pénale pour l'établissement de la preuve²⁵, au point que la vérité a pu être présentée comme « l'objet fondamental de la recherche du juge²⁶ ». À cet égard, les articles 39-3 et 81 du Code de procédure pénale font explicitement référence à la « manifestation de la vérité » dans l'exercice de l'action publique et de l'instruction. La recherche de la vérité n'est néanmoins pas la seule finalité du procès pénal. Celle-ci doit en effet être conciliée avec d'autres considérations

²² *Ibid.*, p. 294.

²³ « Constitue une fiction toute solution de droit contraire à la réalité », G. WICKER, « Fiction » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 717. Stéphane Rials distingue à cet égard 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.

²⁴ M. VAN DE KERCHOVE, « Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ? », *Droit et Société*, n° 84, 2013, p. 411 et « La vérité judiciaire, quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? », *Déviance et société*, vol. 24, 2000, p. 95 ; Dossier : Vérité judiciaire, *Clio@Themis, revue électronique d'histoire du droit*, n° 19, 2020 [en ligne] ; G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, *op. cit.* ; J. ALLARD *et al.* (dir.), *La vérité en procès. Les juges et la vérité politique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2014.

²⁵ X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, n° 23, 1996, p. 31 et « D'une vérité l'autre. Brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », *Gaz. Pal.*, n° 203, 22 juillet 2010, p. 6 ; M. MEKKI, « Preuve et vérité en France » in *La preuve*. Travaux de l'association Henri Capitant, vol. LXIII, Paris-Bruxelles, LB2V-Bruylant, 2015, p. 827 ; M. GIORGI, M. LEBLOND, « La place de la vérité au sein du procès pénal » in *La Vérité*. Actes du colloque de l'École doctorale droit et science politique (ED 461), Faculté de droit et de science politique de Montpellier, 2016 p. 43.

²⁶ S. COTTA, « *Quidquid latet apparebit* : Le problème de la vérité du jugement », *APD*, t. 39, 1994, p. 212-222.

pragmatiques qui peuvent retarder, voire faire purement et simplement obstacle, à l'établissement de la vérité. Ainsi en est-il du principe de sécurité juridique au nom duquel sont fixés des délais de prescription ou encore du rejet de certains modes de preuve au nom du respect de l'égalité des armes. Au surplus, il est possible de nuancer cette quête de la vérité en matière pénale, puisque l'objectif est en définitive moins pour les parties de dire la vérité que de convaincre²⁷. Pour autant, la doctrine privatiste s'accorde à penser que « la nécessité juridique pour chaque juge de mettre un terme au litige dont il est saisi impose un sacrifice de l'idée de vérité », si bien que la vérité judiciaire se caractérise par une inéluctable « impureté²⁸ ».

Dans une seconde acception, qui sera ici retenue, la vérité juridictionnelle se rapporte à la *jurisdictio* à proprement parler ; au pouvoir de dire le droit. Elle se définit alors comme l'opération par laquelle le juge produit une vérité juridique, qui sera d'ordre « logique », et non « ontologique²⁹ ». Elle repose sur des fondements antivolontaristes, tendant à considérer que le juge ne dispose pas d'un pouvoir *discrétionnaire* et dont la finalité est de dépolitiser la fonction de juger. Conforme au « rejet principal d'un sol ontologique et d'un horizon axiologique³⁰ » du projet positiviste, l'autorité de la parole juridictionnelle ne se fonde alors pas sur sa qualité ou son contenu, mais sur le seul fait qu'elle émane d'un organe juridictionnel habilité à se prononcer³¹. Le positivisme juridique se transforme ainsi, dans sa version contemporaine, en une doctrine qui assure la promotion d'une forme d'État juridictionnel³² au sein duquel le juge serait seul capable d'échapper aux affres de la volonté. Ce faisant, il s'enferme dans une impasse théorique, puisqu'il doit concilier cette conception de la fonction de juger avec son propre socle volontariste.

On l'entrevoit déjà, la prétention à la vérité attribuée à la figure du juge soulève une interrogation fondamentale pour le juriste, qui tient à se demander si la vérité en droit ne serait pas, au fond, qu'un moyen d'asseoir l'autorité. Difficile, en effet,

²⁷ « Prouver consiste moins à établir la vérité qu'à convaincre le juge d'une vérité. Aussi bien en matière civile qu'en matière pénale, prouver c'est emporter la conviction du juge », M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », art. cité, p. 827.

²⁸ X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », art. cité, p. 32.

²⁹ « Vérité » in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 2^e éd., rééd. Paris, LGDJ, 2018, p. 639.

³⁰ S. GOYARD-FABRE, « L'illusion positiviste » in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 372.

³¹ Gregory Bligh analyse en ce sens les similitudes de la théorie hobbesienne avec la pensée de Kelsen et ses « disciples français », en relevant que ces derniers ont repris à leur compte le « concept hobbesien “d'interprétation authentique”, pour qualifier l'interprétation de l'organe officiel qui a valeur juridique (à la différence de toute autre interprétation qui n'est qu'*opinion*) », G. BLIGH, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 679-681.

³² Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à A. MANOUGUIAN, *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français. Étude d'un phénomène doctrinal*, Paris, Dalloz, 2022, p. 195-205. La doctrine française s'est étonnamment désintéressée de ce concept, qui permet pourtant, bien davantage que celui d'État de droit, de rendre compte de l'organe prépondérant au sein du système juridico-politique. Notons néanmoins une exception, puisque le concept d'État juridictionnel a été mobilisé par Olivier Beaud pour défendre l'idée absolument essentielle selon laquelle l'État de droit ne peut être envisagé indépendamment des institutions – en particulier 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, 2012, p. 81.

de ne pas déceler en arrière-fond de ce mythe une véritable stratégie argumentative, dès lors que présenter la parole du juge comme porteuse de vérité a pour conséquence de dissocier clairement le droit et la politique ; la vérité et la volonté. Le juge, réputé formuler un discours vrai, est ainsi présenté comme un « sage », si bien que le gouvernement des lois aurait succédé au gouvernement des hommes³³. Le constat formulé à cet égard par Idris Fassassi, à propos de la Cour suprême des États-Unis, est particulièrement éloquent :

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 fiction³⁴. [...] Même s'il s'agit largement d'une fiction [...], 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 lesquels repose son pouvoir*³⁵.

Mythe présenté comme une nécessité, voire comme une « hypocrisie acceptable³⁶ », la vérité juridictionnelle est dès lors un véritable enjeu de pouvoir, par cela même que « le gouvernement des lois reste toujours un gouvernement des hommes³⁷ ». La vérité se présente ainsi comme un voile qui dissimule la volonté juridictionnelle et, avec elle, le pouvoir politique du juge. Autrement dit, elle vise à opérer une dissociation radicale du droit et de la politique afin d'asseoir une légitimité rationnelle, concurrente de la légitimité politique. L'esquisse du tableau de ce mythe de la vérité (I) laisse alors découvrir un paysage juridique où le pouvoir juridictionnel se trouve renforcé (II).

³³ « 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 », I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris, Dalloz, 2005, p. 253.

³⁴ I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017, p. 513. Nous soulignons.

³⁵ *Ibid.*, p. 624-625. Nous soulignons. Stéphane Rials affirmait également que « 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 », S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », art. cité, p. 167.

³⁶ 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.

³⁷ O. JOUANJAN, « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, n° 22, 2019, p. 12-13.

I. L’AFFIRMATION D’UN MYTHE

Par-delà ses multiples significations philosophiques³⁸, le mythe se définit communément, dans l’une de ses acceptions, comme « la représentation qu’un ensemble d’individus, en fonction de ses croyances, de ses valeurs, se fait d’une période, d’un fait, d’une idée, d’un personnage³⁹ ». Or, la représentation de la parole juridictionnelle comme parole de vérité se traduit sous de multiples formes (A) et vise, *in fine*, à asseoir la supériorité de la production juridictionnelle sur les autres formes de production du droit, en particulier celles de nature ouvertement politiques (B).

A. Les manifestations du mythe de la vérité

Parmi les diverses manifestations du mythe de la vérité, il est possible de distinguer celles qui sont formulées de manières implicites (1) de celles qui se montrent plus explicitement (2).

1. Les manifestations implicites

Les manifestations implicites du mythe tiennent à une *mise en scène contentieuse* du dogme de la vérité⁴⁰, autrement dit à un ensemble de mécanismes contentieux permettant de croire à l’existence d’une solution unique que le juge ne ferait que découvrir⁴¹.

1) La motivation lacunaire

La première manifestation implicite du mythe de la vérité tient à la motivation lacunaire de certains juges, en particulier du juge constitutionnel. Si la motivation consiste à exprimer les « considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision⁴² », une grande majorité de la doctrine considère que le Conseil constitutionnel, en dépit de la réforme du mode de rédaction de ses décisions en 2016 – se limitant, du reste, à un changement de style – « ne motive toujours pas ses décisions⁴³ ». La « manière française de rendre la justice constitutionnelle », souligne ainsi Denis Baranger, se caractérise par une « motivation faible⁴⁴ », le juge constitutionnel se contentant en effet la plupart du temps de procéder par affirmation. Par exemple, pour « motiver » la violation de la procédure constitutionnelle exigée lors de l’adoption de la loi organique d’urgence

³⁸ Voir notamment, parmi une vaste quantité de sources, G. GUSDORF, « Mythe et philosophie », *Revue de Métaphysique et de Morale*, n° 2, 1951, p. 171 ; G. VAN RIET, « Mythe et vérité », *Revue philosophique de Louvain*, 1960, Vol. 58, p. 15 ; R. BARTHES, *Mythologies*, Paris, Éditions du Seuil, 1957 ; J.-F. MATTÉI, *Platon et le miroir du mythe. De l’Âge d’or à l’Atlantide*, Paris, PUF, 1996.

³⁹ « Mythe », *Dictionnaire de l’Académie française*, 9^e éd., 2019, [en ligne].

⁴⁰ A. MANOUGUIAN, *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français. Étude d’un phénomène doctrinal*, *op. cit.*, p. 300.

⁴¹ S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l’hésitation du constitutionnalisme », art. cité, p. 167.

⁴² Article L. 211-5 du Code des relations entre le public et l’administration.

⁴³ W. MASTOR, *L’art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, Paris, Dalloz, p. 131.

⁴⁴ D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 2-16 [en ligne].

pour faire face à l'épidémie de covid-19, le Conseil constitutionnel se contente d'affirmer :

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 Constitution⁴⁵.

Ce mode de rédaction est au surplus récurrent lorsque le juge crée – ou « découvre » – le principe qu'il applique : faisant fi de toute explication, il se borne habituellement à affirmer, à partir de l'interprétation d'une disposition constitutionnelle, qu'il en découle que telle ou telle notion juridique « est un principe à valeur constitutionnelle⁴⁶ ».

De manière générale, « 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 opérés⁴⁷ ». Les commentaires des décisions rédigés par le secrétariat général du Conseil constitutionnel ne font, du reste, qu'aggraver ce constat ; leur existence permettant à elles seules de révéler l'insuffisance de la motivation de la décision elle-même⁴⁸.

Or, ce type de rédaction témoigne de la manière dont le juge conçoit son office. En effet, la motivation « 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 juge⁴⁹ ». En motivant peu ses décisions, le juge formule ainsi implicitement une prétention à la vérité. Le raisonnement syllogistique – qualifié lui aussi de « mythe⁵⁰ » – revêt ainsi une « importance politique⁵¹ » et permet de considérer que la décision juridictionnelle est un acte de connaissance et non de volonté⁵².

⁴⁵ Cons. const., 26 mars 2020, n° 2020-799 DC, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, JORF n° 0078 du 31 mars 2020, texte n° 5.

⁴⁶ Voir notamment, 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 ; Cons. const., 6 juillet 2018, n° 2018-717/718 QPC, *M. Cédric H. et autre*, JORF du 7 juillet 2018, texte n° 107.

⁴⁷ 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. 10-11 [en ligne].

⁴⁸ Voir notamment pour une critique doctrinale de ces commentaires, F. ROLIN, « Pour un "discours sur la méthode" du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », *AJDA*, 2010, p. 2384 ; D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 34-36 [en ligne] ; J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », art. cité, p. 4 [en ligne] ; W. MASTOR, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, op. cit., p. 114-115.

⁴⁹ D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », art. cité, p. 3 [en ligne].

⁵⁰ M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel » in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 189.

⁵¹ P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n° 39, 2004, p. 197.

⁵² 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, 2013, p. 535.

La motivation lacunaire serait dès lors une manifestation de l'impartialité du juge, marquant la frontière entre le droit et la politique. Cette posture s'observait d'ailleurs déjà sous l'Ancienne France, puisque les parlements, dès le XIV^e siècle et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, ne se préoccupaient pas de motiver leurs arrêts⁵³. En tant que « prêtres de la justice », ils se présentaient en effet comme « les interprètes des Écritures » chargés de dévoiler la vérité divine⁵⁴.

Pourtant, loin de masquer la volonté qui s'exprime dans l'acte de juger, la motivation lacunaire la renforce paradoxalement, puisque la spécificité de la décision politique tient souvent à la capacité de l'autorité compétente à opérer des choix discrétionnaires. Au surplus, la décision juridictionnelle peu motivée apparaît bien davantage comme un acte d'autorité, qui à ce titre ne nécessiterait pas d'explication pour s'imposer, que comme un acte reposant sur des motifs rationnels.

2) Le secret du délibéré

Le mythe de la vérité se manifeste également implicitement dans la règle du secret du délibéré, qui s'impose depuis le XIV^e siècle⁵⁵ à tous les juges : administratif⁵⁶, judiciaire⁵⁷ et constitutionnel⁵⁸. Ce « principe général du droit public français⁵⁹ » signifie que les délibérations précédant les décisions juridictionnelles ne peuvent être rendues publiques pendant un délai singulièrement long – 25 ans pour le juge constitutionnel, depuis la loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 *relative aux archives du Conseil constitutionnel* ; 75 ans pour les juges ordinaires.

Cette règle interdit également aux juges de communiquer leurs positions personnelles vis-à-vis des décisions rendues collégialement par la juridiction, ce qui explique notamment le rejet des opinions séparées ou dissidentes. Les décisions juridictionnelles doivent ainsi offrir une apparence d'unanimité, et non dévoiler les oppositions et controverses qui peuvent précéder leur adoption. Au fond, tout se

⁵³ 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. 225.

⁵⁴ G. BIGOT, « Histoire de la motivation en droit public français » in S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, 2013, p. 48

⁵⁵ La règle du secret du délibéré figure déjà dans le *Style de la chambre des enquêtes du Parlement* en 1336-1337 et sera confirmée, en 1344, par une ordonnance de Philippe de Valois. V. S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », art. cité, p. 231 ; N. FRICERO, « Délibérations des juges : entre secret et transparence », *Les Cahiers de la Justice*, 2014, n° 3, p. 415-416.

⁵⁶ Article L. 8 du Code de justice administrative : « le délibéré des juges est secret. »

⁵⁷ Article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « 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" » ; Article 448 du Code de procédure civile : « Les délibérations des juges sont secrètes. »

⁵⁸ 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. »

⁵⁹ CE, 17 novembre 1922, *Légillon*, Rec. p. 849.

passer comme si « envisager même des variations de la vérité serait proprement hérétique⁶⁰ ». À cet égard, la comparaison entre les systèmes de *common law* et de *civil law* est remarquable :

Dans le système juridique anglo-américain, le juge écrit à la première personne du singulier et il peut signer nominalement le jugement, car celui-ci exprime son opinion. Sans doute il lui appartient d'énoncer une vérité mais celle-ci n'a pas valeur absolue dans la mesure où l'élaboration du jugement consiste à confronter des récits, à évaluer leurs degrés de vraisemblance en fonction des preuves sur lesquelles ils s'appuient [...]. Dans la tradition civiliste, le juge parle au nom de la loi ou du peuple français, il n'a pas d'incarnation et use du pluriel de majesté [...]. Le juge français doit certes motiver sa décision mais, contrairement à son homologue de *common law*, il n'a pas à se justifier de l'application qu'il fait de la règle de droit et son exposé doit être concis⁶¹.

Cette règle du secret repose donc en définitive sur le présupposé selon lequel le juge ne procède pas à un *choix* entre des opinions contradictoires, mais révèle une solution évidente – « l'unique bonne réponse » (« *one right answer* ») dirait Dworkin⁶². Elle permet alors, *ipso facto*, d'asseoir l'autorité de la chose jugée.

2. Les manifestations explicites

Le principe de l'autorité de la chose jugée⁶³ a longtemps été fondé, en droit civil, sur une « présomption de vérité légale⁶⁴ » ; présomption de nature irréfragable. Par la suite, ce principe a été conçu comme une « force de vérité légale ». L'adage *res judicata pro veritate accipitur*⁶⁵ (la chose jugée est tenue pour vérité) a alors donné l'occasion à la doctrine privatiste de s'interroger sur les fondements de l'autorité et sur la « fiction » consistant à considérer que le jugement est « tenu pour vrai⁶⁶ ». De fait, l'autorité de la chose jugée – doctrinalement étendue à l'autorité de la chose interprétée⁶⁷ – ne repose pas sur le présupposé selon lequel les décisions juridictionnelles seraient *vraies*, mais se fonde sur l'idée selon laquelle elles sont *tenues pour vraies*. En ce sens, le doyen Carbonnier, commentant cet adage, soutenait que « le droit y fait l'aveu

⁶⁰ S. KERNEIS, *La justice en vérité. Une histoire romaine du dire-vrai*, Paris, Dalloz, 2022, p. 25. Voir également W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris, Economica-PUAM, 2005.

⁶¹ S. KERNEIS, *La justice en vérité. Une histoire romaine du dire-vrai*, op. cit., p. 24-25.

⁶² R. DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994 ; *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995 ; « Les contraintes argumentatives dans l'interprétation juridique. Y a-t-il une bonne réponse en matière d'interprétation juridique ? » in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p. 227. Comme le relève Philippe Raynaud, la théorie dworkinienne de la « bonne réponse » suppose « que la décision du juge est avant tout une question de vérité », P. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe. Essais sur le nouvel âge du droit*, op. cit., p. 255.

⁶³ Ce principe figure aux articles 1355 du Code civil et 480 du Code de procédure civile.

⁶⁴ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Paris, Dalloz, 36^e éd., 2022, p. 890.

⁶⁵ Digeste, 50. 17. 207 ; G. HANARD, « *Res iudicata pro veritate habetur* : la naissance d'un concept », *Cahiers du Centre de recherches en histoire du droit et des institutions*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1995, p. 15.

⁶⁶ « La vérité judiciaire est une fiction interne au droit, le jugement ne dit pas le vrai, il est réputé dire le vrai », S. KERNEIS, « Introduction. À quoi sert le jugement ? Une enquête historique autour du dire-vrai », art. cité, [en ligne].

⁶⁷ M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2010.

hautain de l'irréalité de son univers : la chose jugée n'est pas la vraie vérité ; elle est reçue (*accipitur*) par le bon peuple pour tenir lieu de vérité (*pro veritate*). Il le faut bien⁶⁸ ».

Encore une fois, ce mythe est présenté comme nécessaire, si bien qu'une partie de la doctrine privatiste a beau déplorer « la difficulté à rompre avec un mythe bien ancré depuis le droit romain », elle reconnaît néanmoins que « la croyance (plus ou moins fictive) dans la vérité du jugement est supposée mieux garantir le respect du jugement par tous⁶⁹ ». Autrement dit, « l'autorité de chose jugée remplit [...] une fonction politique : la vérité judiciaire renfermée dans le jugement s'écarte parfois de la vérité matérielle⁷⁰ ». La réforme du Code civil, issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* et ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, a d'ailleurs récemment retiré l'autorité de la chose jugée de la liste des présomptions légales⁷¹, ce qui a pu être perçu par la doctrine civiliste comme « un premier pas vers la reconnaissance du caractère artificiel des liens entre vérité et autorité de la chose jugée⁷² ». Ce lien persiste néanmoins, ce qui soulève des interrogations sur le rôle exercé par ce mythe.

B. La fonction du mythe de la vérité

Le mythe repose sur une vision idéalisée de la réalité qui, pour exister, doit reposer sur une adhésion. La fonction qui lui est attribuée varie grandement selon les auteurs et les écoles philosophiques : fonction étiologique, symbolique, sociale, culturelle, etc. S'agissant du mythe de la vérité juridictionnelle, il nous semble possible de soutenir qu'elle possède une fonction de légitimation des décisions juridictionnelles. Plus fondamentalement, ce mythe permet d'asseoir la supériorité de la parole juridictionnelle sur la parole politique.

Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois (1) et le droit mémoriel (2) offrent deux exemples frappants de la singulière prépondérance de la vérité juridictionnelle sur la volonté politique.

1. L'idéal de la parole juridictionnelle dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois

De manière évidente, la justification du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois tend à faire primer la parole juridictionnelle sur la parole législative. La volonté, fût-elle générale, ne saurait échapper, dans un État de droit digne de ce nom, au contrôle du juge. Tel est bien le sens du fameux *obiter dictum* du Conseil constitutionnel selon lequel « la loi votée [...] n'exprime la volonté

⁶⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. 1, Paris, PUF, 2004, p. 371.

⁶⁹ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, op. cit., p. 891.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ L'ancien article 1350 du Code disposait en effet : « La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont : [...] L'autorité que la loi attribue à la chose jugée. » Or, le nouvel article 1354 du Code civil ne fait plus mention, s'agissant d'une telle présomption, de l'autorité de la chose jugée.

⁷² C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER, S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, op. cit., p. 891.

générale que dans le respect de la Constitution⁷³ ». Ajoutons néanmoins : dans le respect de la Constitution jurisprudentielle⁷⁴, autrement dit de la Constitution interprétée par le juge. Comme le soutenait Charles Eisenmann, l'intérêt de la justice constitutionnelle concentrée entre les mains d'une seule juridiction tient à ce qu'« il n'y aura jamais, à un moment donné, pour l'État tout entier, qu'une vérité constitutionnelle, une seule⁷⁵ ».

Comment pourrait-on justifier le contrôle de constitutionnalité des lois autrement ? Il serait en effet difficile d'imaginer que la volonté des représentants, réputée « générale », puisse être limitée par la volonté de quelques juges. Aussi est-ce pour cela que l'on oppose à la volonté générale une vérité juridictionnelle, comme si le pouvoir juridictionnel était le seul, parmi les organes constitués, à être en mesure d'endosser le rôle de « pouvoir neutre⁷⁶ ».

Cette thèse, visant à dresser une frontière étanche entre le droit et la politique, est propre à la légitimation de la justice constitutionnelle par la doctrine française et se distingue paradoxalement – bien qu'on lui en attribue la paternité – de la vision kelsénienne de la fonction juridictionnelle. À rebours du phénomène doctrinal de juridictionnalisation du droit constitutionnel français à l'époque contemporaine, qui repose sur une « croyance idéologique » de « la nature non politique de la fonction du juge⁷⁷ », Kelsen refusait d'admettre qu'une différence de nature existait entre la fonction judiciaire et les fonctions politiques :

En autorisant le juge, à l'intérieur de certaines limites, à trancher entre des intérêts contradictoires et à résoudre un conflit au profit de l'un ou de l'autre, le législateur lui confère une compétence de création du droit et donc un pouvoir qui donne à la fonction judiciaire ce même caractère « politique » qu'au pouvoir législatif, même si celui-ci s'exerce dans une plus large mesure. Entre le caractère politique de la législation et celui de la justice, il n'y a qu'une différence quantitative et non qualitative⁷⁸.

La généalogie du mythe de la vérité juridictionnelle dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois n'est donc pas à rechercher dans l'Autriche de la première moitié du XX^e siècle ; elle remonte en réalité à la rhétorique antivolontariste des parlements sous l'ancienne France. Cette dernière reposait en

⁷³ 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. Voir là-dessus P. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, 2001.

⁷⁴ A. MANOUGUIAN, *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français. Étude d'un phénomène doctrinal*, op. cit., p. 207-220.

⁷⁵ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], rééd., Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1986, p. 292.

⁷⁶ Ce que critiquait précisément Carl Schmitt dans sa défense d'un gardien politique de la Constitution en la personne du chef de l'État, 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 contre Schmitt*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2007, p. 50-51. Voir notamment sur la théorie du pouvoir neutre chez Benjamin Constant, P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e – XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, Paris, LGDJ, 2011, p. 441-450.

⁷⁷ I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, op. cit., p. 253.

⁷⁸ H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Paris, Michel Houdiard, 2006, p. 75-76.

effet sur une doctrine d'hétéro-limitation de la souveraineté royale⁷⁹ visant, par la vérification des lois, à tempérer la monarchie. La ruse des parlementaires fut néanmoins de ne pas présenter une telle limitation comme exogène, mais endogène. Autrement dit, la limitation de la souveraineté par les cours ne consistait pas à opposer leurs volontés à celle du Roi, ni à se poser comme des « tiers », puisqu'elles se considéraient comme une émanation même de la Couronne⁸⁰. Contre ce qu'elles dénonçaient comme « le système de la seule volonté⁸¹ », ces dernières prétendaient opposer des vérités fondamentales. Comme le souligne 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)⁸² ». Le Souverain participait, du reste, très largement à cette fiction :

Quand le législateur veut manifester ses volontés – admonestait Louis XV dans un lit de justice tenu à Versailles en 1770 –, 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 vérité⁸³.

Ce mythe fut par la suite perpétué par Sieyès en l'an III, lors des débats révolutionnaires sur le jury constitutionnaire, au cours desquels l'abbé défendait l'idée selon laquelle « une constitution n'est point une transaction entre des volontés arbitraires. Tout découle des droits de l'homme et y aboutit par un enchaînement de vérités nécessaires⁸⁴ ».

Comme les parlementaires de l'Ancien Régime, qui avaient une « conception antivolontariste » du droit⁸⁵, comme le Sieyès de 1795, marqué par un « antivolontarisme saisissant⁸⁶ », une partie de la doctrine constitutionnaliste contemporaine perpétue le mythe d'une parole juridictionnelle purifiée des aléas de la volonté.

⁷⁹ Comme l'a démontré Olivier Beaud, une telle conception heurte la souveraineté bodinienne, une dans son principe comme dans son exercice. Voir O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994.

⁸⁰ Il s'agit de la doctrine de « l'union des classes », fondée sur un discours de Michel de l'Hospital le 7 septembre 1560, formulée par la suite par l'avocat Louis Adrien Le Paige et reprise par le Parlement de Paris dans ses remontrances du 22 août 1756. Cette doctrine signifie que les parlements ne sont que « des démembrements » de l'autorité royale ne formant qu'un seul et même corps, 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 I, Quatrième lettre, Amsterdam, 1753, p. 153. Voir également F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 6^e éd., 2019, p. 359.

⁸¹ Parlement de Paris, *Arrêté du 3 mai 1788* in J. FLAMMERMONT, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*. Tome III, 1768-1788, Paris, Imprimerie nationale, 1898, p. 745.

⁸² F. SAINT-BONNET, « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel *a priori* des lois du roi », *CCC*, n° 24, 2008 [en ligne].

⁸³ 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.

⁸⁴ E.-J. SIEYÈS, *Bases de l'ordre social ou série raisonnée de quelques idées fondamentales de l'État social et politique (an III)*, in P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, p. 181.

⁸⁵ E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, 2010, p. 45.

⁸⁶ S. RIALS, « Sieyès ou la délibération sans la prudence. Éléments pour une interprétation de la philosophie de la Révolution et de l'esprit du légicentrisme », *Droits*, n° 13, 1991, p. 128.

2. L'idéal de la parole judiciaire dans le cadre du droit mémoriel

Le deuxième exemple de la prépondérance de la vérité juridictionnelle sur la vérité politique est celui du droit mémoriel, qui pose plus largement la question – qui dépasse le cadre de cette réflexion – des rapports du droit à la vérité historique.

En ce qui concerne plus spécifiquement la législation mémorielle, la question de la vérité se pose de manière cruciale s'agissant des lois mémorielles répressives, c'est-à-dire celles qui répriment la contestation de faits juridiquement reconnus et établis. Portant une atteinte substantielle à la liberté d'expression, la constitutionnalité de ce type de loi dépend, pour le Conseil constitutionnel, de la source juridique à l'origine de l'établissement de la vérité historique officielle. Seule peut en effet être réprimée la négation de faits historiques établis par une juridiction – française ou internationale – à l'exclusion de ceux établis par le législateur. Ainsi, alors que le génocide arménien de 1915 est reconnu par la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001, les crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale ont été reconnus par le statut du tribunal militaire international de Nuremberg. Cette distinction explique que le Conseil constitutionnel ait prononcé, en 2012, l'inconstitutionnalité de la loi réprimant la contestation du génocide arménien⁸⁷, tandis que la constitutionnalité de la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 *tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, dite « loi Gayssot », fut justifiée en 2016 par le fait que « la négation de faits qualifiés de crimes contre l'humanité par une décision d'une juridiction française ou internationale reconnue par la France se différencie de la négation de faits qualifiés de crimes contre l'humanité par une juridiction autre ou par la loi⁸⁸ ».

Ainsi, non seulement le mythe permet de faire primer la vérité juridique sur la volonté politique mais, au surplus, en matière historique, parmi les différentes formes de vérités juridiques, seule semble pouvoir être réprimée la négation d'une vérité judiciaire, à l'exclusion de toute vérité légale.

Ces différentes manifestations du mythe de la vérité juridictionnelle ne sont pas sans conséquences, puisqu'elles permettent de dissimuler l'existence d'un pouvoir.

II. LA DISSIMULATION D'UN POUVOIR

« Tout pouvoir politique, même le plus légitime et le plus consenti dans son principe, comporte une combinaison d'autorité et de pouvoir de domination⁸⁹ », écrivait Maurice Hauriou. Or, ne serait-il pas possible de reconnaître que le juge détient un tel pouvoir politique ? Le mythe de la vérité voile en effet l'existence d'un véritable pouvoir, c'est-à-dire d'un discours de volonté (A). Ce faisant, il renforce paradoxalement le pouvoir juridictionnel, fondé sur une légitimité posée comme rationnelle (B).

⁸⁷ Cons. const., 28 février 2012, n° 2012-647 DC, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi* (cons. 6), *JORF* du 2 mars 2012, p. 3988.

⁸⁸ Cons. const., 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC, *M. Vincent R.* (cons. 10), *JORF* du 10 janvier 2016, texte n° 20.

⁸⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, rééd. Paris, Dalloz, 2015, p. 27.

A. La volonté juridictionnelle voilée par le mythe de la vérité

« 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 raison⁹⁰. » Si, à l'instar de Michel Troper, la doctrine se rallie désormais, dans sa grande majorité, à l'idée selon laquelle tout juge dispose d'un pouvoir d'interprétation juridictionnelle⁹¹ – plus ou moins important selon les cas –, la nature politique d'un tel pouvoir est toutefois d'ordinaire niée. En ce sens, Jean-Marie Denquin dénonce « 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'explicitier⁹² ».

L'opportunité d'entretenir le mythe d'une vérité juridictionnelle qui s'exprimerait dans toute sa pureté juridique tient, de toute évidence, au fait qu'il fonde la légitimité de la décision du juge, entendu au sens wébérien de « croyance en la légalité⁹³ » de cette dernière. Autrement dit, ce mythe est un argument de légitimation.

Pourtant, ce qui marque spécifiquement l'acte politique est bien la décision, entendue comme une liberté de choix, autrement dit comme la manifestation d'un pouvoir discrétionnaire encadré par une compétence s'agissant d'un organe constitué. Ainsi que le précise Paul Bastid :

Une décision politique 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 politique⁹⁴.

Entre « la discrétionnalité nulle, c'est-à-dire la compétence liée » et « la discrétionnalité totale », c'est-à-dire le pouvoir souverain⁹⁵, le pouvoir juridictionnel dispose d'une discrétionnalité élevée. En ce sens, le juge, même s'il ne décide pas de décider, dispose bien d'un pouvoir politique. Kelsen lui-même, ardent défenseur du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, considérait à cet égard que la seule manière de réduire le pouvoir politique des tribunaux était de limiter leur marge d'appréciation dans l'interprétation juridictionnelle, ce qui suppose que « les normes constitutionnelles ne doivent pas être rédigées dans des termes trop généraux », singulièrement s'agissant des « droits fondamentaux⁹⁶ ».

⁹⁰ M. TROPER, « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 186.

⁹¹ L'École de l'exégèse fut en effet disqualifiée par 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.

⁹² 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].

⁹³ M. WEBER, *Économie et société. 1. Les catégories de la sociologie*, Paris, Plon, 1971, rééd. Pocket, 1995, p. 286.

⁹⁴ P. BASTID, *Les grands procès politiques de l'histoire*, Paris, Fayard, 1962, p. 11.

⁹⁵ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Tome II, Paris, LGDJ, 1983, rééd. 2014, p. 313.

⁹⁶ H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, op. cit., p. 86.

Pour autant, tout juge opère *a minima* une qualification juridique des faits ; or la qualification juridique se rattache « à la problématique de la *vérité du droit*⁹⁷ ». Ce qui distingue néanmoins une qualification juridique d'une appréciation non juridique, qu'elle soit « d'ordre moral, politique, religieux, esthétique, etc. », c'est « le simple critère *formel* de la compétence institutionnelle de celui qui procède à la qualification⁹⁸ ». Autrement dit, la qualification est dite juridique parce qu'elle a été adoptée par un organe compétent pour formuler une telle qualification. Selon le positivisme formaliste, en effet, le contenu du droit importe peu : seule compte en définitive l'autorité qui l'a édicté selon les formes prescrites par le droit⁹⁹. Il ne pourrait, du reste, pas en être autrement puisque, « 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'elle¹⁰⁰ ». En ce sens, Olivier Cayla affirme de manière décisive :

Qu'ainsi toute qualification se ramène à un fondamental acte d'*évaluation*, c'est-à-dire consiste à *donner le nom* non pas qui « *revient* » à la chose, mais que « *mérite* » la chose, ou encore qui « *convient* » non pas à la chose elle-même, mais au sort qu'on *veut* lui faire subir en vertu de déterminations foncièrement politiques¹⁰¹.

Le contenu du droit, souligne l'auteur, ne peut dès lors qu'être fatalement « *impur* », si bien que seule « l'autorité étatique de son auteur » est en mesure de lui conférer son caractère juridique¹⁰² :

À vrai dire, on ne soulève cette hypothèse impie qu'avec la sécurité d'un renfort doctrinal plus que consistant : il y a longtemps que la démonstration n'a plus à être apportée de l'inanité du modèle syllogistique de la logique formelle pour rendre compte des déterminations qui ont réellement cours dans le raisonnement juridique, et l'on sait que la solution d'un cas est le plus souvent, pour des raisons de bonne « *politique* » jurisprudentielle, arrêtée d'avance, quitte à se préoccuper après coup seulement de la qualification des faits qui s'ajuste le mieux au résultat souhaité, sans parler même de la possibilité de créer prétorieusement le régime juridique qui favorisera, par son application au cas, l'obtention d'un tel résultat, si d'aventure il n'est pas déjà disponible dans le droit en vigueur¹⁰³.

Partant, aussi fondée en vérité soit-elle, la décision juridictionnelle est d'abord un acte d'autorité – ce dont le principe de l'autorité de la chose jugée témoigne explicitement. Or, comme le soutenait Paul Ricœur, la vérité est avant tout un accord¹⁰⁴ : elle est de l'ordre de la connaissance, et non de l'autorité. En ce sens, il est théoriquement impossible d'apporter la preuve de la vérité ou de la fausseté d'une décision : « un discours qui admet une norme de vérité est scientifique ou religieux », rappelle Jean-Marie Denquin, or « le domaine où s'exerce l'office du

⁹⁷ O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », art. cité, p. 4.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 9.

⁹⁹ M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, rééd. Paris, Dalloz, 2001, p. 222.

¹⁰⁰ 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, 2011, p. 97.

¹⁰¹ O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », art. cité, p. 9-10.

¹⁰² *Ibid.*, p. 10.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 9.

¹⁰⁴ P. RICŒUR, *Histoire et Vérité*, Paris, Éditions du Seuil, 1967, p. 188-189.

juge n'est, officiellement, ni scientifique ni religieux¹⁰⁵ ». De fait, le paradoxe du positivisme français contemporain tient à ce qu'il défend une vision antivolontariste du droit ; ceci alors même qu'il repose traditionnellement sur une vision hobbesienne exaltant la volonté humaine.

Comment, dès lors, ne pas songer à Hobbes, dont la célèbre formule, « *auctoritas, non veritas, facit legem*¹⁰⁶ » visait à différencier le savoir « des docteurs, des écrivains », dont « les doctrines peuvent être vraies », de l'autorité politique, qui est seule fondatrice du droit¹⁰⁷ ? À l'opposé de Platon qui concevait la vérité comme un heureux moyen de limiter le pouvoir politique, le philosophe anglais la percevait comme un obstacle dangereux à l'exercice de la souveraineté¹⁰⁸ et entendait ainsi délester le pouvoir politique des théories visant à le fonder sur la parole du juge – fût-il sage ou philosophe – ou de l'Église.

En définitive, cette formule hobbesienne ne nous conduit-elle pas inéluctablement à dresser le constat selon lequel le pouvoir juridictionnel sort renforcé par le mythe de la vérité ?

B. Le pouvoir juridictionnel renforcé par le mythe de la vérité

Aussi hardie soit-elle, la thèse de l'affermissement du pouvoir juridictionnel par le mythe de la vérité trouve sa source dans une affirmation formulée par Philippe Raynaud, selon laquelle « 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 interprétation¹⁰⁹ ». Ne pouvant être fondée sur des critères de légitimation démocratiques, la place prépondérante prise par le juge se justifie par la sagesse et la rationalité de ses décisions. Cette conception libérale n'est, du reste, pas nouvelle : Guizot, par exemple, fustigeait déjà au début du XIX^e siècle le règne de la volonté afin de promouvoir une « souveraineté de la raison, de la justice, du droit¹¹⁰ ».

Sous la V^e République, les défenseurs du mouvement de juridictionnalisation du droit constitutionnel considèrent, à l'image du doyen Favoreu, que le gardien politique « doit s'incliner devant le gardien juridictionnel¹¹¹ ». Fidèle à une conception multimillénaire de la justice destinée à exalter la sagesse, la vertu et la

¹⁰⁵ J.-M. DENQUIN, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, 2008, p. 3 [en ligne].

¹⁰⁶ T. HOBBS, *Leviathan*, version latine, in *Opera Philosophica*, éd. W. Molesworth, Londres, John Bohn, 1841, T. III, p. II, chap. XXVI, p. 202.

¹⁰⁷ T. HOBBS, *Leviathan*, Paris, Dalloz, 1999, p. 295, note 81.

¹⁰⁸ Voir en ce sens J. ALLARD, « Vérité contre politique, vérité comme politique : que fait le juge ? », in J. ALLARD et al. (dir.), *La vérité en procès. Les juges et la vérité politique*, LGDJ, 2014, p. 307-311.

¹⁰⁹ 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, 1993, p. 114.

¹¹⁰ « 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, voir J. HUMMEL, « Guizot, théoricien de la légitimité », *RDJ*, 2006, p. 904 et P. PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVII^e-XIX^e siècle). Les discours, les organes et les procédés juridiques*, op. cit., p. 450-454.

¹¹¹ L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, p. 112.

vérité – de la déesse égyptienne Maât au Roi Salomon, de saint Louis aux parlements de l'ancienne France –, le juge du XXI^e siècle serait doté d'une Raison juridictionnelle capable de tempérer les ardeurs du pouvoir politique.

Le renforcement du pouvoir juridictionnel marque ainsi l'avènement d'un État juridictionnel, qui se caractérise par une primauté de la fonction juridictionnelle dans l'ordre juridique. À l'instar de l'État de justice promu par les parlementaires de l'ancienne France, qui – ainsi que nous l'avons souligné – se posaient en ennemis de la volonté¹¹², l'État juridictionnel oppose de manière factice la vérité du juge à la volonté politique. Au fond, la politique est moins « saisie par le droit », selon une formule désormais usuelle, que par le *juge*.

L'État juridictionnel conduit alors à repenser les rapports historiques entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir politique¹¹³. En effet, à partir du XVII^e siècle, « l'interprétation quitte le domaine de la science pour entrer dans la sphère de la politique¹¹⁴ ». Benoît Frydman soutient en ce sens que la rupture de la raison et de l'autorité a eu pour effet de contraindre l'interprète « 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 spéculative¹¹⁵ ». Or, la juridictionnalisation du droit de la seconde moitié du XX^e siècle va opérer une nouvelle transformation dans la conception de la fonction de juger.

Pour autant, il n'est pas envisageable d'expliquer le renforcement du pouvoir juridictionnel par le mythe de la vérité juridictionnelle en inversant la formule de Hobbes, pour considérer que c'est la vérité, et non l'autorité qui fait la loi. En revanche, si le *dispositif* d'une décision de justice est l'expression d'une puissance – puissance pouvant, le cas échéant, être assortie de la possibilité de recourir à l'exécution forcée des décisions assorties d'une formule exécutoire – ne pourrait-on pas voir dans ses *motifs* l'*auctoritas* permettant de justifier l'obéissance ?

Le doyen Carbonnier l'affirmait sans ambages :

Ce qui donne au jugement sa pleine valeur, sa supériorité sur l'accommodement que pourrait tenter entre deux querelleurs un passant de bonne volonté, ce n'est pas d'être conforme à la vérité absolue (où est la vérité ?) – c'est d'être revêtu par l'État d'une force particulière qui interdit de le remettre en question, parce qu'il faut une fin aux litiges (autorité de la chose jugée)¹¹⁶.

¹¹² « 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 [...]. 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 », E. LEMAIRE, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, 2010, p. 119.

¹¹³ Il ne nous semble néanmoins pas vain de souligner que tous deux sont des pouvoirs étatiques ; car si la violation du droit par l'État est proclamée 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 », M. WALINE, *L'individualisme et le Droit* [1949], Paris, Dalloz, 2007, p. 406-407.

¹¹⁴ B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2011, p. 295.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 24-25.

¹¹⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. 1, Paris, PUF, 2004, p. 366.

En définitive, il semble alors possible de renverser complètement la perspective hobbesienne en affirmant, s'agissant du pouvoir juridictionnel, que c'est la vérité qui fait l'autorité : *veritas facit auctoritatem*.

La difficulté d'une telle évolution tient néanmoins à ce que, en démocratie, l'autorité est fondée sur le consentement, l'adhésion : c'est le sens de la légitimité politique. Or, la prétention à la vérité semble ici servir de fondement à un autre type d'autorité, faisant ainsi émerger une légitimité rationnelle, concurrente de la première.

*
**

En dernière analyse, si la vérité se laisse percevoir comme un acte d'autorité dissimulé, le constat que dressait Michel Villey selon lequel le volontarisme serait devenu « l'âme de nos constitutions¹¹⁷ » demeurerait valable, à condition d'ajouter qu'il est l'âme *masquée* de nos constitutions. Toutefois, le lien consubstantiel, souligné par Jacques Ellul, entre droit positif et valeur¹¹⁸, montre que le droit ne peut être porteur de vérité ; les valeurs étant par nature relatives. Aussi conviendrait-il de repenser le rôle de la vérité juridique.

Mais qu'est-ce que la vérité juridique ? À sa sortie du bague, Dostoïevski écrivit :

si quelqu'un me prouvait que le Christ est hors de la vérité, et que la vérité fût *réellement* hors du Christ, je voudrais plutôt rester avec le Christ qu'avec la vérité¹¹⁹.

Pour radicale qu'elle soit, une telle affirmation nous enseigne peut-être que la vérité, dans le monde spirituel comme dans le monde juridique, est avant tout un acte de foi.

Aïda Manouguian

Docteur en droit public, qualifiée aux fonctions de Maître de conférences en droit public (CNU 02). Sa thèse de doctorat, intitulée *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français. Étude d'un phénomène doctrinal*, a reçu le prix de thèse Dalloz et est publiée dans la collection « Nouvelle Bibliothèque de Thèses ». Ses travaux de recherche portent notamment sur la théorie constitutionnelle et l'épistémologie juridique.

¹¹⁷ M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *APD*, Tome 3, 1957, p. 91.

¹¹⁸ J. ELLUL, *Philosophie du droit*, Paris, Éditions de La Table Ronde, 2022, p. 187-188.

¹¹⁹ F. DOSTOÏEVSKI, « Lettre à Natalia Dmitrievna Fonvizina, 20 février 1854 » in *Correspondance*, Tome 1, Paris, Bartillat, 1998, p. 341.

Critiques du contrôle de constitutionnalité

Présentation

Quand on songe, en France, aux critiques du contrôle de constitutionnalité, c'est immanquablement l'exemple du Conseil constitutionnel qui vient à l'esprit. Il faut dire que la cible est difficile à manquer. Le mode de composition de l'organe – pour n'évoquer qu'un seul aspect – est si notoirement navrant qu'il est en passe de devenir un véritable marronnier doctrinal. Or, il est à craindre qu'à trop se concentrer sur les insuffisances des institutions françaises on en vienne à oublier certaines interrogations plus fondamentales.

Il nous semble en effet que le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois soulève des problèmes qui dépassent de beaucoup la seule Constitution du 4 octobre 1958. Historiquement, cette technique institutionnelle a souvent été promue par des hommes d'État et des juristes qui considéraient d'un œil soupçonneux la démocratisation des systèmes politiques occidentaux. Il devait revenir au juge de tempérer les emportements parlementaires, de contrebalancer la puissance de la majorité, de garantir la minorité contre l'oppression, voire de corriger des législations dont la confection échappait durablement aux élites réputées compétentes. Certes, ce ne sont sans doute plus les raisons que l'on met aujourd'hui en avant pour promouvoir le contrôle de constitutionnalité. La protection des libertés et la nécessaire suprématie de la Constitution sont assurément passées au premier plan. Reste que la justice constitutionnelle, aujourd'hui encore, demeure hantée par ses origines. Il y a toujours eu une tension entre le contrôle de constitutionnalité et la démocratie – et il semble bien qu'elle perdure. C'est la raison pour laquelle, en composant ce dossier, nous avons cherché à décaler un peu le regard, en empruntant aussi bien à la théorie juridique qu'à l'histoire politique et au droit comparé.

Avec autant de patience que de gentillesse, Michel Troper s'est prêté au jeu de l'entretien oral. En autres choses, les auditeurs pourront constater tout ce que sa critique du contrôle de constitutionnalité doit à ses travaux d'historien des idées juridiques. Composante « aristocratique » de l'appareil législatif, le juge constitutionnel dénaturerait la démocratie en ressuscitant la balance des pouvoirs. Dans un tout autre contexte, c'est la même préoccupation démocratique qui justifie les critiques de Jeremy Waldron. Thibaut Carrère leur consacre une fine analyse, décortiquant avec subtilité les raisonnements de l'auteur. Cette contestation de la puissance acquise par la Cour suprême n'est pas sans évoquer certaines passes d'armes antérieures. L'une d'elles forme le motif central du bel article d'Idris Fassassi. Situait son propos à l'époque de la « Reconstruction » américaine, il nous laisse entrevoir une autre histoire du contrôle de constitutionnalité, marquée par une lutte ouverte entre les différentes « branches » de l'appareil étatique. Au XIX^e siècle, du reste, les États-Unis sont loin d'être le seul pays où la légitimité du contrôle de constitutionnalité ait été âprement discutée. La riche contribution d'Anthony Sfez, qui couvre près de deux siècles d'histoire espagnole, le démontre

amplement.

Encore trop mal connu en France, cet important chapitre du constitutionnalisme européen s'avère particulièrement instructif. Plus près de nous, Benjamin Fargeaud analyse les critiques suscitées par le contrôle de constitutionnalité sous la IV^e République. Renouvelant l'image que l'on pouvait s'en faire, il montre l'originalité et la modernité de certaines vues. Finalement, Jean-Sébastien Boda revient sur le vent de « fronde » qui souffla dans les travées parlementaires françaises en 1993. S'appuyant sur les débats parlementaires, il analyse subtilement la manière dont les élus, irrités par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, finirent par remettre en question son existence même. Si les « frondeurs » d'alors sont finalement rentrés dans le rang, il n'est pas certain que le « spectre du gouvernement des juges », dûment déterré à cette occasion, ait vraiment rejoint les mânes de ses ancêtres.

Renaud Baumert

Professeur de droit public à l'Université Cergy-Paris (CYU) et membre du Centre de philosophie juridique et politique (CPJP).

La critique du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en Espagne

Dès sa conceptualisation, les juristes espagnols ont montré une certaine méfiance à l'égard de la souveraineté moderne. L'idée d'un législateur, qu'il s'agisse d'un Monarque ou d'un Parlement, détenteur d'un pouvoir de faire et défaire le droit sans aucune forme de limite juridique, heurtait la pensée juridique espagnole. C'est avec hostilité que les idées de Jean Bodin furent reçues par les légistes espagnols du XVII^e siècle. Cette défiance s'explique par la prégnance du catholicisme traditionaliste dans la pensée classique espagnole. La première traduction en castillan des *Six Livres de la République*, l'œuvre majeure de Jean Bodin, n'a d'ailleurs pu être publiée qu'à la condition d'être « catholiquement amendée¹ ». On retrouva plus tard ce même rejet de la souveraineté chez les plus grands penseurs espagnols du XIX^e siècle. On peut donner l'exemple de Juan Donoso Cortés, dont la pensée conservatrice et contre-révolutionnaire a largement dominé le XIX^e siècle en Espagne. Donoso Cortés écrivait, dans une lettre adressée au directeur de la *Revue des Deux mondes*, qu'un « pouvoir sans limite est un pouvoir essentiellement antichrétien et en même temps un outrage contre la majesté de Dieu et la dignité de l'homme² ».

Ce rejet du pouvoir souverain aurait pu faire de l'Espagne une terre propice à la réception du contrôle de la constitutionnalité des lois. En effet, les Espagnols, rejetant toute forme de pouvoir absolu, auraient pu vouloir confier à des juges la mission d'imposer au législateur des limites tirées, notamment, de principes juridiques supérieurs inscrits dans leur constitution. Il n'en fut rien, du moins jusqu'à l'avènement de la Deuxième République en 1931. Jusqu'à cette date, les limites que les Espagnols fixèrent aux détenteurs successifs du pouvoir législatif, qu'il s'agisse, selon les périodes, du Monarque seul ou du « monarque-en-son-Parlement³ », furent toujours essentiellement d'ordre moral ou éthique. Si les Espagnols convenaient aisément du fait qu'aucun pouvoir ne saurait porter atteinte à certains principes suprapositifs, ils n'envisagèrent jamais sérieusement de confier à des juges la faculté de censurer le législateur. Non seulement un tel contrôle

¹ J. BODIN, *Los seis libros de la república traducidos de lengua francesa y enmendados católicamente por Gaspar de Añastro Isunza*, Madrid, Centre d'Études Constitutionnelles, 1992.

² J. DONOSO CORTÉS, *Obras de Don Juan Donoso Cortés, Marqués de Valdegamas, ordenadas y precedidas de una noticia biográfica por don Gavino Tejado*, vol. 5, Madrid, Imprenta de Tejado, 1855, p. 220. Sauf mention contraire, nous traduisons.

³ Nous reprenons, pour l'appliquer à l'Espagne, une locution de A. V. Dicey qui, dans son ouvrage de 1885, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, définit le pouvoir du « monarque-en-son-Parlement » (*monarch-in-Parliament*) comme celui de faire ou de défaire n'importe quelle loi, sans aucune forme de limite juridique.

juridictionnel de la constitutionnalité des lois n'existait pas en droit positif jusqu'au début du XX^e siècle mais, en outre, on ne trouve que très peu de propositions doctrinales ou politiques tendant à l'instaurer. Dans ces circonstances, on ne s'étonnera pas qu'il n'y ait pas eu, durant cette période, de critiques politiques ou doctrinales construites de la justice constitutionnelle. Ce qui caractérisait alors le rapport de l'Espagne au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, c'était essentiellement l'indifférence (I).

La question du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois n'est réellement apparue, comme sujet de controverse en Espagne, qu'au début des années 1930. L'Espagne s'est alors dotée, avec la Constitution républicaine de 1931, d'une juridiction constitutionnelle en grande partie calquée sur le « modèle » dit autrichien. Avec cette juridiction sont apparues les premières manifestations de défiance doctrinales et politiques à l'égard du contrôle de constitutionnalité des lois (II).

Au sortir du franquisme, l'Espagne opta, de façon extrêmement consensuelle, pour la justice constitutionnelle, ce qui n'empêche pas, depuis l'adoption de la Constitution de 1978, que des critiques surgissent à l'encontre non pas tant de la justice constitutionnelle dans son principe même qu'à l'égard du Tribunal constitutionnel (III).

I. L'INDIFFÉRENCE INITIALE

La question de la protection de la Constitution se pose pour la première fois dans l'histoire politique de l'Espagne en 1812. C'est alors qu'est adoptée la première Constitution libérale espagnole : la Constitution de Cadix du 19 mars 1812. Plusieurs interventions de députés constituants, notamment celles d'Agustín Argüelles, montrent qu'ils distinguent nettement le pouvoir constituant des pouvoirs constitués, donc les lois constitutionnelles des lois ordinaires⁴. Ils déduisent de cette distinction la nécessité de protéger la future Constitution face aux pouvoirs constitués, protection qui doit notamment passer par l'instauration d'une procédure rigide de révision de la Constitution⁵.

Mais les constituants de Cadix ne déduisent pas de cette distinction la nécessité de créer un juge unique qui, suivant ce qu'on appellera plus tard le « modèle » autrichien ou européen de justice constitutionnelle, monopoliserait la fonction de veiller au respect par le législateur de la Constitution. Ils n'envisagent pas non plus d'autoriser les juges ordinaires du pouvoir judiciaire à exercer une telle fonction. C'est au contraire, comme chez les révolutionnaires français, la méfiance à l'égard des juges qui domine chez les constituants espagnols, comme cela ressort de l'article 245 de la Constitution de Cadix, lequel délimite strictement le rôle des juges : « Les tribunaux ne pourront exercer d'autres fonctions que celles de juger

⁴ Selon Argüelles, les « lois fondamentales, en raison de leur nature, doivent avoir un caractère de stabilité que n'ont pas les lois communes ». Voir *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, session du 17 janvier 1812, n° 471, p. 643.

⁵ Pour le détail de la procédure, voir les articles 372 à 384 de la Constitution de Cadix de 1812 dans « Constitution politique de la Monarchie espagnole, promulguée à Cadix, le 19 mars 1812. Présentation de l'essai d'une nouvelle traduction française à partir d'une version authentique, par Jean-Baptiste Busaall », *Jus Politicum, Constitutions écrites dans l'histoire*, n° 9, 2013 [En ligne : juspoliticum.com/article/Constitution-politique-de-la-Monarchie-espagnole-promulguee-a-Cadix-le-19-mars-1812-Presentation-de-l-essai-d-une-nouvelle-traduction-francaise-a-partir-d-une-version-authentique-par-Jean-Baptiste-Busaall-649.html].

et de faire que soit exécutée la chose jugée⁶. » Du côté de la doctrine, l'un des pères fondateurs du droit politique espagnol, Ramón de Salas, résume très bien l'état d'esprit à l'époque, lorsqu'il écrit en 1821 :

Les fonctions du pouvoir judiciaire se réduisent à appliquer la loi faite par le pouvoir législatif aux cas particuliers ; et à l'appliquer littéralement sans interprétation ni commentaire. Le juge, qui se permet d'interpréter la loi et d'en abandonner la lettre pour suivre ce qu'on appelle son esprit, usurpe évidemment les fonctions du pouvoir législatif et commet un attentat contre la liberté individuelle, laquelle consiste principalement dans le droit d'être jugé par la loi et non par l'homme⁷.

Ainsi, suivant la tradition révolutionnaire française, la loi est regardée par les premiers libéraux espagnols comme l'expression pure et parfaite de la volonté générale. On n'imagine pas alors que les représentants du peuple puissent être une menace potentielle pour la Constitution. Au contraire, ils sont considérés comme les principaux protecteurs de la norme fondamentale. Dans ces conditions, il apparaît encore impossible de penser le contrôle de constitutionnalité des lois par un juge. Le législateur est réputé infaillible. La protection de la Constitution ne peut être que politique et ainsi confiée qu'aux députés et, plus généralement, à l'ensemble de la nation.

Le retour de la Monarchie conservatrice, après la parenthèse libérale de Cadix, n'aide pas à penser le contrôle juridictionnel des lois en Espagne. La distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués disparaît alors complètement des esprits et, avec elle, le *distinguo* entre les lois ordinaires et les lois constitutionnelles. La seule « vraie » constitution qui vaille, dans l'esprit des conservateurs espagnols, est la « Constitution historique » de l'Espagne, laquelle est une sorte de constitution non écrite et coutumière. Il existe bien des constitutions écrites durant cette période : les constitutions de 1834, de 1837 et de 1845, mais elles ne sont pas regardées comme des lois fondamentales par les hommes politiques et les juristes de l'époque. À leurs yeux, elles ne sont que des documents programmatiques dépourvus de valeur juridique contraignante⁸. Les trois constitutions précitées ne sont pas rigides et peuvent être modifiées par la loi. Celle-ci, œuvre du « Monarque-en-son-Parlement », est la norme suprême de l'ordre juridique espagnol⁹. En cette qualité, elle est incontestable et incontrôlable. C'est encore et toujours le règne du légicentrisme d'inspiration française. Il n'existe évidemment pas de juridiction spécialisée et unique pour connaître de la constitutionnalité des lois et les juges ordinaires n'envisagent pas un seul instant d'exercer eux-mêmes un tel contrôle. On ne leur demande d'ailleurs pas de le faire.

Les esprits évoluent un peu en 1869, date du grand retour du libéralisme à la suite de la révolution de 1868 qui détrône la reine Isabelle II. Avec le libéralisme, comme en 1812, réapparaît la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués, entre les lois fondamentales et les lois ordinaires. En outre, les constituants de 1869, contrairement à ceux de Cadix, semblent bien connaître le fonctionnement du *judicial review* américain. En atteste l'intervention du député républicain Estanislao Figueras qui plaide, à notre connaissance, pour la première

⁶ *Ibid.*

⁷ R. DE SALAS, *Lecciones de derecho público constitucional para las escuelas de España*, Madrid, Imprenta del Censor, Tome 1, 1821, p. 187-188.

⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, « La valeur normative de la Constitution », in D. LAVROFF, *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Paris, Éditions du CNRS, 1991, p. 16.

⁹ J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 16.

fois de l'histoire constitutionnelle espagnole, pour que la Constitution reconnaisse aux tribunaux le pouvoir d'écarter une loi contraire à la Constitution. Il s'étonne en ces termes du fait que l'on n'autorise pas les juges à exercer le contrôle de constitutionnalité des lois :

Vous avez, dans la Constitution, qualifié la magistrature de pouvoir judiciaire, sans doute de manière ironique, car ne saurait être qualifié de véritable pouvoir celui qui n'a pas le droit de dire : cette loi est contraire à la Constitution ; cette loi est contraire aux droits individuels ; je ne respecte pas, je n'obéis pas à cette loi¹⁰.

Finalement, aucun mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois, autre que celui exercé par le Parlement lui-même, n'est instauré par la constitution libérale du 6 juin 1869. On s'en tient à l'instauration d'un contrôle diffus de légalité des règlements¹¹. De la même manière qu'en 1812, on estime alors que la révolution est le seul moyen de protéger la Constitution, comme l'illustre une intervention du député Romero Girón : « le pouvoir, l'autorité, le parti ou les Cortès qui violent la Constitution s'exposent à ce qui leur arrive ce qui est arrivé à la dynastie passée et aux hommes qui l'ont servie¹². » Aucun véritable débat sur le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois n'a eu lieu, puisqu'aucun député-constituant n'estime nécessaire de répondre à l'intervention de Figueras. C'est sans doute ici la meilleure preuve de l'indifférence que suscite encore, à ce stade de l'histoire de la pensée constitutionnelle espagnole, la problématique du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

Cette indifférence connaît une exception avec la première expérience républicaine espagnole. En 1873, les républicains parviennent au pouvoir et instaurent la Première République espagnole. Ils adoptent un projet de Constitution non seulement républicaine, mais aussi fédérale. Ce texte, d'inspiration américaine, dispose que le Tribunal suprême fédéral pourra suspendre les lois fédérales qui seraient contraires à la Constitution¹³. L'objectif des constituants est alors surtout que cette juridiction tranche des futurs conflits de compétences qui pourraient naître entre les autorités centrales et les autorités fédérées. Bien qu'il s'agisse d'une grande nouveauté, non seulement dans l'histoire espagnole mais aussi européenne, cet aspect du projet de Constitution ne suscite aucun débat au sein de l'assemblée constituante. Ceci s'explique sans doute par le contexte politique. La jeune République est alors menacée, à sa droite par le mouvement carliste¹⁴, à sa gauche par l'insurrection cantonaliste¹⁵. Dans ce contexte de quasi-guerre civile, les

¹⁰ *Diario de las Cortes Constituyentes de 1869*, n° 42, session du 6 avril, p. 873.

¹¹ L'article 92 de la Constitution de 1869 dispose en effet que « les tribunaux n'appliqueront les règlements généraux, provinciaux et locaux que dans la mesure où ils sont conformes aux lois ».

¹² Cité par P. PEREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985, p. 70.

¹³ Voir l'article 77 du projet de Constitution dans *Diario de sesiones de las Cortes constituyentes de la República española* du 17 juillet 1873, deuxième annexe au n° 42, p. 6.

¹⁴ Le carlisme est un mouvement absolutiste et traditionaliste, qui rejette la branche dynastique représentée par Isabelle II, jugée trop libérale, et qui se rallie au prétendant don Carlos, nettement réactionnaire. Les carlistes sont à l'origine des trois grands affrontements militaires de 1833-1840, 1846-1849 et 1872-1876.

¹⁵ Pendant l'été 1873, alors que l'Assemblée constituante est réunie à Madrid, de nombreuses Républiques cantonales sont proclamées en Espagne à l'initiative des républicains « intransigeants ». Ces derniers prétendent instaurer une République fédérale en deux temps :

questions constitutionnelles passent assez logiquement au second plan. Le projet de Constitution fédérale n'entre finalement pas en vigueur. Les conservateurs modérés profitent du chaos général pour renverser le régime républicain, reprendre le pouvoir et restaurer la Monarchie constitutionnelle.

Avec la Restauration de 1876, l'Espagne renoue avec l'inspiration conservatrice antérieure à 1869. Comme celles de 1834, 1837 et 1845, la Constitution de 1876 est souple et n'institue évidemment aucun juge constitutionnel spécialisé et unique pour connaître de la constitutionnalité des lois. Sans l'interdire, elle n'autorise pas les juges ordinaires à exercer un tel contrôle. C'est, en somme, le retour du légicentrisme triomphant. Le père fondateur du régime, le conservateur Canovas del Castillo, résume très bien l'esprit du temps lorsqu'il déclare au Parlement en 1888 que « chez nous la Constitution n'est rien d'autre qu'une loi comme les autres qui peut être modifiée ou interprétée par une autre loi¹⁶ ».

On notera qu'il se produit tout de même, à la toute fin des années 1870, un fait nouveau illustratif d'une certaine évolution des mentalités : pour la première fois, des justiciables invoquent la Constitution devant les tribunaux, et ce afin d'obtenir que soit écartée l'application de lois qu'ils estiment inconstitutionnelles. Les tribunaux, s'ils acceptent d'interpréter les lois conformément à la Constitution, n'auront toutefois jamais l'audace d'écarter une loi au motif d'une prétendue non-conformité à la Constitution. Le Tribunal suprême rappelle ainsi, dans un arrêt de principe du 28 décembre 1915, sa complète et entière subordination aux lois adoptées par le Parlement souverain¹⁷.

Sur le plan du débat intellectuel et doctrinal, la problématique du contrôle de la constitutionnalité des lois n'intéresse guère. On ne débat pas de cette question dans l'Espagne de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle, du moins avant la Première Guerre mondiale. Il faut attendre le début des années 1920 et surtout les débats constitutifs de 1931 pour que la question se pose véritablement et que les premières grandes controverses surgissent.

II. LES PREMIÈRES CONTROVERSES

L'influence du professeur de droit mexicain Rodolfo Reyes¹⁸ et surtout du juriste autrichien Hans Kelsen¹⁹ a contribué à introduire, en Espagne, la problématique du contrôle de la constitutionnalité des lois. Le fait que d'autres États européens aient adopté ce contrôle – la Tchécoslovaquie et l'Autriche en 1920 – a également contribué à susciter cet intérêt nouveau de la doctrine espagnole. Autre facteur important : les juristes espagnols des années 1920-1930 sont visiblement très au fait des intenses controverses doctrinales sur le sujet qui ont alors lieu en France et en Allemagne.

d'abord, par des pactes conclus entre les cantons, qui donneraient naissance aux régions, puis par des pactes conclus entre les régions, qui donneraient naissance à la Fédération.

¹⁶ Cité par J.-M. VERA SANTOS, *La reforma constitucional en España*, Madrid, La ley, 2007, p. 121.

¹⁷ Voir P. PEREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, *op. cit.*, voir p. 73-76.

¹⁸ E. FERRER MAC-GREGOR, « Rodolfo Reyes y el recurso de amparo español », *Ars Iuris*, n° 22, 1999, p. 118-140.

¹⁹ Sur la réception de Kelsen en Espagne voir B. RIVAYA GARCÍA, « Kelsen en España », *Revista de estudios políticos*, n° 107, 2000, p. 151-177.

C'est dans ce contexte qu'en 1920, le juriste Jorge A. Alvarado publie la première monographie espagnole dédiée au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois²⁰. Dans cet ouvrage, l'auteur soutient que les juges ordinaires peuvent et doivent procéder au contrôle de la constitutionnalité des lois, d'abord, parce que la Constitution de 1876 dispose d'une valeur juridique supérieure à celle des lois, ensuite, parce que cette Constitution, si elle n'autorise pas expressément un tel contrôle, ne l'interdit pas pour autant. C'est dans le même sens que se positionne l'administrativiste Recaredo Fernández de Velasco dans un article publié en 1926²¹. De façon plus prudente, dans un ouvrage publié en 1921²², Eduardo Ruiz y Garcia de Hita préconise que le contrôle de la constitutionnalité des lois ne puisse être exercé qu'en cassation par le Tribunal suprême et uniquement pour annuler un arrêt d'une juridiction inférieure qui aurait appliqué une loi dont le contenu serait en « opposition manifeste » avec la Constitution. L'auteur voit dans ces précautions un moyen de rendre plus acceptable le contrôle de la constitutionnalité des lois²³. Parallèlement à ces propositions, prônant le contrôle de constitutionnalité exercé par le juge ordinaire, qu'il s'agisse d'un contrôle diffus ou uniquement assuré par le Tribunal suprême, d'autres auteurs appellent à l'établissement d'une nouvelle Constitution créant, sur le modèle autrichien, une Cour constitutionnelle spécialisée disposant du monopole en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois. Tel est notamment la proposition faite par Vicente de Roig Ibañez en 1929²⁴.

Ces premières propositions ne suscitent pas de réponses doctrinales ou politiques notables. On ne trouve pas, dans l'Espagne des années 1920, de controverses doctrinales sur la justice constitutionnelle aussi riches que celles qui ont lieu en doctrine allemande ou française à la même époque²⁵. L'avènement du contrôle de la constitutionnalité des lois apparaît alors bien trop hypothétique pour susciter les mêmes débats passionnés qu'en France et en Allemagne. Et ce d'autant plus que, à compter du coup d'État perpétré les 13 et 15 septembre 1923 par le général Primo de Rivera, l'Espagne se mue en une dictature militaire. Ce régime apparaît fort peu propice à l'instauration du contrôle de la constitutionnalité des lois. Le Tribunal suprême rend d'ailleurs, le 6 juin 1928, en pleine dictature, un arrêt confirmant sa jurisprudence en vertu de laquelle il ne s'estime pas compétent pour censurer le législateur souverain²⁶. Et dans le projet de Constitution de monarchie autoritaire élaboré dans les derniers mois de la Dictature, il est expressément prévu

²⁰ J. A. ALVARADO, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes, con carta-prólogo de F. Clemente de Diego*, Madrid, Editorial Reus, 1920.

²¹ R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, « Las leyes inconstitucionales y la función judicial en la legislación española », *Revista de Derecho Privado*, n° 13, 1926, p. 321.

²² E. RUIZ GARCÍA DE HITA, *Reorganización y competencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Editorial Reus, 1921.

²³ *Ibid.*, p. 24.

²⁴ V. DE ROIG IBAÑEZ, *La Constitución que precisa España*, Madrid, Imprenta de Juan Pueyo, 1929, p. 236.

²⁵ R. L. BLANCO VALDÉS, « La política y el derecho veinte años de Justicia Constitucional y democracia en España (apuntes para un balance) », *Teoría y realidad constitucional*, n° 4, 1999, p. 244. Sur les controverses en France et en Allemagne voir R. BAUMERT, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemande de l'entre-deux-guerres*, Paris, LGDJ (Fondation Varenne, vol. 33), 2009.

²⁶ STS, 6 junio 1928. Cité par M.-L. MESTRE RODRIGUEZ, *La interpretación testamentaria: notas a la regulación del código civil*, Murcie, Université de Murcie, p. 34 (note de bas de page n° 32).

que le pouvoir judiciaire ne pourra, en aucun cas, examiner la constitutionnalité des lois²⁷.

C'est avec l'avènement de la Deuxième République que la justice constitutionnelle fait véritablement son entrée dans la vie politique et constitutionnelle espagnole. Elle fait d'abord son apparition dans le droit positif espagnol. En effet, la Constitution républicaine de 1931 instaure un Tribunal des Garanties constitutionnelles compétent pour censurer, après leur entrée en vigueur, donc *a posteriori*, les lois contraires à la Constitution²⁸. Ce Tribunal dispose d'un monopole en la matière. Outre son entrée dans le droit positif, la justice constitutionnelle apparaît aussi pour la première fois avec force dans les débats intellectuels et politiques. En effet, c'est au sein de l'assemblée à l'origine de la Constitution de 1931, puis de la loi organique relative au Tribunal des Garanties (LOTGC) de 1933 que la première véritable grande controverse sur le sujet a lieu en Espagne. Si de nombreux députés plaident ardemment en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois – et obtiennent finalement gain de cause – d'autres se montrent beaucoup plus circonspects face à cette innovation. Quels sont leurs arguments ? Deux dominent les débats.

Le premier argument qu'avancent les détracteurs de la justice constitutionnelle lors des débats constitutants de 1931 est d'ordre démocratique. Il faut rappeler qu'au moment où l'assemblée constituante républicaine se réunit, l'Espagne sort d'une période de dictature de huit années au cours de laquelle le Parlement n'a jamais été convoqué. Dans ce contexte, il apparaît difficilement envisageable, pour beaucoup de députés-constituants, de donner à des juges non élus le pouvoir de censurer le législateur démocratique. De fait, dans un premier temps, le projet de Constitution du 18 août 1931 établi par la commission constitutionnelle de l'assemblée constituante ne dote pas le Tribunal des Garanties de la compétence de contrôler la constitutionnalité des lois²⁹. Lorsqu'un député interroge le président de la commission constitutionnelle, le pénaliste Luis Jiménez de Asúa, sur la question de savoir pourquoi le Tribunal des Garanties n'a pas initialement été doté de la faculté de censurer le législateur, le président de la commission répond : « à ce moment, où l'on vivait dans l'ivresse libérale, on pensait que le Parlement, expression la plus directe de la démocratie, ne devait être assujéti à aucun Pouvoir, à aucun Tribunal³⁰. » C'est seulement au cours des débats constitutants que le Tribunal des Garanties s'est finalement vu confier la fonction de contrôler la constitutionnalité des lois, ce qui ne manque pas de susciter des réactions d'hostilité, notamment celles de deux professeurs de droit, les députés Josep Xirau et Franco Lopez. Le

²⁷ Voir l'alinéa 2 de l'article 93 de *Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929*. Il est vrai que, dans ce projet de Constitution, était prévu un contrôle de la constitutionnalité des lois concentré qui, selon certains, s'apparentait au modèle autrichien de justice constitutionnelle. Mais, en réalité, ce contrôle ne saurait être qualifié de juridictionnel. Il devait en effet être assuré par une section du Conseil du Roi, dont on peut douter qu'elle aurait eu une véritable indépendance, puisqu'elle s'apparentait à une sorte de chambre privée du Monarque.

²⁸ Le Titre IX de la Constitution, relatif aux « garanties » et à la « révision de la Constitution », dispose, à son article 121, qu'il est établi, avec juridiction sur tout le territoire de la République, un Tribunal des Garanties Constitutionnelles avec attributions pour connaître notamment des « recours pour inconstitutionnalité des lois ».

²⁹ Sur ce point, le Tribunal disposait seulement d'une faculté de dénonciation des lois qu'il estimait inconstitutionnelles. Le dernier mot quant à l'inconstitutionnalité d'une loi devait revenir, dans le cadre de ce projet, soit conjointement au président de la République et au Parlement, soit au peuple à l'issue d'un référendum convoqué à l'initiative du Président.

³⁰ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, n° 345, session du 26 mai 1933, p. 13114.

premier soutient ainsi qu'un Tribunal doit se « *contenter d'appliquer la loi* ³¹ » et non pas la censurer. Les deux députés proposent un amendement – qui est tout près d'être adopté – supprimant le Tribunal des Garanties et le remplaçant par une sorte de chambre haute.

Le second argument mis en avant, durant les débats constitutants, est que le contrôle de la constitutionnalité des lois serait de nature à mettre en péril les lois sociales et progressistes adoptées par la République. Cette crainte eut un impact décisif dans le choix des constituants d'opter pour le « modèle » concentré dit autrichien de justice constitutionnelle plutôt que pour le « modèle » diffus « américain ». Les magistrats du pouvoir judiciaire sont en effet regardés comme potentiellement porteurs d'une idéologie conservatrice, voire réactionnaire, donc plus susceptibles de censurer les lois sociales et progressistes qu'un Tribunal unique créé de toute pièce. Cette image négative des magistrats de l'ordre judiciaire est alimentée par le fait que ces derniers avaient fait preuve de complaisance à l'égard du régime dictatorial antérieur. Le fameux ouvrage d'Edouard Lambert sur le « gouvernement des juges » aux États-Unis³² ne fait que renforcer cette image. C'est sans doute cette lecture qui conduit le député et professeur de droit Javier Elola à rejeter le contrôle diffus de la constitutionnalité des lois :

Il faut reconnaître que les juges tendent évidemment au conservatisme ; ils sont éminemment conservateurs, pour ne pas dire rétrogrades [...]. En attribuant ce pouvoir aux juges, ce que l'on fait c'est non seulement leur permettre d'envahir les fonctions du Parlement, et donc d'aller à l'encontre du principe démocratique dont il émane, mais aussi de rendre impossible la vie continue et normale du Droit³³.

Javier Elola répond ici à un autre député et professeur de droit, Antonio Royo Villanova qui, pour sa part, plaide durant les débats en faveur d'un contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par les tribunaux ordinaires et non pas par le Tribunal des Garanties, car ce dernier :

[...] n'est pas castillan, n'a pas non plus de tradition espagnole et n'est rien d'autre qu'une imitation étrangère. [...] Le système démocratique exige que le Gouvernement soit entièrement claquemuré entre un Parlement souverain et une Justice indépendante. [...] La tradition juridique espagnole est à l'opposé de toutes ces choses que la Commission nous a apportées, traduites de Kelsen, d'Autriche et d'autres pays³⁴.

La méfiance à l'égard de la justice constitutionnelle se manifeste encore en 1933, lors des débats relatifs à la Loi organique sur le Tribunal des garanties constitutionnelles (LOTCEG). On peut même dire que c'est à ce stade, et non pas tant lors des débats constitutants, que la discussion est la plus intense. Et cette fois-ci, les détracteurs de la justice constitutionnelle, ou du moins ceux qui montraient une certaine méfiance à son égard, obtiennent quelques succès importants.

³¹ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, n° 80, session du 25 novembre 1931, p. 2640.

³² 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, éditions Marcel Giard, 1921.

³³ Voir *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, n° 76, session du 18 novembre 1931, p. 2415.

³⁴ *Ibid.*, p. 2416-2417. Royo Villanova oubliait cependant que le contrôle diffus de la constitutionnalité des lois était tout aussi étranger à la culture juridique espagnole que le modèle autrichien.

Se pose notamment, lors de ces débats, la question de l'étendue de la norme de référence sur la base de laquelle le Tribunal devrait exercer son contrôle. L'avant-projet de LOTCG, rédigé par une sous-commission dirigée par le juriste Nicolas Pérez-Serrano, prévoit un contrôle de constitutionnalité au regard non seulement des « règles » instaurées par la Constitution mais aussi de ses « principes ». Il s'agit, selon les rédacteurs de l'avant-projet, de faire en sorte que le Tribunal veille au respect par le Parlement de « l'esprit » de la Constitution. Le contrôle au regard des « principes » de la Constitution est finalement supprimé de la LOTCG. Pour le Gouvernement, ainsi que pour une majorité de députés, inclure une notion aussi indéterminée que « l'esprit » de la Constitution dans la norme de référence du Tribunal reviendrait à donner trop de pouvoir à la future juridiction et donc à mettre à mal la démocratie parlementaire. Selon le député et professeur de droit Luis Recasens, un contrôle sur un fondement aussi large et indéterminé serait « superlativement dangereux ». Il signifierait « le déplacement de la politique de la sphère parlementaire vers le Tribunal des Garanties constitutionnelles [...]. Cela signifierait lier, à l'avenir, le Parlement et le Gouvernement³⁵ ».

La défiance démocratique à l'égard de la justice constitutionnelle est aussi visible dans l'opinion dissidente rédigée par Miguel Cuevas, l'un des membres de la sous-commission chargé de rédiger l'avant-projet de LOTGC. Miguel Cuevas voit dans le Tribunal des Garanties une « *instance politique placée au-dessus de la démocratie parlementaire*³⁶ ». Il estime que la faculté donnée, dans l'avant-projet, au Tribunal d'annuler les lois constitue une humiliation inutile faite au Parlement. Pour réduire la portée des décisions du Tribunal et amoindrir l'affront fait aux représentants du peuple, Miguel Cuevas préconise que la juridiction constitutionnelle ne puisse annuler une loi qu'en cas d'inconstitutionnalité formelle. En cas d'inconstitutionnalité matérielle, la loi doit, selon lui, seulement être écartée par le Tribunal et non pas annulée. Autrement dit, la déclaration d'inconstitutionnalité matérielle doit seulement produire des effets *inter partes* et non *erga omnes*. Cette proposition, de même que la suppression des principes constitutionnels comme normes de référence, est finalement retenue par les députés dans la rédaction finale de la LOTGC, signe d'une méfiance réelle à l'égard de la future juridiction.

La manifestation la plus éclatante de la défiance des députés est sans aucun doute le fait d'avoir inclus, dans la LOTCG, une disposition finale fort singulière interdisant au Tribunal de se prononcer sur la constitutionnalité des lois adoptées par l'assemblée républicaine avant l'entrée en vigueur de la LOTCG, c'est-à-dire entre 1931 et 1933. Pour justifier ce choix, le porte-parole de la commission de la justice explique aux députés que la République ne peut pas prendre le risque de soumettre ces lois « justes » et « prestigieuses », les premières adoptées par la jeune République, au « contrôle froid » d'un Tribunal que « nous allons nous même

³⁵ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, n° 343 du 24 mai 1933, p. 13050.

³⁶ Voto particular de Don Miguel Cuevas al Título III del Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 1 de agosto de 1932, elaborado por la Comisión Jurídica Asesora (Opinion dissidente de Don Miguel Cuevas au Titre III de l'Avant-projet de Loi Organique du Tribunal des Garanties constitutionnelles du 1^{er} août 1932 élaboré par la Commission Juridique consultative). Consultable dans l'ouvrage de M. BASSOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, Madrid, CEC, 1981 p. 326.

créer³⁷ ». Cette exclusion suscite évidemment de vives réactions à l'assemblée. Certains des professeurs de droit qui y siègent présentent ainsi à leurs collègues une solide argumentation juridique tendant à montrer qu'il est incohérent d'exclure certaines lois du contrôle de constitutionnalité³⁸. À l'extérieur du Parlement, des membres éminents de la doctrine en font de même, notamment Legaz Lacambra qui voit dans cette exclusion une négation du « *progrès juridique qu'implique la justice constitutionnelle*³⁹ ». Ces arguments sont toutefois balayés d'un revers de main par une intervention du ministre de la Justice, Álvaro de Albornoz, qui fait une forte impression sur les députés. Il convient de citer un long extrait de l'intervention du ministre, tant elle est illustrative de l'état d'esprit dominant à l'époque :

Pourquoi, au fond, aucun politicien ne regarde-t-il avec sympathie ce projet de loi sur les garanties constitutionnelles ? Pour une raison : parce que tous les hommes politiques ont la conviction intime et profonde que la défense de la Constitution n'est pas une fonction juridictionnelle, mais une fonction politique [...]. Au fond, je suis sûr que les différentes sensibilités politiques de la Chambre, et peut-être certains des juristes notables qui y siègent, s'accordent sur ceci : [...] il ne peut rien y avoir au-dessus du Parlement qui ignore, supprime ou restreigne sa souveraineté⁴⁰.

En somme, il ressort de tout ce qui précède que c'est finalement à reculons, surtout au stade des débats sur le LOTCG de 1933, que l'Espagne instaure la justice constitutionnelle dans le cadre de la Deuxième République. Serait-il excessif de dire, comme l'a fait un journaliste de l'époque, qu'au fond « personne ne voulait » de ce Tribunal des Garanties constitutionnelles⁴¹ ? Sans aller jusque-là, ce qui est certain, comme l'a souligné Rubio Llorente, c'est que « la juridiction constitutionnelle s'est révélée une institution absolument incompatible avec les postulats théoriques » des constituants de 1931, car l'idée dominante de la démocratie, chez eux, était « celle de la démocratie rousseauiste, celle du jacobinisme radical, une forme de démocratie qui n'accepte pas la possibilité d'établir une limite à l'action du législateur⁴² ». On peut ajouter que beaucoup d'hommes politiques de l'époque voyaient dans le Tribunal des Garanties non pas une véritable juridiction indépendante jugeant en droit, mais une sorte de succédané du Sénat. Le ministre de la Justice Álvaro de Albornoz le dira explicitement dans son intervention précitée, de même que le deuxième président de la République, Manuel Azaña : « nous avons toujours pensé que l'organe appelé Tribunal des Garanties Constitutionnelles, institué par la Constitution est une manière de remplacer le Sénat⁴³. » On ne s'étonnera pas, dans ces conditions, que les quelques années d'existence de la juridiction constitutionnelle aient été chaotiques. À gauche comme à droite, le Tribunal était perçu non pas comme une

³⁷ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, n° 348 du 1^{er} juin 1933, p. 13238.

³⁸ *Ibid.*, p. 13241.

³⁹ L. LEGAZ LACAMBRA « El Estado de Derecho en la actualidad », *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1933, p. 782.

⁴⁰ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, n° 349, du 2 juin 1933, p. 13287-13289.

⁴¹ L'article de presse en question est cité par Álvaro de Albornoz dans son intervention (voir note précédente).

⁴² F. RUBIO LLORENTE, « Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional », *Revista de derecho político*, n° 16, 1982-1983, p. 33.

⁴³ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, n° 401, p. 15319.

juridiction mais comme un organe politisé. Très rapidement on vit fleurir des propositions visant à le supprimer⁴⁴.

Il faut attendre la Constitution espagnole de 1978 pour que la justice constitutionnelle soit véritablement acceptée en Espagne. Ce qui ne veut pas dire qu'elle soit aujourd'hui complètement exempte de critiques politico-doctrinales.

III. LA CONSÉCRATION ET LA PERSISTANCE DES DÉBATS

Il n'y a pas grand-chose à dire sur la justice constitutionnelle dans l'Espagne de Franco (1939-1977) qui succède à la Deuxième République et précède la restauration de la démocratie en 1978. La doctrine franquiste est fascinée par le juriste allemand Carl Schmitt, notamment par ses thèses sur le « Gardien de la Constitution⁴⁵ ». Comme Schmitt, la doctrine franquiste ne jure que par la protection politique et autoritaire de la Constitution. Le *Caudillo* est érigé en seul et unique gardien des Lois fondamentales du régime dont il est lui-même l'auteur. Il est vrai qu'en 1968⁴⁶, le régime franquiste se dote d'une procédure de recours – le *recurso de contrafuero* – contre les lois qui porteraient atteinte aux Lois fondamentales du régime, mais il s'agit d'une procédure qui s'inscrit dans la logique « schmittienne » de la défense de la Constitution. En effet, en bout de procédure, il revient au « Chef de l'État », donc au Dictateur, et non à une juridiction, d'apprécier la « constitutionnalité » des lois.

L'adoption de la Constitution de 1978 change radicalement la donne. Les constituants veulent sincèrement instaurer un véritable État de droit démocratique. Or, dans leurs esprits, ceci implique obligatoirement de mettre en place la justice constitutionnelle. Cette association entre démocratie et justice constitutionnelle est alors renforcée par le fait que cette dernière est devenue, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la règle dans les grandes démocraties européennes, notamment en Allemagne et en Italie⁴⁷. Dans ces conditions, aucun député-constituant ne remet, lors des débats, sérieusement en question le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, instauré par la Constitution espagnole de 1978, et qui est confié de façon monopolistique au Tribunal constitutionnel. On s'accorda aussi, sans véritable discussion, sur le fait que le « modèle » autrichien de contrôle concentré est celui qui convient le mieux à l'Espagne⁴⁸.

Du côté de la doctrine, l'administrativiste Eduardo García de Enterría publie, en 1981, un article qui aura une très grande influence : *La position du Tribunal constitutionnel dans le système espagnol : possibilités et perspectives*⁴⁹. L'auteur y

⁴⁴ Voir notamment N. ALCALÁ-ZAMORA, *Los defectos de la Constitución y Tres años de experiencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, en part. p. 151 et 249.

⁴⁵ Voir C. SCHMITT, *Le Tribunal du Reich comme gardien de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2017. Sur l'influence de Schmitt en Espagne, voir J. A. LÓPEZ GARCÍA, « La presencia de Carl Schmitt en España », *Revista de estudios políticos*, n° 91, 1996, p. 139-168.

⁴⁶ BOE (Journal officiel de l'État espagnol), n° 84, du 6 avril 1968, p. 5.195-5.197.

⁴⁷ M. ARAGÓN REYES, « Cuarenta años de Tribunal Constitucional », *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1), 2021, p. 37.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, « La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español posibilidades y perspectivas », *Revista española de derecho constitucional*, n° 1, 1981, p. 35-132.

propose une réponse aux objections classiquement formulées à l'encontre de la justice constitutionnelle. À la critique « schmittienne », selon laquelle le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois conduit nécessairement à une « politisation » de la justice, García de Enterría répond que les tribunaux constitutionnels tranchent, certes, des conflits par nature politiques, mais ils le font à l'issue d'un raisonnement contraint par des standards juridiques. Et à l'objection « démocratique », selon laquelle des juges non élus ne sauraient légitimement censurer la volonté de représentants du peuple, l'auteur répond que le juge constitutionnel n'est que le « *commissionnaire du pouvoir constituant*⁵⁰ » et qu'il est toujours loisible au pouvoir de révision constitutionnelle de « casser » les décisions du Tribunal⁵¹.

Avec cette contribution de García de Enterría, la doctrine espagnole dispose d'un discours de légitimation de la justice constitutionnelle. Est-ce à dire qu'on ne trouve plus de critique du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans l'Espagne démocratique postfranquiste ? Si l'on entend par là une remise en cause de l'existence même de ce contrôle, la réponse est positive. La justice constitutionnelle est indéniablement considérée par les Espagnols comme l'un des grands acquis de la transition démocratique⁵². Aucun courant doctrinal ou aucune force politique significative ne propose de la supprimer – du moins à notre connaissance. Cela ne veut pas dire que ne peuvent pas surgir ponctuellement des controverses impliquant la justice constitutionnelle. À l'occasion de ces controverses, les arguments qu'on oppose classiquement au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, à savoir l'objection démocratique, ou encore celle de la politisation de cette justice, refont surface.

Tel est notamment le cas lors des débats de 1979 relatifs à la Loi organique du Tribunal constitutionnel (LOTC). Lors de ces débats, se pose notamment la question, qui n'a pas été définitivement tranchée par la Constitution de 1978, de savoir si, outre le contrôle *a posteriori*, clairement prévu par la Constitution, pouvait être instauré, par la LOTC, un contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois organiques et des statuts d'autonomie (et non des lois ordinaires). L'avant-projet de LOTC prévoyait un tel contrôle préalable qui est finalement retenu par le Parlement, non sans polémique.

La controverse est d'abord parlementaire. Le débat tourne alors essentiellement autour de la question de savoir si l'ajout du contrôle *a priori* dans la LOTC est conforme à la Constitution qui, sans l'exclure explicitement, ne l'avait pas prévu. Cependant, derrière ce qui se présente comme un débat technique sur ce qu'autorise ou non la Constitution de 1978 se dissimule une controverse plus profonde sur le rôle du juge constitutionnel dans une démocratie parlementaire. C'est ainsi que l'on voit resurgir l'argument du risque de « politisation » du juge constitutionnel que pourrait engendrer ce type de contrôle. Ce risque est notamment mis en avant par le député Roca Junyent selon lequel le contrôle *a priori* aurait pour effet de transformer le Tribunal en une « *seconde instance politique*⁵³ » superposée au Parlement. En outre, des députés présentent ce recours comme une atteinte insupportable à la souveraineté et l'indépendance du

⁵⁰ *Ibid.*, p. 98.

⁵¹ *Ibid.*, p. 101.

⁵² M. CARRILLO, « Espagne », dans *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 30-2014, Juges constitutionnels et doctrine – Constitutions et transitions, 2015, p. 295.

⁵³ Voir *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* du 23 juillet 1979.

Parlement. À cet égard, on peut notamment citer l'intervention du député communiste Jordi Solé Tura :

[...] ce dont nous discutons c'est [...] de savoir où se trouve le centre de gravité de notre système, si le centre de gravité est situé au Parlement et dans ses relations avec le Gouvernement ou si le centre de gravité est situé au Tribunal constitutionnel, qui est un organe non élu par l'électorat⁵⁴.

La polémique est aussi doctrinale. Nombreux sont les auteurs à rejeter le contrôle préalable, non seulement parce qu'il n'est pas explicitement prévu par la Constitution, mais aussi parce qu'un tel contrôle « préventif » présenterait le « danger de remettre en cause le principe de la règle de la majorité sur lequel repose tout parlementarisme démocratique⁵⁵ ». Ce contrôle préventif serait d'autant plus condamnable que, en pratique, un juge résistera, dans ce type de contrôle, beaucoup plus difficilement à la tentation « d'envahir la sphère du législateur⁵⁶ ». Au contraire, « face à une loi déjà en vigueur, la prudence de la Cour constitutionnelle sera nécessairement bien supérieure⁵⁷ ». Ainsi, si le contrôle *a priori* est rejeté par bon nombre d'auteurs, c'est parce qu'il est perçu comme conduisant, d'une part, le juge à faire preuve d'une déférence moindre à l'égard du législateur démocratique et, d'autre part, à ériger le Tribunal en une sorte de « troisième chambre », donc à politiser la juridiction constitutionnelle.

Malgré cette défiance politique et doctrinale, le contrôle de constitutionnalité des statuts et des lois organiques est, comme on l'a dit, finalement retenu. Mais pas pour longtemps.

La défiance est en effet renforcée par un arrêt du Tribunal constitutionnel portant sur un projet de loi organique du 30 novembre 1983 très sensible, puisque procédant à la dépénalisation de l'avortement⁵⁸. Dans cet arrêt, rendu le 18 mai 1985 dans le cadre du contrôle *a priori*⁵⁹, le Tribunal ne s'est pas contenté de censurer le législateur ; il a également explicitement indiqué au Parlement les rectifications à apporter à la loi pour que celle-ci soit conforme à la Constitution. Plus précisément, le projet de loi organique prévoit trois cas de figure dans lesquels le recours à l'avortement par un médecin, avec le consentement de la mère, ne saurait être pénalement sanctionné : d'abord, lorsque l'avortement est nécessaire pour éviter un grave danger pesant sur la vie ou la santé de la mère ; ensuite, lorsque la conception résulte d'un viol ; enfin, lorsqu'il est probable, car établi par un rapport médical, que le fœtus naîtra avec de graves déficiences physiques ou mentales. Le Tribunal a censuré le législateur et l'a invité à préciser dans la loi organique que l'avortement prévu dans le premier cas de figure devait faire l'objet, comme pour l'avortement prévu dans le troisième cas de figure, d'un rapport médical préalable établissant la réalité du danger pour la mère. En outre, le Tribunal a également invité le législateur à préciser dans la loi organique que, en toute hypothèse,

⁵⁴ *Ibid.*, p. 230.

⁵⁵ F. SANTAOLALLA LÓPEZ, « Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad y adición sobre la LOAPA », *Revista de derecho político*, n° 18-19, 1983, p. 181.

⁵⁶ J. PÉREZ ROYO, « Crónica de un error : el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas », *Revista española de derecho constitucional*, n° 17, 1986, p. 156.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del art. 417 bis del Código Penal du 30 novembre 2018* (Projet de loi organique de Réforme de l'article 417 bis du Code pénal du 30 novembre 2018).

⁵⁹ *Sentencia* n° 53/1985 du 11 avril 1985.

l'avortement devait être réalisé dans des centres de santé publics ou privés spécialement autorisés à réaliser ce type d'intervention médicale.

Le Tribunal s'est ainsi positionné en « colégislateur », ce qui provoque un mouvement de rejet doctrinal et politique suffisamment important pour que le législateur supprime, quelques semaines après l'arrêt, le 7 juin 1985⁶⁰, le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois organiques et des statuts d'autonomie. L'exposé des motifs de la loi organique qui supprime le contrôle *a priori* synthétise parfaitement les objections qui avaient été soulevées par la doctrine contre ce type de contrôle. On peut y lire que le recours préalable d'inconstitutionnalité a une « incidence négative » sur les relations entre le Pouvoir législatif et la juridiction constitutionnelle, notamment en ce qu'il a pour effet de « jeter » le Tribunal dans une fonction qui ne lui revient pas : la « formation législative » de la volonté parlementaire.

Paradoxalement, une autre des grandes crises de légitimité à laquelle a été confronté le Tribunal constitutionnel résulte de la suppression du contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois organiques et des statuts d'autonomies en juin 1985. Nous faisons référence à la crise constitutionnelle engendrée par la décision du Tribunal constitutionnel de 2010 relative au statut d'autonomie de la Catalogne adoptée en 2006⁶¹. Le recours préalable contre les lois organiques et les statuts d'autonomie ayant été supprimé, le contrôle de la constitutionnalité du statut ne peut alors être effectué qu'après son entrée en vigueur. Plus précisément, ce contrôle est effectué en l'espèce après que le statut ait définitivement été adopté non seulement par deux Parlements – le Parlement catalan et le Parlement espagnol – mais aussi par un référendum au sein de la communauté autonome catalane. Le Tribunal se trouve ainsi confronté à une norme auréolée d'une triple légitimité démocratique. Dans ces circonstances, on ne s'étonnera pas que la censure par le juge constitutionnel de l'essentiel des objectifs du statut catalan de 2006, quatre ans après son entrée en vigueur, ait conduit à remettre au goût du jour l'un des plus anciens arguments que l'on oppose à la justice constitutionnelle : l'objection démocratique⁶². C'est précisément pour éviter que le Tribunal ne se trouve à nouveau confronté à la situation d'avoir à connaître d'une norme adoptée par deux Parlements, puis par référendum, qu'a été réintroduit, en 2015, le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des statuts d'autonomies (mais pas des lois organiques)⁶³.

Une autre critique récurrente, d'ordre structurel, émise par la doctrine espagnole contre la justice constitutionnelle, dans le cadre constitutionnel de 1978, est celle de la politisation de ses membres. Rappelons qu'en vertu de l'article 159 de la Constitution de 1978, le Tribunal constitutionnel se compose de douze membres nommés pour une période de neuf ans par le Roi. Parmi ces douze membres, quatre sont nommés sur proposition du Congrès des députés adoptée à la majorité des

⁶⁰ *Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el capítulo II del título VI de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional.*

⁶¹ *Sentencia 31/2010, du 28 juin 2010.*

⁶² Voir notamment E. FOSSAS, « El control de constitucionalitat dels estatuts d'autonomia », *Revista catalana de dret públic*, n° 43, 2011 (Exemplaire dédié à : Justice constitutionnelle et État composite), p. 17-19.

⁶³ *Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación.*

trois cinquièmes de ses membres, quatre sur la proposition du Sénat adoptée à la même majorité, deux sur la proposition du Gouvernement et deux sur celle du Conseil général du pouvoir judiciaire. L'article 159 de la Constitution de 1978 précise que les membres doivent être choisis parmi des « juristes aux compétences reconnues ». Ce principe a été globalement respecté avant le début du XXI^e siècle. Les premiers membres du Tribunal sont en effet désignés dans un contexte politique marqué par la recherche du consensus entre les principales forces politiques du pays. Cela permet la nomination de membres jouissants, aux yeux de la doctrine, d'un « prestige juridique » et d'une grande « valeur universitaire⁶⁴ ».

Mais, à partir de la fin des années 1990, la donne change profondément. Les rapports entre les principales forces politiques se durcissent considérablement. Le Tribunal devient progressivement un véritable enjeu de pouvoir. Les groupes parlementaires ne désignent plus tant les magistrats en raison de leur « prestige juridique » qu'en considération de leur obéissance au parti politique⁶⁵. Au grand dam de la doctrine, l'exigence constitutionnelle d'une majorité des trois cinquièmes a été contournée par un système de « quotas » garantissant à la majorité et à l'opposition une forme de « représentation » au sein du Tribunal, représentation proportionnelle aux nombres de sièges dont ils disposent au Parlement⁶⁶. Pour la doctrine espagnole, il s'agit bien d'un contournement du texte, puisque les constituants espéraient, peut-être un peu naïvement, que l'exigence d'une majorité des trois cinquièmes permettrait justement la désignation de membres non pas « rattachables » à un parti politique déterminé mais faisant réellement consensus, car jouissant, du moins en apparence, d'une image de personnalité non partisane. Or, loin de cet esprit, il résulte de ce système de quota que le Tribunal s'articule désormais informellement autour de deux « blocs » clairement définis et facilement identifiables : le bloc « conservateur » et le bloc « progressiste ». Sans doute ce phénomène est-il inévitable, car même les juristes les plus compétents ont une sensibilité politique, mais peut-être vaut-il mieux, pour préserver l'autorité et le prestige de la Cour constitutionnelle, que cette orientation politique ne soit pas trop flagrante, comme cela a été parfois le cas en Espagne avec la désignation de certaines personnalités politiquement très marquées, voire sulfureuses. L'on pense à Roberto García Calvo, désigné par le Parti populaire (PP) en 2001, alors même qu'il avait occupé des fonctions de gouverneur civil d'une province sous la dictature franquiste. On ajoutera que la doctrine espagnole est d'autant plus critique que ce système de quota n'a pas même permis d'éviter les tractations interminables qui, bien souvent, conduisent à retarder de plusieurs mois la nomination des membres du Tribunal, obligeant leurs prédécesseurs à exercer leurs fonctions au-delà de leur terme.

Cette bipolarisation du Tribunal conduit à remettre en cause le crédit de nombreuses de ses décisions, puisqu'elles apparaissent dépendre du rapport de force entre les juges « conservateurs » et les juges « progressistes » et non « du seul résultat de l'argumentation et du raisonnement juridiques⁶⁷ ». Le Tribunal lui-même contribue parfois à accréditer cette lecture politique de son office. L'exemple le plus spectaculaire est, sans aucun doute possible, une récente ordonnance du

⁶⁴ M. CARRILLO, « Espagne », art. cité., p. 295.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Pour une critique doctrinale de ce système de quotas, voir M. ARAGÓN REYES, « Cuarenta años de Tribunal Constitucional », art. cité.

⁶⁷ O. LECUCQ, « De la récusation des juges d'un Tribunal constitutionnel "politisé" », *La lettre ibérique et ibérico-américaine*, n° 30, p. 10.

Tribunal rendue le 19 décembre 2022. Dans cette affaire, il était question du renouvellement du tiers des membres de la juridiction constitutionnelle, alors majoritairement composée de juges réputés « conservateurs ». Ce renouvellement devait mécaniquement entraîner une modification des rapports de force au sein du Tribunal, qui devait en effet basculer vers une majorité réputée « progressiste ». Il revenait au Conseil général du pouvoir judiciaire (CGPJ) et au Gouvernement, dirigé par les socialistes, de proposer chacun deux nouveaux membres. Tout le problème était que le CGPJ ne parvenait pas à se mettre d'accord sur les candidats à proposer. Ce blocage s'explique notamment par le fait que chacun des candidats devait être soutenu par une majorité qualifiée des trois cinquièmes du CGPJ. Pour mettre fin au blocage et permettre le renouvellement du Tribunal, le Gouvernement socialiste a fait déposer au Congrès des députés deux amendements à une proposition de loi organique de réforme du Code pénal. Ces amendements avaient pour objet de permettre au CGPJ de proposer les nouveaux magistrats du Tribunal constitutionnel à la majorité simple. Le Tribunal constitutionnel a été saisi par l'opposition conservatrice et, de façon tout à fait inédite, alors même qu'il n'existe plus de contrôle *a priori* des lois en Espagne (voir *supra*), a décidé, en dehors de tout cadre constitutionnel, de la suspension de la procédure d'adoption des deux amendements précités. Ce qui n'a pas manqué de choquer, c'est que deux des magistrats « conservateurs », dont les mandats étaient caducs depuis six mois, et donc directement concernés par le renouvellement, ont pris part au vote concernant non seulement la demande de suspension, mais aussi leur propre récusation. La participation de ces deux magistrats a été décisive puisque, finalement, cinq magistrats votèrent contre la suspension, six en faveur de cette dernière.

Comme on pouvait s'y attendre, cette décision du Tribunal a entraîné une véritable levée de boucliers au sein de la doctrine qui n'a pas manqué de critiquer une décision « historique » dictée par des considérations non pas « juridiques », mais purement « politiques », à savoir maintenir le plus longtemps possible la majorité conservatrice au sein du Tribunal⁶⁸. La réaction de la doctrine et d'une partie de la classe politique à cette décision du Tribunal est une bonne illustration de notre propos : bien que les élites politiques et intellectuelles espagnoles aient accepté l'existence du Tribunal constitutionnel, en tant que caractéristique permanente du système, cela ne signifie pas que la légitimité du Tribunal ne soit pas ponctuellement remise en cause. Des controverses peuvent encore voir le jour à l'occasion desquelles certains acteurs issus de la doctrine ou de la classe politique vont opposer, parfois à juste titre, à la justice constitutionnelle les objections classiques, à savoir fondamentalement, son manque de déférence face au législateur démocratique et la « politisation » de certaines de ses décisions. Ceci tend à montrer que la justice constitutionnelle n'est pas seulement le « formidable problème⁶⁹ » que décrivait Mauro Cappelletti, mais qu'elle demeure avant tout un « problème éternel⁷⁰ ».

⁶⁸ Voir notamment J. URÍAS, « Un auto político. Comentario al ATC 177/2022, de 19 de diciembre », RCDP blog, 15 février 2023. [En ligne : <https://eapc-redp.blog.gencat.cat/2023/02/15/un-auto-politico-comentario-al-atc-177-2022-de-19-de-diciembre-joaquin-urias/>]

⁶⁹ M. CAPPELLETTI, « El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado », *Revista de estudios políticos*, n° 13, 1980, p. 61-104.

⁷⁰ A. GARRORENA MORALES, « El debate “justicia constitucional-democracia” en los procesos constituyentes de 1931 y 1978 », *Revista española de derecho constitucional*, n° 91, 2011, p. 67.

Anthony Sfez

Anthony Sfez est docteur en droit public de l'Université Paris-Panthéon-Assas et enseignant-chercheur contractuel à l'Université de Reims Champagne-Ardenne.

La critique du contrôle de constitutionnalité par Jeremy Waldron : une défense démocratique des droits

Dans son dernier ouvrage¹, Douglas Kennedy imagine une nouvelle sécession aux États-Unis, celle-ci aurait lieu en 2033, et serait notamment le résultat du basculement définitif de la Cour suprême dans le camp conservateur. La remise en cause des principales interprétations favorables aux droits des minorités et les victoires répétées de candidats conservateurs minoritaires à la Présidence des États-Unis à la faveur d'un scrutin favorisant les « *flyover States*² » auraient à terme raison de l'équilibre de la Fédération. Si cet ouvrage montre avec un regard cinglant les fractures des États-Unis contemporains, il témoigne également, si cela était encore nécessaire, du rôle central et fondamentalement politique de la Cour suprême américaine. L'histoire des relations entre la doctrine américaine et la Cour suprême est d'ailleurs liée à celle de sa composition. Les majorités conservatrices ou progressistes ont fait varier le lieu de la critique. Ainsi, durant les années 1970, la cour Warren a consacré de nouveaux droits, étendu l'application de certains et joué un rôle majeur dans la défense des minorités. La doctrine progressiste a largement défendu le contrôle de constitutionnalité, alors que la doctrine conservatrice était très critique à son égard. C'est à ce moment qu'émergera sous la plume de juges et d'auteurs conservateurs la notion d'« originalisme », une théorie de l'interprétation de la Constitution visant à limiter le pouvoir créateur du juge, jugé responsable de cette politique jurisprudentielle progressiste³. Inversement, il a pu exister une critique progressiste de la Cour, visant à s'opposer aux interprétations délivrées par une Cour à majorité conservatrice⁴. Cette critique est réapparue récemment en réaction

¹ D. KENNEDY, *Et c'est ainsi que nous vivrons*, Paris, Ed. Belfond, 2023.

² Cette expression désigne les États non côtiers, qui sont le plus souvent survolés par les liaisons aériennes reliant les côtes pacifiques et atlantiques des États-Unis. Cette expression est souvent utilisée dans un sens péjoratif pour désigner des territoires moins riches, moins peuplés et réputés plus largement conservateurs que les États des côtes est et ouest. Le titre original de l'ouvrage précité de Douglas Kennedy, *Flyover*, est une référence à ces territoires.

³ R. BERGER, « Originalist Theories of Constitutional Interpretation », *Cornell Law Review*, vol. 73, n° 2, 1988, p. 350-358 ; R. H. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York, Free Press, 1990 ; A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1998.

⁴ On peut par exemple penser à l'ère *Lochner* au début du XX^e siècle, période durant laquelle la Cour a défendu une conception particulièrement libérale de l'économie. Pour une étude, voir : I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017, p. 157 et suiv.

à l'arrêt *Dobbs*⁵, remettant en cause l'existence d'un droit constitutionnel à l'interruption volontaire de grossesse auparavant ancrée dans une interprétation substantialiste étendue de la *Due Process Clause* du quatorzième amendement à la Constitution des États-Unis. Est-ce à dire que toute critique de la justice constitutionnelle ne peut se faire qu'à l'aune du contenu de ses décisions ? Cela aboutirait à une critique relativement faible, changeante et contingente. Ce n'est d'ailleurs pas l'avis de Jeremy Waldron. Celui-ci entend, dans plusieurs de ses ouvrages et articles, entreprendre une critique *théorique* de la justice constitutionnelle, indépendante de toutes ses manifestations concrètes et conjoncturelles⁶, déliée de la satisfaction ou de l'insatisfaction provoquée par certaines de ses décisions.

Jeremy Waldron est néo-zélandais, il a obtenu son doctorat en philosophie du droit à l'Université d'Oxford. Il a enseigné au Royaume-Uni et aux États-Unis. Il a été détenteur de la chaire *Chichele* du All Souls College de l'université d'Oxford et il est aujourd'hui professeur à la New York University. Si ses travaux sont particulièrement reconnus dans le monde anglo-saxon, ils ont été peu discutés en France, malgré un intérêt croissant ces dernières années⁷. C'est un euphémisme que de dire que Jeremy Waldron a été peu traduit en langue française puisque, à notre connaissance, seul son ouvrage *The Rule of Law and the measure of property*, datant de 2012, a fait l'objet d'une traduction⁸. C'est en 2006, dans son article « The Core of the Case against Judicial Review » que Jeremy Waldron va entreprendre une critique systémique du contrôle de constitutionnalité. Néanmoins, cette critique ne peut se comprendre qu'à l'aune de certains présupposés et travaux antérieurs, notamment sa conception singulière du constitutionnalisme. En effet, Jeremy Waldron avance l'idée-force selon laquelle le rôle des constitutions n'est pas seulement de restreindre ou limiter le pouvoir, mais aussi d'habiliter (*empower*) les citoyens ordinaires pour leur donner le contrôle des sources du droit et de l'appareil d'État⁹. En somme, les constitutions ont un rôle démocratique

⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organisation et al*, 597 U.S. (2022).

⁶ C'est en tout cas l'ambition de son article principal portant sur ce sujet : J. WALDRON, « The Core of the Case against Judicial Review », *Yale Law Journal*, 115, 2006, p. 1346-1406. Cet article, comme plusieurs autres qui seront utilisés, a été republié dans un ouvrage récent. Par souci de simplicité et d'accessibilité pour le lecteur français, nous nous servons de la pagination de l'ouvrage en question. À ce titre, voir : J. WALDRON, « The Core of the Case against Judicial Review », in J. WALDRON, *Political political philosophy*, Cambridge & London, Harvard University Press, 2016, p. 195-245.

⁷ O. BEAUD, « Reframing a Debate Among Americans: Contextualizing a Moral Philosophy of Law (Roundtable an Exchange with Jeremy Waldron) », *International Journal of Constitutional Law*, 2009, n° 1, vol. 7, p. 53 ; P. BRUNET, « To Have and Have Not : De la difficulté contre-majoritaire et des moyens d'en sortir », in J.-M. DENQUIN et V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 191-217 ; 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. 298-326 ; M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Questions de société et "interprétation politique" des droits », *Revdh*, n° 21, 2022 [En ligne : journals.openedition.org/revdh/14523 ; qu'il nous soit également permis de citer : T. CARRÈRE, « Le droit constitutionnel au secours de la politique ? À propos d'un ouvrage de Jeremy Waldron. J. Waldron, *Political political theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2016 », *Jus Politicum*, n° 19, p. 229-244.

⁸ Le texte est traduit et présenté par Jean-Fabien Spitz, à ce titre voir : J. WALDRON, *L'État de droit et la mesure de la propriété*, Paris, Hermann, trad. 2022.

⁹ « *Constitutions are not just about restraining and limiting power; they are about the empowerment of ordinary people in a democracy and allowing them to control the sources of law and harness the*

fondamental qui ne peut se réduire à un principe négatif et contraignant de limitation du pouvoir¹⁰. Même la séparation des pouvoirs n'est pas seulement un principe contraignant, c'est une façon d'organiser la délibération publique, de prendre en compte une multitude de voix¹¹. La question démocratique ne doit pas se réduire à empêcher la tyrannie de la majorité, mais elle doit permettre d'habiliter les citoyens ordinaires afin qu'ils exercent directement ou indirectement le pouvoir. Dès lors, J. Waldron identifie la question centrale de nos constitutions : « comment appliquer et respecter le principe de l'égalité politique¹² ? » L'enjeu central de nos constitutions n'est donc pas seulement de protéger la liberté des individus, mais d'organiser les conséquences concrètes du principe d'égalité politique. En ce sens, les écrits de J. Waldron se rapprochent des tenants du constitutionnalisme politique, tels que Richard Bellamy ou Martin Loughlin¹³. En outre, J. Waldron s'interroge sur les apories d'une définition strictement défensive du constitutionnalisme. En effet, si le constitutionnalisme c'est la limitation du pouvoir, celui-ci n'arrive pas à penser la limitation du pouvoir du juge constitutionnel. Ainsi, la définition du constitutionnalisme comme limitation du pouvoir ne serait pas seulement incomplète, elle serait également impossible.

La critique du contrôle de constitutionnalité par Jeremy Waldron est théorique dans la mesure où elle prétend s'arrêter sur son principe même et pas sur ses différentes manifestations historiques ou culturelles, elle se veut indépendante de l'activisme ou de l'absence d'activisme des juges. Cette critique a donc un objet restreint et des conditions de validité. Concernant l'objet de la critique, il est restreint puisqu'il porte uniquement sur le contrôle de constitutionnalité *des lois*, c'est-à-dire des actes délibérés et discutés dans des enceintes représentatives. Ainsi, il exclut d'emblée de son étude la question du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs par exemple. La seconde restriction que pose J. Waldron à son objet, c'est qu'il entend critiquer uniquement le contrôle de constitutionnalité dit *fort*, c'est-à-dire celui qui implique qu'en dehors de l'intervention du pouvoir constituant, le dernier mot appartienne en fait et en droit au juge constitutionnel (soit parce que s'applique le principe du *stare decisis*, soit parce que le juge a le pouvoir d'abroger purement et simplement la loi). Cela s'oppose à ce qu'il identifie comme le contrôle de constitutionnalité dit *faible*, qu'il prend pour modèle. Ce contrôle faible peut revêtir plusieurs formes : soit le pouvoir du juge se réduit à une simple constatation d'inconstitutionnalité que le législateur doit lui-même résoudre, soit le législateur dispose d'un moyen de passer outre la décision d'inconstitutionnalité du juge, par exemple en votant la même loi avec une majorité qualifiée¹⁴. Les exemples de contrôle forts sont variés, ils se retrouvent notamment

apparatus of government to their legitimate aspirations. ». J. WALDRON, « Constitutionalism: A Skeptical View », in J. WALDRON, *Political political theory*, op. cit., p. 43.

¹⁰ J. Waldron attribue la parenté de cette conception du constitutionnalisme à une certaine forme de libéralisme, le « libéralisme de la peur », qu'il retrouve dans la pensée de Judith Shklar notamment. *Ibid.*, p. 30.

¹¹ *Ibid.*, p. 35-36.

¹² *Ibid.*, p. 37.

¹³ R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007 ; M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2022.

¹⁴ Sur cette distinction, voir : M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009 ; S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2013.

aux États-Unis et dans la plupart des pays européens. Ces modèles faibles ont émergé plus récemment dans les pays grandement influencés par le modèle britannique : Royaume-Uni, Canada, Nouvelle-Zélande, etc.

Quant aux présupposés de sa critique, ils sont au nombre de quatre¹⁵. La critique du contrôle de constitutionnalité des lois ne vaut qu'à condition que la société politique dans laquelle il s'inscrit remplisse ces quatre conditions. Premièrement, il faut que cette société dispose d'institutions démocratiques qui fonctionnent « dans l'ensemble » (*broadly*) et que celles-ci soient le plus souvent possible désignées par des procédures de vote au suffrage universel direct. Deuxièmement, il faut que cette société dispose d'un ordre judiciaire qui fonctionne dans l'ensemble, que les juges soient compétents, qu'ils disposent d'une indépendance vis-à-vis du pouvoir politique. Troisièmement, il faut une société dont la plupart des membres s'engagent en faveur de la défense des droits de chacun. Quatrièmement, il faut admettre qu'il peut exister des désaccords raisonnables quant à l'interprétation à donner aux droits. Si ces quatre conditions sont réunies, alors il conviendrait de confier au législateur plutôt qu'au juge le dernier mot pour trancher les conflits d'interprétations des dispositions constitutionnelles et notamment, ceux relatifs aux droits. Pour J. Waldron, la plupart des sociétés démocratiques contemporaines remplissent ces conditions, qui seraient peu exigeantes. Ainsi, la première condition est remplie dès lors que, même s'il peut exister des dysfonctionnements démocratiques, ceux-ci sont portés à la connaissance d'une société civile qui peut s'en saisir et sont compensés par la possibilité de changements réguliers de majorités. Quant à l'engagement en faveur des droits, il affirme qu'il existe un consensus autour des droits dans la plupart des pays démocratiques, qui se traduit par l'adoption d'un ou plusieurs textes recensant ces droits. Si des violations peuvent exister, l'important est qu'elles soient minoritaires et que le système juridique et politique puisse les constater et les sanctionner. En somme, pour J. Waldron, ces quatre conditions excluent essentiellement les pays autoritaires ou les pays dans lesquels des défaillances graves peuvent être constatées. Dans ces cas précis, la justice constitutionnelle pourrait être utile. D'emblée, J. Waldron prend le risque de s'ouvrir à de nombreuses critiques quant à ces quatre présupposés, alors même que le bénéfice qu'il en tire nous semble peu évident.

En effet, on peut s'interroger sur le fait de savoir si les États-Unis qui élisent régulièrement des présidents *minoritaires* remplissent la première condition. Qu'en est-il de la V^e République ? Peut-on considérer que, dans l'ensemble, les institutions démocratiques fonctionnent alors que le pouvoir est largement concentré dans les mains de l'exécutif ? De plus, si la plupart des membres de la société acceptent de défendre les droits, qu'en est-il de la reconnaissance de nouveaux droits ? On pourrait dire que ces quatre présupposés affaiblissent sa critique de la justice constitutionnelle alors même qu'ils ne lui apportent rien. En effet, comment imaginer que le contrôle de constitutionnalité des lois puisse changer quoi que ce soit dans un pays ouvertement hostile aux droits des individus ? Dans un tel type de pays, où le pouvoir est concentré dans les mains d'un seul, où les droits des minorités sont bafoués, bien souvent le juge constitutionnel du fait de son processus de nomination ou de pures raisons sociologiques participe du processus d'exclusion et de glissement autoritaire. À la limite, seule la troisième condition nous paraît intéressante dans la mesure où elle permet de séparer la question des droits de celle de la justice constitutionnelle. J. Waldron l'affirme d'ailleurs avec

¹⁵ J. WALDRON, « The Core of the Case Against Judicial Review », in J. WALDRON, *Political political theory*, op. cit. p. 202-212.

force : « le contrôle de constitutionnalité ne doit pas être compris comme une confrontation entre les défenseurs des droits et les opposants aux droits, mais comme une confrontation entre deux conceptions des droits¹⁶. » La caractéristique principale de sa critique de la justice constitutionnelle est donc d'être à la fois démocratique et favorable aux droits et libertés.

Cependant, si Jeremy Waldron concède à Ronald Dworkin qu'il faut prendre les droits au sérieux¹⁷, cela ne peut se faire, d'après lui, sans admettre d'une part que le désaccord dans nos sociétés contemporaines porte également sur les droits et que le juge n'est pas le mieux placé pour le résoudre (I) et d'autre part, que le principe majoritaire est le principal outil de décision en démocratie. À ce titre, le contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas une procédure « contre-majoritaire », selon l'expression consacrée¹⁸, mais une procédure qui privilégie une majorité judiciaire sur une majorité parlementaire (II).

I. PRENDRE AU SÉRIEUX LE DÉSACCORD

Jeremy Waldron est un fervent défenseur des droits et libertés, pour autant il constate que ces derniers sont, à l'instar des autres règles juridiques, partiellement indéterminés. Le désaccord qui caractérise nos sociétés contemporaines s'applique donc également aux droits (A). Dans cette perspective, il faut déterminer quelle est l'institution la plus à même de résoudre ce désaccord. Si la doctrine libérale a fait du juge le protecteur naturel de ces instruments juridiques, J. Waldron considère au contraire que le juge a un rôle nocif dans la résolution du désaccord sur les droits (B).

A. L'application du désaccord aux droits

J. Waldron entend bien distinguer sa critique de la justice constitutionnelle de son engagement en faveur des droits et libertés. Néanmoins, s'il constate l'importance des droits dans nos sociétés contemporaines (1), il se distingue des auteurs classiques en constatant l'existence d'un désaccord sur leur contenu (2).

1) Une conception morale des droits

Les écrits de J. Waldron s'inscrivent dans un contexte doctrinal spécifique, celui du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle aux États-Unis. Ainsi, son travail peut être en partie analysé comme une réponse à l'œuvre de Ronald Dworkin¹⁹, qui a vanté les qualités délibératives des juges constitutionnels et particulièrement de ceux de la Cour suprême des États-Unis. À Dworkin, J. Waldron concède deux choses. D'une part, il défend l'importance des droits et libertés. Les droits individuels sont au cœur des principales controverses constitutionnelles, ceux-ci peuvent être consacrés dans un texte ou simplement

¹⁶ « *Judicial review should not be understood as a confrontation between defenders of rights and opponents of rights but as a confrontation between one view of rights and another view of rights.* », *Ibid.*, p. 208.

¹⁷ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, trad. 1995.

¹⁸ A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986 [1962].

¹⁹ O. BEAUD, « Reframing a Debate Among Americans: Contextualizing a Moral Philosophy of Law (Roundtable an Exchange with Jeremy Waldron) », art. cité.

reconnus par les juges en l'absence de tout texte. La critique de la justice constitutionnelle n'implique pas celle des droits. D'autre part, à l'instar de Dworkin, J. Waldron défend l'idée selon laquelle le débat sur les droits et leur interprétation n'est pas uniquement juridique ; c'est également un débat moral²⁰. Il y a une intrication entre le droit et la morale. Notre hypothèse est que l'on peut sans doute voir ici la conséquence de l'influence du réalisme juridique dans les débats américains et de l'importance réduite du positivisme classique par rapport aux débats européens. En effet, il semble largement admis aux États-Unis que la jurisprudence ne saurait uniquement s'expliquer par l'application du texte. Dans cette perspective, le juge mobilise d'autres éléments pour prendre ses décisions, et notamment une « morale constitutionnelle²¹ ». Là où J. Waldron semble s'émanciper de Dworkin, c'est sur le contenu de cette morale. En effet, J. Waldron y applique son principe du désaccord. Dworkin, quant à lui, défend un cognitivisme éthique selon lequel il existe des positions morales « vraies » et d'autres « erronées ». Dans cette perspective, le juge constitutionnel serait le mieux à même de trouver une « bonne réponse ». J. Waldron refuse de se prononcer en ces termes. Peu importe que l'on croie en l'existence de valeurs objectives ou que l'on considère que toute valeur n'est que le reflet de nos émotions subjectives, le désaccord règne tout de même. Soit, l'objectivité morale n'existe pas et alors le juge ne fait qu'imposer ses préférences subjectives, soit l'objectivité morale existe et alors le juge part en quête de cette « bonne réponse », mais cela ne veut pas dire qu'il la trouvera²². Deux juges peuvent, de « bonne foi », partir en quête de la bonne réponse, en aboutissant à des réponses différentes. En somme, il peut exister une bonne réponse dans le monde des idées, mais dans notre monde sublunaire il n'y a rien d'autre que du désaccord²³.

On notera à cet égard que J. Waldron rejette la distinction entre le bien et le juste devenue classique chez les auteurs libéraux depuis John Rawls²⁴. En effet, pour le philosophe américain, les droits et libertés ne sauraient être des valeurs comme les autres qui dépendent d'une conception particulière du bien. Au contraire, les droits seraient des principes de justice, des objets juridiques *neutres*, *i. e.* permettant à chacun de poursuivre sa propre conception du bien dans une société démocratique. Cette neutralité est assurée par la fiction du « voile d'ignorance » : sans connaître sa place dans la société, chaque individu serait amené à choisir ces principes lui permettant *in fine* de poursuivre sa propre conception de la vie bonne. Les auteurs libéraux, au nom du pluralisme des valeurs, ont redoublé d'attention pour sortir les droits et libertés de ce champ. Les droits et libertés garantissent le pluralisme des valeurs, ils ne sont pas en eux-mêmes des valeurs. Dès lors, défendre les droits et libertés, ce n'est pas défendre une certaine conception du bien, c'est défendre la possibilité de les poursuivre toutes. Cette

²⁰ J. WALDRON, « Judges as moral reasoners », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 2009, p. 2-24.

²¹ R. DWORKIN, *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

²² « Chapter Eight: The Irrelevance of Moral Objectivity », in J. WALDRON, *Law and disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 164-187.

²³ « *Even if the objective truth about justice or the common good is singular, here on earth there are still many of us with many views, and ways must be found to accommodate us all in a political system* », J. WALDRON, « The principle of Loyal opposition », in J. WALDRON, *Political political theory*, *op. cit.*, p. 124. Voir aussi : J. WALDRON, *Law and disagreement*, *op. cit.*, p. 1.

²⁴ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Points, trad. 2009.

argumentation pose de nombreux problèmes qu'il n'est pas possible d'analyser sans dépasser les limites de cet article. Néanmoins, nous pouvons affirmer que l'argumentation de J. Waldron tend à remettre en cause cette distinction libérale entre le bien et le juste, dans la mesure où il considère que les droits sont bien des valeurs comme les autres, soumises au même désaccord que les différentes conceptions du bien²⁵.

2) Une appréhension substantielle du désaccord

Le désaccord existe et il s'applique également aux droits, mais quelle est la nature de ce désaccord ? En réalité, le désaccord chez J. Waldron n'est pas simplement juridique. Le désaccord ne résulte pas seulement de l'indétermination du texte et de conflits entre différentes théories de l'interprétation. Au-delà de sa dimension juridique, le conflit est également moral puisqu'il implique des désaccords de fond, sur des questions éthiques essentielles. Lorsque le juge se prononce, il ne se prononce pas seulement sur une question juridique, mais il résout un conflit moral et impose sa solution à l'ensemble de la population. Le désaccord possède donc deux dimensions.

Premièrement, le désaccord sur les droits résulte d'éléments juridiques et notamment de l'indétermination des textes. Cela implique que l'adoption d'un texte ne résout pas entièrement le désaccord à l'origine de ce texte. J. Waldron insiste d'ailleurs sur le fait que les déclarations de droits sont particulièrement indéterminées. J. Waldron les qualifie même de « platitudes²⁶ ». On pourrait d'ailleurs étendre cette constatation à l'ensemble des principes même lorsqu'ils ne peuvent pas vraiment être considérés comme des droits : par exemple, pour la France, le principe de laïcité. Si l'on peut affirmer à la marge que les déclarations de droits résolvent une partie du désaccord existant dans la population, elles ne résolvent pas l'ensemble du désaccord. Certains problèmes demeurent. J. Waldron affirme même que l'adoption d'un texte ne fait que repousser à un autre moment la résolution concrète du désaccord.

Deuxièmement, le désaccord ne porte pas seulement sur une question d'interprétation d'un texte juridique, mais il implique un choix politique fort. L'idée selon laquelle puisqu'on a affaire à des droits, l'institution judiciaire est la plus pertinente pour résoudre le désaccord entourant ces règles juridiques n'est pas évidente, car les droits impliquent un choix de moralité politique. Dès lors, lorsque le juge résout un conflit entre une clinique IVG et une association *pro-life*, il choisit, au nom de la société, une certaine conception de la vie et de la mort. Ces désaccords n'existent pas seulement à la marge des droits, ils peuvent aussi porter sur le cœur du droit. L'adoption d'une déclaration de droits signifie simplement que les citoyens acceptent d'utiliser ces instruments pour résoudre leur conflit, mais cela ne signifie pas qu'ils sont d'accord sur la signification et l'étendue à donner à chacun de ces droits²⁷. Enfin, J. Waldron considère que ce désaccord est de bonne foi et raisonnable. En démocratie, nous ne pouvons partir du principe que le désaccord résulte seulement de la mauvaise foi, de la mauvaise volonté ou d'une manipulation de ceux qui ont une opinion contraire à la nôtre. J. Waldron ne nie

²⁵ « In other words, I assume something like John Rawls's "burdens of judgment", but applied (where Rawls hesitated to apply the doctrine) to issues of the right as well as issues of the good. », J. WALDRON, « The Core of the Case Against Judicial Review », art. cité, p. 210.

²⁶ *Ibid.*, p. 211.

²⁷ *Ibid.*, p. 210.

pas que ces cas peuvent exister, mais il prend au sérieux le fait que des personnes attachées aux droits et libertés puissent être en désaccord sur leur contenu.

On voit donc ici le rôle central joué par le désaccord dans cette critique de la justice constitutionnelle. En somme, la question de la légitimité du contrôle de constitutionnalité est reformulée par J. Waldron de la façon suivante : les juges constitutionnels sont-ils mieux placés que les parlementaires pour résoudre le désaccord portant sur les droits ? Dans la mesure où le désaccord sur les droits n'est pas strictement juridique, mais implique plus largement la moralité politique d'un pays, il affirme que le Parlement est le mieux placé pour résoudre ces désaccords. Il va même plus loin en affirmant que la présence d'un juge constitutionnel pourrait s'avérer préjudiciable pour nos démocraties.

B. Le rôle néfaste du juge dans la résolution du désaccord

Pour J. Waldron, l'institution la plus à même de résoudre le désaccord sur les droits est le Parlement et pas, comme le soutient par exemple Ronald Dworkin, le juge constitutionnel. En effet, le juge constitutionnel engoncé dans son rôle de juge est obligé de s'intéresser à des considérations accessoires, ce qui l'éloigne de la question morale de fond (1) ; en outre, la présence d'un juge aurait pour effet de favoriser l'opposition plutôt que la concertation en imposant derrière le langage du droit une prétendue bonne réponse (2).

1) La prise en compte de problèmes secondaires

J. Waldron entend par sa critique répondre aux discours justificateurs du contrôle de constitutionnalité. Il s'appesantit notamment sur trois arguments phares que l'on retrouve chez Dworkin. Le premier d'entre eux est que le contrôle de constitutionnalité est important, car il s'intéresse contrairement au débat parlementaire, aux cas particuliers et donc aux droits individuels auxquels la loi pourrait porter atteinte²⁸. Cependant, J. Waldron réfute cet argument qu'il qualifie de « mythe²⁹ ». D'abord, le temps qu'un cas arrive à la Cour suprême, le litige principal a été oublié et les observateurs se concentrent essentiellement sur la question de principe qui est en jeu. Ensuite, bien souvent, un litige est instrumentalisé par des groupes afin de défendre des causes bien plus grandes qu'un cas personnel. Enfin, il n'est pas rare, selon J. Waldron que le législateur lui-même soit influencé par des cas particuliers, *via* le lobbying, l'obligation de participer aux débats publics, etc. Cette orientation vers les cas particuliers n'est donc pas un avantage déterminant en faveur du juge.

J. Waldron va ensuite aller plus loin dans son argumentation, en montrant que parfois, le débat devant un juge peut être un désavantage. Il avance en effet que les juges se concentrent sur des questions de droits dans la mesure où ils résolvent un problème juridique à partir de principes fixés dans des déclarations : quelle théorie de l'interprétation doit-on mobiliser pour interpréter le texte ? Quels précédents peuvent exister et comment faire pour trouver une cohérence jurisprudentielle entre cette décision et les précédentes ? Répondre à ces questions est fondamental pour un juge, car ce dernier doit justifier sa décision par des raisons acceptables

²⁸ On notera au passage que cela implique *a minima* l'existence d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. J. Waldron semble d'ailleurs beaucoup plus enclin à accepter le contrôle *a priori* dans la mesure où cela fait du juge une troisième chambre intervenant à l'occasion de la procédure parlementaire. À ce titre, voir : *Ibid.*, p. 202.

²⁹ *Ibid.*, p. 220.

d'un point de vue juridique. En cela, la procédure devant le juge constitutionnel serait *délibérative*³⁰. Pour J. Waldron, toutes ces questions détourneraient les juges du problème principal qui n'est pas seulement un problème juridique, mais aussi un problème de moralité politique. Dès lors, à trop se concentrer sur les arguments juridiques, on se détourne du problème réel posé par le litige. Au-delà du fait que reprocher à un juge de réfléchir à partir d'outils juridiques peut sembler saugrenu, la critique émise par J. Waldron est particulièrement originale. En effet, le souci de cohérence, celui de respecter les précédents et de s'appuyer sur un texte, est souvent perçu comme une limite au pouvoir créateur du juge et donc comme une justification au contrôle de constitutionnalité. Cela permet au juge de dire, « ce n'est pas moi, c'est le droit³¹ ! ». Or, ici, les spécificités de l'enceinte juridictionnelle sont retournées contre le juge, pour en faire des limites à sa capacité délibérative. Pour J. Waldron donc, la part spécifiquement juridique de la délibération juridictionnelle est un désavantage. Puisque le débat présenté devant les cours n'est jamais strictement juridique, c'est bien le Parlement qui est le mieux placé pour délibérer, car lui n'est pas limité par la nature des arguments qu'il mobilise. En outre, J. Waldron complétera son argumentation en prenant des exemples concrets permettant d'illustrer, selon lui, la qualité de la délibération parlementaire. Ainsi, il compare la reconnaissance de l'interruption volontaire de grossesse au Royaume-Uni et aux États-Unis pour montrer que, selon lui, le débat parlementaire britannique était de bien meilleure qualité, centré sur le fond du débat (le statut de l'embryon, etc.), que le débat américain engoncé dans l'interprétation à donner au quatorzième amendement de la Constitution américaine.

Par ailleurs, l'importance accordée à la justice constitutionnelle conduit à une dépendance vis-à-vis des juges. Une dépendance de deux ordres. D'abord, lorsque la justice constitutionnelle existe, les citoyens se reposent moins sur d'autres moyens pour préserver leurs droits. Ensuite, les citoyens se concentrent sur des problèmes annexes intéressant la Cour, notamment le problème de la nomination des juges. C'est ainsi qu'à propos de l'arrêt *Dobbs*, J. Waldron avance plusieurs éléments intéressants. D'abord, il s'agit d'un revirement de jurisprudence, preuve d'une part que la Cour est bien un organe politique et d'autre part qu'alors même que les citoyens étaient dans une situation de dépendance vis-à-vis de la pratique de la Cour cela ne l'a pas empêchée de changer de position³². Il rejoint là certaines interrogations des défenseurs du constitutionnalisme politique et de certains philosophes républicains. En dernière analyse, la protection des droits dépend bien plus de la participation des citoyens aux débats politiques, de la défense de leur droit au jour le jour dans le débat public que d'un quelconque mécanisme institutionnel. Le risque est que l'existence d'un juge constitutionnel fasse parfois oublier que la *vertu* est toujours nécessaire à la protection de la liberté des individus.

J. Waldron conclut son propos sur cette question en affirmant qu'il peut exister des pays dans lesquels la procédure législative souffre de pathologies spécifiques

³⁰ C'est l'argumentation que l'on retrouve chez Ronald Dworkin, lorsqu'il parle de l'enceinte judiciaire comme un « Forum des principes ». R. DWORKIN, « The Forum of Principle », *New York University Law Review*, 1981, vol. 56, p. 469 ; *Id.*, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

³¹ J. WALDRON, « Why Law – Efficacy, Freedom or Fidelity ? », *Law and Philosophy*, vol. 13, n° 3, 1994, p. 259-284.

³² J. WALDRON, « The Crisis of Judicial Review », H. L. A. Hart Memorial Lecture 2023, 25 mai 2023, p. 5.

qui justifieraient l'existence d'un contrôle de constitutionnalité. Il faudrait alors réduire la défense du contrôle de constitutionnalité aux pays souffrant de cette pathologie. Sans doute qu'ici J. Waldron ne va pas assez loin. Comme nous l'avons vu, il se contente d'une critique théorique du contrôle de constitutionnalité. Il est vrai qu'on peut parfois douter dans certains pays, à commencer par la France, de la qualité intrinsèque du débat parlementaire. Les outils de « rationalisation du parlementarisme » qui se sont multipliés dans les constitutions européennes ont eu tendance à concentrer dans les mains de l'exécutif l'essentiel du pouvoir législatif. C'est un élément qui sans doute mériterait plus d'attention de la part de l'auteur néo-zélandais. Il avoue lui-même cependant que les observateurs sont tellement critiques à l'égard du Parlement au profit du juge qu'il se sent le devoir de rééquilibrer la balance, en enjolivant parfois le travail parlementaire. Ses travaux entendant restaurer la « dignité de la législation » vont en ce sens³³.

2) *Le caractère brutal de la résolution*

J. Waldron, dans sa critique, s'intéresse également à l'argument selon lequel il y aurait un intérêt procédural à l'existence d'un juge constitutionnel. Dans l'ensemble, la présence d'une procédure de contrôle de constitutionnalité des lois obligerait les autres acteurs du système et notamment les parlementaires à améliorer leur délibération et leur travail. Il s'agirait d'un avantage systémique bien plus que substantiel. En somme, la justice constitutionnelle serait la condition d'une démocratie procédurale, elle vaudrait moins pour le contenu de ses décisions que pour son effet diffus sur l'ensemble du système politique. J. Waldron réfute cet argument pour deux raisons. La première est relativement simple : c'est que de nombreuses procédures existent déjà pour favoriser une meilleure délibération parlementaire. La procédure législative elle-même dispose déjà d'une légitimité procédurale forte. Légiférer c'est déjà respecter une procédure stricte. Cet argument s'inscrit à nouveau dans sa défense de la « dignité de la législation » et il souffre d'un problème similaire à celui identifié précédemment, celui de manquer de voir qu'il existe aussi des procédures permettant de court-circuiter la délibération parlementaire. Les exemples en France sont notamment nombreux : ordonnances, article 49 al. 3 de la Constitution... La deuxième raison pour réfuter la légitimité procédurale du contrôle de constitutionnalité est sans doute plus intéressante. En effet, pour J. Waldron, cet argument permet de justifier les modèles faibles de contrôle de constitutionnalité, mais pas les modèles forts. En somme, si la légitimité de la justice constitutionnelle est essentiellement procédurale, pourquoi donc devrait-elle avoir le dernier mot ? Comme cela a été évoqué précédemment, J. Waldron concentre sa critique sur les modèles forts et semble plutôt admiratif des modèles faibles de contrôle de constitutionnalité. Il est vrai que ceux-ci ne donnent pas le dernier mot au juge, ils sont *dialogiques*³⁴, car ils forcent le législateur à prendre en compte l'argumentation du juge et peuvent aboutir à une modification de la législation qui, si elle est impulsée par le juge, demeure l'œuvre du législateur. Le contrôle de constitutionnalité serait alors un véritable outil de *checks and balances* qu'il appelle de ses vœux, et non pas un tuteur imposé à un législateur réputé en état de minorité. Il est vrai que dans le cadre d'un modèle faible de contrôle de constitutionnalité, le juge n'ayant pas le dernier mot, la résolution du désaccord est beaucoup moins brutale. Néanmoins, l'analyse de J. Waldron ici est peut-être un peu angélique, dans la mesure où même dans les

³³ J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

³⁴ M. TUSHNET, « Dialogic judicial review », *Arkansas Law Review*, n° 61, 2008, p. 225.

pays défendant ce modèle de justice constitutionnelle, le juge prend une importance capitale. Richard Albert par exemple a montré que la Cour suprême du Canada est probablement la Cour la plus puissante du monde³⁵.

Au-delà de cette question du dernier mot, J. Waldron considère un autre aspect de la brutalité de la résolution du désaccord par un juge. Il s'attache ici à un regard plus global sur l'ensemble de la sphère politique. Il avance, en effet, que la légitimité n'est pas qu'une question relative aux relations entre les institutions et les citoyens. La légitimité concerne également les relations entre les citoyens eux-mêmes. Dès lors, il nous explique que les procédures et les institutions démocratiques légitimes sont celles qui ne diabolisent pas l'adversaire politique, qui ne le transforment pas en ennemi. Ainsi, les vainqueurs d'un débat parlementaire peuvent simplement dire qu'ils ont gagné et que les autres ont perdu. C'est la relativité des majorités parlementaires qui permettent de gagner, temporairement qui plus est, le débat. Or, s'agissant de la justice constitutionnelle, le vainqueur du contrôle de constitutionnalité peut dire aux autres qu'ils avaient « tort ». Ainsi, J. Waldron affirme que la légitimité *substantielle* est « intolérante par nature³⁶ ». La justice constitutionnelle aurait donc tendance à conflictualiser la démocratie³⁷. Il est possible ici de faire un lien avec la philosophe Chantal Mouffe qui, dans son ouvrage *L'illusion du consensus*, sans parler de justice constitutionnelle, regrette la moralisation du débat public. Elle désigne par cette expression la tendance à ne plus voir le conflit politique comme l'expression de différents choix possibles, mais comme un combat entre le bien et le mal. Dès lors, les adversaires politiques deviennent des ennemis. Les conflits agonistiques deviennent des conflits antagonistiques. C'est le syndrome pour elle d'une conception post-politique des sociétés occidentales³⁸. Il est intéressant de noter que cette conception post-politique, qui prétend donc, pour la reformuler en des termes proches de ceux de J. Waldron, nier le désaccord au profit d'une conception particulière du bien, est défendue par de nombreux auteurs libéraux³⁹. La justice constitutionnelle pourrait tout à fait être analysée comme un avatar de cette post-politique. C'est en tout cas la piste de réflexion ouverte par Jeremy Waldron :

It is sometimes said that the function of a constitutional scheme is to put certain positions beyond the reach of politics. "The idea of the Constitution," the US Supreme Court once said, "was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy." It is said that there are certain positions that are so oppressive or so discriminatory that they are not to be tolerated. They're to be taken off the agenda, demonized as beyond the pale. And we portray the constitutional court as patrolling this boundary, ensuring that the stuff beyond the pale is not ever brought back into regular politics. On this rhetoric, we say to our opponents after a victory in court: "You should never have been promoting that agenda in the first place." We no longer

³⁵ R. ALBERT, « The Most Powerful Court in the World? Judicial Review of Constitutional Amendment in Canada », *Supreme Court Law Review, University of Texas Law, Legal Studies Research Paper*, 2023, vol. 110, p. 79-101.

³⁶ J. WALDRON, « The Crisis of judicial Review », art. cité, p. 18.

³⁷ « *The more political issues we judicialize, the greater the presence of that form of incivility in our politics. That's how judicial review poisons our politics, even at its best. And in this time of crisis it seems that people are enraged at changes in the practice of judicial review, even though they're intended to repair its dysfunction, lamenting the anticipated loss of the opportunity to portray one's opponents in this light.* », *ibid.*, p. 18.

³⁸ C. MOUFFE, *L'illusion du consensus*, Paris, Albin Michel, trad. 2016.

³⁹ Sur cette notion, voir : M. LAINE, *Post-politique*, Paris, J.C. Lattès, 2009.

*exhibit any magnanimity as victors. In constitutional politics, we demonize our opponents for failing to have played by the most fundamental rules of the game*⁴⁰.

Le cœur de l'argumentation de J. Waldron est donc que le désaccord sur les droits implique, d'une part, que l'existence d'une « bonne réponse » est indéterminée et, d'autre part, que le juge n'est pas dans une position particulièrement privilégiée pour la trouver. Dans cette perspective, le désaccord doit être réglé par une institution disposant d'une légitimité démocratique forte : le parlement. J. Waldron doit cependant, pour arriver à cette conclusion, écarter l'argument phare des défenseurs du contrôle de constitutionnalité : la justice constitutionnelle sert à tempérer les risques du principe majoritaire.

II. PRENDRE AU SÉRIEUX LE PRINCIPE MAJORITAIRE

L'argument est tellement connu qu'il n'aurait plus besoin d'être éprouvé. Le contrôle de constitutionnalité des lois permettrait d'éviter qu'une majorité parlementaire ne devienne tyrannique. Pour autant, les chantres de cet argument vont rarement étudier de près ce qu'est le principe majoritaire, comment se forment les majorités et les minorités au sein des assemblées et plus largement dans la société. Dans sa critique de la justice constitutionnelle, J. Waldron va, de son côté, donner une place de choix à l'étude de ce principe majoritaire. Ainsi, prendre au sérieux le principe majoritaire c'est d'une part admettre que toute décision majoritaire n'est pas inévitablement tyrannique (A) et d'autre part constater que le juge constitutionnel décide lui aussi à la majorité, ce qui implique de fournir les raisons pour lesquelles cette majorité judiciaire devrait primer sur une majorité parlementaire (B).

A. La relativisation de la tyrannie de la majorité

J. Waldron, dans ses écrits, entend répondre à l'argument selon lequel le contrôle de constitutionnalité serait légitime dans la mesure où il permettrait de prévenir la tyrannie de la majorité. Sa réponse se fait en deux temps, d'abord, il défend le principe majoritaire dans la mesure où celui-ci n'est pas en lui-même tyrannique (1) et il réduit les risques de tyrannie de la majorité à celui des minorités dites « insulaires » (2).

1) La défense du principe majoritaire

La crainte de la tyrannie de la majorité n'est pas nouvelle. Elle se retrouve dans la pensée libérale classique comme contemporaine⁴¹. C'est probablement Alexis de Tocqueville qui a le mieux mis en lumière ce risque. Nous pourrions sur

⁴⁰ J. WALDRON, « The Crisis of judicial Review », art. cité, p. 17.

⁴¹ A. DE TOCQUEVILLE, *La démocratie en Amérique*, I, Partie 2, Chapitre VII, Paris, Gallimard, 1992 [1835], p. 287-291 ; B. CONSTANT, *Principes de politiques*, I, *Œuvres*, Paris, Gallimard, 1957 [1815], p. 1069-1078 ; J. S. MILL, *De la liberté*, Paris, Gallimard, 1990 [1859], p. 65-82 et p. 176-206 ; F. A. HAYEK, *La constitution de la liberté*, Paris, Litec, 1994 [1960], p. 101-116 ; N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, Paris, Cerf, 1996, p. 66-73 ; Pour la reprise de ces arguments libéraux au sein de la doctrine juridique, voir : J. ELSTER, « Tyranny and brutality of the majority », in S. NOVAK, J. ELSTER (dir.), *Majority Decisions. Principles and Practices*, New York, Cambridge University Press, 2014, p. 159 ; P. PASQUINO, « Majority rule in constitutional democracies: Some remarks about theory and practice », in S. NOVAK, J. ELSTER (dir.), *Majority Decisions. Principles and Practices*, op. cit., p. 219 ; S. ISSACHAROFF, « The majoritarian threat to democracy: Constitutional courts and the democratic past », in *ibid.*, p. 236.

ce point montrer que l'argumentation d'Alexis de Tocqueville et de ses successeurs comme Ronald Dworkin présuppose l'existence d'un droit naturel supérieur⁴². En affirmant qu'une majorité peut aboutir à des lois injustes, il faut connaître en amont le juste et l'injuste permettant d'évaluer la loi en question. Ce n'est pas l'argumentation retenue par J. Waldron. Il va préférer fixer sa réflexion sur le principe majoritaire en lui-même et sur l'existence du désaccord. Il commence par affirmer que toute décision majoritaire n'est pas l'exercice d'une tyrannie. Une décision majoritaire, à l'instar d'une loi adoptée par le Parlement, doit respecter une procédure particulière, elle est adoptée suite à un échange de raisons. Le principe majoritaire en lui-même n'est pas tyrannique, la preuve en est que les juges décident à la majorité et que personne ne leur reproche d'exercer une tyrannie. En revanche, il admet qu'une décision majoritaire, comme tout type de décision, peut aboutir à une décision tyrannique. Le fait qu'une majorité puisse opprimer une minorité n'a d'ailleurs rien à voir avec une quelconque procédure, une majorité peut très bien exercer sa tyrannie par la force.

Par ailleurs, toute décision majoritaire ne peut être qualifiée de tyrannique : est-ce qu'une loi qui n'intéresse pas les droits et libertés peut être qualifiée de tyrannique ? Sans doute pas. Est-ce qu'une loi reconnaissant l'existence d'un nouveau droit est tyrannique ? Pas d'avantage. Donc J. Waldron s'attelle à élucider ce qu'est une décision tyrannique ou non. Il affirme que toute décision peut être tyrannique dans ses effets dès lors qu'elle peut être reformulée sous forme de droits⁴³, notamment au profit ou au détriment d'une minorité. De plus, il faut prendre en compte, d'une part, le désaccord relatif aux droits et d'autre part les présupposés posés par J. Waldron à l'origine de son argumentation. Cela a plusieurs conséquences. D'abord, nous sommes, par hypothèse, dans une société dans laquelle, dans l'ensemble, les droits sont pris au sérieux par l'ensemble des citoyens. Dès lors, les hypothèses de tyrannie de la majorité s'avèrent réduites. En outre, l'existence d'un désaccord raisonnable sur les droits implique une difficulté à considérer les cas de tyrannie de la majorité. Il prend l'exemple de Dworkin qui affirme que les décisions majoritaires n'ont aucune légitimité dès lors que les droits de chacun ne sont pas respectés. Ainsi, la justice constitutionnelle est légitime, car elle permet de garantir cette condition de la démocratie. Néanmoins, cette affirmation peut être comprise de deux façons. Soit, il s'agit simplement d'affirmer qu'il doit exister une propension à prendre les droits des autres au sérieux, malgré le désaccord qui peut régner sur leur contenu, ce que valident les présupposés de J. Waldron. Soit, il s'agit pour Dworkin de justifier l'existence d'une institution capable d'imposer une « bonne réponse » sans tenir compte du désaccord raisonnable et dans ce cas la critique démocratique de la justice constitutionnelle proposée par J. Waldron continue à être valable⁴⁴. On voit ici néanmoins que l'argumentation de J. Waldron repose essentiellement sur l'ambiguïté de la formulation de certains de ces présupposés. Cette ambiguïté se manifeste parfois par le refus d'aborder certaines questions. Ainsi, J. Waldron affirme qu'aucun mécanisme institutionnel ne saurait suffire à protéger les droits de chacun dans une société où les citoyens ne souhaitent pas les protéger. Pour le dire autrement, aucun mécanisme institutionnel ne saurait se substituer à une culture des droits commune

⁴² À ce titre, voir l'argumentation de Pierre Brunet : P. BRUNET, « To Have and Have Not : De la difficulté contre-majoritaire et des moyens d'en sortir », art. cité, p. 126.

⁴³ J. WALDRON, « The Core of the Case against Judicial Review », art. cité, p. 235-236.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 237-238.

à l'ensemble de la société. Pourtant, il refuse⁴⁵ d'aborder la question de savoir si l'existence de la justice constitutionnelle pourrait, sans s'y substituer, contribuer à faire émerger cette culture des droits. Sans doute répondrait-il que cela peut justifier un contrôle de constitutionnalité de type *faible* mais en aucun cas le fait que le juge ait le dernier mot.

2) *Le problème des minorités insulaires*

Par ailleurs, l'étude du principe majoritaire donne à J. Waldron la possibilité de s'intéresser à la distinction entre la majorité et la minorité dans nos systèmes politiques. En effet, il s'attache à démontrer qu'il faut distinguer la minorité qui participe à la prise de décision et la minorité à qui l'on applique la décision⁴⁶. Le fait qu'il y ait une minorité au moment de la prise de décision semble normal et n'est pas en soi tyrannique. L'important est que cette minorité ait la possibilité à terme de devenir majoritaire par le jeu politique. On retrouve ici une inspiration Arendtienne, filiation que J. Waldron revendique régulièrement⁴⁷, dans la mesure où la philosophe allemande affirmait qu'il y a tyrannie de la majorité lorsque cette dernière, parvenue au pouvoir, adopte des décisions visant à conserver le pouvoir ou à rendre le changement de son titulaire plus complexe⁴⁸. Si l'on présuppose que la minorité décisionnelle change en fonction des élections ou simplement des enjeux d'une décision et qu'elle n'est pas liée à un statut social minoritaire au sein de la société, alors l'utilisation de la règle majoritaire n'a rien de despotique. Il y a donc risque de tyrannie de la majorité dans seulement deux cas. Premièrement, lorsque la majorité décisionnelle entreprend des réformes pour pérenniser son statut majoritaire. Deuxièmement, lorsqu'il y a une superposition entre minorité décisionnelle et minorité sociale. C'est *a fortiori* le cas lorsqu'on a affaire à des minorités « discrètes et insulaires⁴⁹ », c'est-à-dire des minorités qui n'ont aucun moyen de faire valoir leur point de vue au sein des institutions politiques classiques ; notamment parce qu'elles subissent des préjugés forts. Dans cette perspective, J. Waldron admet qu'il y a sans doute une utilité à la présence de la justice constitutionnelle.

Toutefois, il limite aussitôt cette hypothèse. D'abord, il considère que ces cas sont rares. En effet, la plupart des revendications des minorités statutaires (« *topical minority* ») sont relayées par au moins un parti politique. Si l'on prend l'exemple des droits des détenus, personnes qui pourraient être considérées dans une situation de minorité à la fois décisionnelle et statutaire, des partis politiques

⁴⁵ *Ibid.*, p. 209.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 235-236.

⁴⁷ À titre d'exemple, voir : J. WALDRON, « The Constitutional Politics of Hannah Arendt », in J. WALDRON, *Political political theory, op. cit.*, p. 290.

⁴⁸ Pour Arendt, en effet, « le principe de la majorité est inhérent au processus même de la prise de décision et figure donc dans toutes les formes du gouvernement, despotisme compris, à la seule exception peut-être de la tyrannie. C'est seulement là où la majorité, une fois la décision prise, entreprend de liquider politiquement et, dans les cas extrêmes, physiquement, la minorité d'opposition, que le mécanisme technique que constitue la décision de la majorité dégénère en règne de la majorité », H. ARENDT, « De la révolution (1963) », in *L'humaine condition. Recueil de textes réunis par P. Raynaud*, Paris, Gallimard, 2012, p. 473.

⁴⁹ Nous devons cette expression au juge Stone dans une opinion rédigée à l'occasion de l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). Voir aussi : J. H. ELY, *Democracy and distrust*, Cambridge, Harvard university press, 1980, p. 135 sq.

veillent à ce que leurs revendications soient entendues⁵⁰. Cependant, ce problème est d'autant plus prégnant dans le cas de pays fortement divisés sur le plan ethnique. Dans cette perspective, il pourrait être intéressant d'avoir un organe chargé de garantir que la minorité ethnique soit protégée, dans le processus politique, mais aussi dans son existence sociale. Toutefois, deux objections émergent des écrits de J. Waldron. D'une part, un pays ethniquement clivé verra le plus souvent la composition de la Cour retranscrire ce clivage ethnique. S'il y a lieu de penser que les organes politiques ne protègent pas les droits des plus défavorisés lorsqu'ils votent les lois, pourquoi le feraient-ils lorsqu'ils nomment des juges constitutionnels ? Cela renvoie à l'idée phare de J. Waldron selon laquelle il n'y a pas de différence de nature entre majorité parlementaire et majorité judiciaire. D'autre part, d'un point de vue plus empirique que théorique cette fois-ci, J. Waldron soutient l'argument selon lequel il est arrivé que certains juges prennent des décisions défavorables à certaines minorités. La jurisprudence de la Cour suprême américaine précédant l'arrêt *Brown*⁵¹ illustre à quel point le racisme endémique à la société américaine de l'époque irriguait également la pensée des juges⁵². L'efficacité du contrôle de constitutionnalité dans les périodes de fortes discriminations à l'égard de certaines minorités n'est donc pas garantie. Tous ces arguments poussent donc J. Waldron à affirmer que le seul problème des minorités insulaires ne peut à lui seul justifier l'existence du contrôle de constitutionnalité. On retrouve à nouveau ici un argument fort de sa démonstration : si les citoyens n'ont pas la volonté de protéger les droits de chacun, aucune institution ne pourra le permettre. Cela fait, *in fine*, reposer la liberté d'une société, moins sur ses arrangements institutionnels que sur un *éthos* favorable à la liberté⁵³.

Pour le dire autrement, dans un pays où les citoyens n'ont pas le souci des droits de chacun, il n'y a aucune raison de penser que les juges constitutionnels pensent différemment et qu'ils puissent y changer quoi que ce soit. Inversement, dans un pays où les citoyens ont le souci des droits de chacun, le contrôle de constitutionnalité pourrait être efficace, mais il s'avère alors inutile puisque le Parlement a un avantage indéniable dans la résolution du désaccord sur les droits. C'est d'ailleurs, le dernier point de sa démonstration que nous aborderons.

B. De la « difficulté contre-majoritaire » à l'opposition entre majorité parlementaire et majorité judiciaire

Le dernier argument en défense du principe majoritaire est celui selon lequel même les juges constitutionnels décident à la majorité. Dès lors, le contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas une procédure contre-majoritaire, mais consiste à faire primer une majorité judiciaire sur une majorité parlementaire (1).

⁵⁰ Richard Bellamy défend cette argumentation dans le prolongement de la pensée de J. Waldron et du concept de désaccord : R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, op. cit., p. 114 sq.

⁵¹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁵² À ce titre, voir : *Edward Prigg v. Commonwealth of Pennsylvania*, 41 U.S. 539 (1842) ; *Dred Scott v. Hogn F. A. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857) ; *Homer A. Plessy v. John H. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) ; Pour une étude, voir : I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017, p. 551-569.

⁵³ « *A practice of judicial review cannot do anything for the rights of the minority if there is no support at all in the society for minority rights.* », J. WALDRON, *Political political theory*, op. cit., p. 242.

Dans cette perspective, puisqu'il n'y a pas de différence de nature entre majorité judiciaire et majorité parlementaire, il faudrait privilégier la seconde, dans la mesure où elle serait plus démocratique (2).

1) *Le rapprochement entre majorité parlementaire et majorité juridictionnelle*

L'argument de la tyrannie de la majorité est souvent invoqué pour justifier le recours au juge constitutionnel. Pourtant, les cours de justice décident, elles aussi, le plus souvent à la majorité simple. Pourquoi donc ne pas parler de tyrannie de la majorité dans ce cas-là ? Voilà l'interrogation que soulève J. Waldron⁵⁴. En réalité, cette question n'est qu'un élément parmi une interrogation plus large : comment limiter le pouvoir du juge ? Si le constitutionnalisme consiste, au moins en partie, à limiter les pouvoirs, le constitutionnalisme juridique centré sur le juge constitutionnel ne parvient pas à penser la limitation de ce dernier. Cela renvoie à une problématique connue : *qui gardera les gardiens*⁵⁵ ? Il n'est pas sûr que cette question puisse recevoir une réponse satisfaisante. En effet, si l'on estime que tout contrôle doit être effectué par une entité extérieure, alors le contrôle de constitutionnalité ne peut aboutir qu'à une régression à l'infini. La seule hypothèse en faveur de la justice constitutionnelle qui pourrait fonctionner est d'affirmer que la fonction de juger est en elle-même limitée, ce qui la différencierait de la fonction législative : elle ne dispose ni de la bourse, ni de l'épée, selon l'expression consacrée⁵⁶ ; elle se contente d'aiguiller le législateur vers une autre procédure⁵⁷, etc. Il s'agit d'hypothèses qui ne sont pas vraiment étudiées par J. Waldron dans ses écrits, notamment parce qu'en se plaçant exclusivement du point de vue du désaccord, il tend à assimiler la délibération juridictionnelle à la délibération parlementaire : la technique est peu présente, la morale est prépondérante, le choix est déterminant, le vote est inévitable.

Pour revenir au principe majoritaire, J. Waldron explique qu'il n'existe en réalité aucune raison valable, ou à tout le moins, aucun discours justificateur, expliquant pourquoi le juge résout les litiges à la majorité simple. On pourrait d'ailleurs imaginer d'autres systèmes : les tribunaux pourraient être obligés de décider à l'unanimité ou à la majorité renforcée⁵⁸. Il étudie les trois arguments avancés pour justifier ces décisions à la majorité. Le premier, qu'il écarte rapidement, est celui de l'efficacité. Le principe majoritaire est un principe simple et efficace pour prendre des décisions. J. Waldron ne le nie pas, pour autant il soulève deux objections. Premièrement, pourquoi alors ce principe majoritaire est-il critiqué lorsqu'il est appliqué au Parlement ? Deuxièmement, l'efficacité n'a pas forcément de lien avec la légitimité. Si seule l'efficacité est recherchée en matière de justice

⁵⁴ *Ibid.*, p. 231 ; « Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts? », in *ibid.*, p. 246-273.

⁵⁵ « Lorsqu'on ne met la garantie contre l'abus d'un pouvoir que dans un autre pouvoir, il faut une garantie contre ce dernier ; ce besoin de garantie renaît toujours et n'a pas de bornes », B. CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, Paris, Aubier, 1991, p. 441. Sur ce thème, voir : P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, p. 259 sq.

⁵⁶ A. HAMILTON, « The Judiciary Department », *The Federalist*, n°LXXVIII.

⁵⁷ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle de la Haute Cour constitutionnelle en Autriche*, Paris, *Economica*, 1986, p. 17.

⁵⁸ J. Waldron prend d'ailleurs l'exemple de la Cour suprême du Nebraska qui décide avec une majorité de cinq juges sur sept, ou encore celle du Dakota du Nord, qui tranche par une majorité de quatre juges sur cinq.

constitutionnelle, pourquoi ne pas décider de l'inconstitutionnalité d'une mesure à pile ou face ? C'est que les institutions politiques ont besoin d'un autre type de légitimité que la simple efficacité. Le deuxième argument étudié par J. Waldron est l'argument épistémique. Il s'agirait d'appliquer le théorème de Condorcet⁵⁹ selon lequel plus une décision reçoit de soutien, plus elle est susceptible d'être vraie, dès lors que la probabilité que chaque participant à la décision trouve la bonne réponse est supérieure à 50 %. Dans cette hypothèse, plus le nombre de participants à la décision est important, plus ils sont susceptibles de trouver la meilleure réponse. C'est un argument intéressant et qui pourrait très bien s'appliquer aux tribunaux dès lors que l'on considère que les magistrats disposent d'une véritable expertise. Cela implique néanmoins de penser qu'il existe bien une bonne réponse et que l'interprétation de la Constitution relève d'un acte de connaissance et non pas d'un acte de volonté. Il n'est pas sûr qu'une expertise entre en jeu, dans la mesure où les questions d'interprétations ne sont qu'en partie des questions de techniques juridiques, mais aussi des questions de valeurs. Par ailleurs, ce théorème serait plus pertinent encore si les tribunaux décidaient à la majorité qualifiée. Reste l'argument de l'égalité entre les participants à la délibération. Tous les juges se valent, tous les juges ont été nommés selon la même procédure, il n'y a donc pas de raison de privilégier la voix de l'un sur l'autre. Au demeurant, s'il fallait privilégier l'un d'entre eux, qui cela devrait-il être et sur la base de quel critère ? Le juge le plus ancien, car il a le plus d'expérience ? Le juge le plus récemment nommé, car il est susceptible d'être le plus en phase avec les besoins de la société ? Malgré ces objections, l'argument de l'égalité est sans doute l'argument en faveur d'une décision majoritaire le plus satisfaisant. Il est d'ailleurs celui qui justifie l'utilisation du principe majoritaire lors des élections ou lors de l'adoption de décisions au sein du Parlement. Admettre cet argument, c'est rapprocher encore un peu la majorité parlementaire et la majorité judiciaire, en leur donnant un même principe de légitimité⁶⁰.

Pour J. Waldron, la critique de la tyrannie de la majorité a finalement peu à voir avec le principe majoritaire en lui-même, car ce dernier s'applique aussi au sein des tribunaux. Les défenseurs du contrôle de constitutionnalité ne s'opposent pas vraiment au principe majoritaire et à ses distorsions propres, mais s'opposent en réalité aux décisions majoritaires prises par les représentants ou les citoyens. La critique de la tyrannie de la majorité n'est donc qu'un autre avatar de la méfiance des défenseurs du constitutionnalisme à l'égard de la démocratie. Dès lors, prendre conscience de l'importance du principe majoritaire au sein des tribunaux doit nous pousser à ne plus opposer vote et délibération, mais à penser le vote comme l'aboutissement d'une délibération qui peut, au demeurant, porter sur des questions de principe. Même si l'on peut suivre l'argumentation de J. Waldron, il semble néanmoins négliger les différences qui peuvent émerger entre une majorité parlementaire et une majorité juridictionnelle. Ainsi, sans doute n'est-ce pas le principe majoritaire en tant que tel qui est critiqué par les défenseurs du contrôle de constitutionnalité, mais J. Waldron semble de son côté négliger le fait qu'une majorité parlementaire n'a pas la même nature qu'une majorité juridictionnelle. En effet, au Parlement, des jeux d'alliances et de coercition se jouent. C'est peut-être moins le principe majoritaire que d'autres caractéristiques de la délibération

⁵⁹ N. DE CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris, Imprimerie royale, 1785.

⁶⁰ On pourrait même avancer, comme le fait J. Waldron, que cet argument semble beaucoup plus fort en matière de décision parlementaire qu'en matière de décision juridictionnelle. J. WALDRON, « Five to Four : Why do Bare Majorities Rule on Courts ? », art. cité, p. 266-267.

parlementaire qui empêchent partiellement une délibération de qualité. À ce titre, les mécanismes du « parlementarisme rationalisé » aboutissent à couper court à la délibération et parfois même à l'adoption de décisions minoritaires. En outre, la discipline de parti, renforcée par ces mécanismes, a aussi un impact sur la délibération. Si la délibération implique la possibilité de changer d'avis sur une question donnée⁶¹, la discipline de parti a l'effet inverse. Bien qu'elle permette de faire le lien entre vote des électeurs et le comportement d'un représentant à l'assemblée, cette discipline partisane traduit davantage une conception strictement agrégative de la démocratie plutôt qu'une conception délibérative. Évidemment, les juges prennent des décisions en fonction de leurs préférences politiques, mais ils ne sont pas soumis, grâce à leur statut protecteur, à une quelconque discipline. La délibération juridictionnelle est donc le fruit d'une opposition individuelle et pas d'une opposition partisane. Sans achever pour autant le débat de la légitimité de la justice constitutionnelle, cet argument aurait mérité d'être étudié par J. Waldron.

2) *L'avantage démocratique de la majorité parlementaire*

Le contrôle de constitutionnalité n'a rien d'une difficulté contre-majoritaire ; il consiste plutôt à faire primer une décision prise par une majorité de juges sur la décision prise par une majorité de parlementaires. Reformulée ainsi, et déniait chemin faisant toute spécificité au travail du juge, la difficulté engendrée par le contrôle de constitutionnalité ne semble pas pouvoir être dépassée. En effet, le dernier élément de la démonstration de J. Waldron est d'indiquer que si nous prétendons vivre dans une démocratie, les décisions parlementaires doivent primer. Les décisions prises par la majorité parlementaire seraient plus démocratiques que celles prises par une majorité de juges. Cela prend au moins deux significations sous la plume de J. Waldron. Premièrement, il faut préférer une majorité élue, à un organe non élu et irresponsable politiquement. C'est un argument connu qui fait du vote et de la représentation des éléments de définition de la démocratie. Même si les procédures de vote et de représentation sont imparfaites, elles permettraient d'aboutir à une approximation d'un vote direct du peuple⁶². Deuxièmement, dans un sens plus complexe, cela renvoie également à l'idée selon laquelle le Parlement est un organe qui a été créé dans le but de légiférer, de prendre en compte les opinions divergentes et qui est perçu comme tel par la population. Le Parlement est démocratique, car il est identifié comme un organe de législation, alors même que si le juge constitutionnel est un organe qui crée du droit, sa légitimité n'est pas fondée sur cette fonction. À ce titre, J. Waldron distingue les notions d'« *explicit legislation* » et d'« *implicit legislation*⁶³ ». Si le juge crée du droit, la représentation générale qui est faite de son travail par un citoyen est qu'il applique la Constitution.

L'argumentation de J. Waldron pourrait sans doute être critiquée dans la mesure où il ne semble faire que peu de cas de la distinction entre régime représentatif et démocratie. Au sens strict, le régime représentatif ne peut s'assimiler à la démocratie. Les défenseurs du contrôle de constitutionnalité ne manquent pas de

⁶¹ J. ELSTER, « Le marché et le forum. Trois variétés de théorie politique », in C. GIRARD, A. LE GOFF (dir.), *La démocratie délibérative. Anthologie de textes fondamentaux*, Paris, Hermann, 2010 [1986], p. 119.

⁶² J. WALDRON, « The Core of the Case Against Judicial Review », art. cité, p. 228-229.

⁶³ J. WALDRON, « Representative Lawmaking », in J. WALDRON, *Political political theory, op. cit.*, p. 126-129.

le rappeler afin de contrer l'argument de son absence de légitimité démocratique. La justice constitutionnelle est une anomalie démocratique... à l'instar du Parlement⁶⁴ ! Même s'il n'aborde pas de front cette problématique, on trouve chez J. Waldron des éléments permettant d'y répondre. Pour le professeur new-yorkais, la légitimité n'est pas une question d'absolu, elle est en partie relative, « comparative⁶⁵ ». Si le processus électoral et la responsabilité politique ne suffisent pas à donner une légitimité démocratique au Parlement, c'est *a fortiori* le cas pour les juges constitutionnels. En somme, il retourne l'argument précédent en constatant que la légitimité procédurale, si elle n'est pas parfaite, a tendance à jouer davantage en faveur du Parlement que des tribunaux. Aussi, pourrait-on ajouter, la justice constitutionnelle pourrait davantage s'analyser comme un renforcement du caractère représentatif d'un régime politique que comme un palliatif à celui-ci⁶⁶. En outre, J. Waldron ne se positionne pas directement sur la correspondance entre le travail parlementaire et un quelconque idéal démocratique, il s'interroge toujours sur la meilleure façon de résoudre le désaccord. Dans cette perspective comparative, la majorité parlementaire donne plus de garanties qu'une majorité de juges non élus.

*
**

Dans ses derniers écrits, Jeremy Waldron revient sur certains de ses présupposés moraux et notamment son rejet de l'unité de la sphère axiologique⁶⁷ (c'est-à-dire l'idée selon laquelle « les valeurs éthiques et morales dépendent les unes des autres⁶⁸ »). Toutes les valeurs ne sont pas forcément compatibles entre elles, c'est pourquoi le travail du philosophe est de distinguer les concepts et d'étudier leurs interactions. Alors qu'une partie des juristes et des philosophes ont tendance à assimiler la démocratie et le constitutionnalisme, J. Waldron préfère les séparer. Nos sociétés sont constituées par des compromis entre des valeurs qui peuvent être contradictoires. L'équilibre que nous entendons trouver entre

⁶⁴ « Plutôt que de traficoter les concepts, il convient de reconnaître qu'il n'est rien possible de répondre aux critiques présentant le Conseil comme une anomalie démocratique. Dans le cadre de légitimité qui est le leur, où le mot "démocratie" est lié au mot "suffrage universel", le juge constitutionnel est un intrus. Et il conviendrait de nommer autrement un régime qui accueille un contrôle de constitutionnalité : libéral ou mixte, mais pas démocratique. Mais cette injonction oublie que la dénomination "démocratie" donnée au régime contemporain fondé sur la représentation ne s'est imposée que par... l'oubli de sa dénomination originelle "régime représentatif" dont Sieyès disait qu'il ne pouvait s'appeler... "démocratie" ! Qui revendique une pureté de langage, qui en appelle à une cohérence interne du langage ne peut donc appeler "démocratie" un régime représentatif. Ou, s'il le fait, il doit admettre qu'il a disposé arbitrairement du mot "démocratie" et qu'il ne peut ériger cet arbitraire en mesure objective de la qualité démocratique d'une institution, en l'occurrence, le Conseil constitutionnel », D. ROUSSEAU, « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus Politicum*, n° 7, mai 2012, p. 10-11.

⁶⁵ « Legitimacy is partly comparative », J. WALDRON, « The Core of the Case Against Judicial Review », in J. WALDRON, *Political political theory*, *op. cit.*, p. 229.

⁶⁶ O. BEAUD, « Les mutations de la V^e République ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, p. 25.

⁶⁷ J. WALDRON, *L'État de droit et la mesure de la propriété*, *op. cit.*, p. 64-66. Il se positionne ainsi dans la lignée de Joseph Raz et critique le positionnement de Ronald Dworkin à cet égard.

⁶⁸ R. DWORKIN, *Justice pour les hérissons*, Genève, Labor et Fides, trad. 2015, p. 13

démocratie et constitutionnalisme est difficile à trouver. Pour beaucoup, cet équilibre est permis par la justice constitutionnelle. J. Waldron prend une autre voie. Sa critique du contrôle de constitutionnalité est fondamentale, elle bouscule certaines croyances et oblige ses défenseurs à produire un discours justificateur plus abouti. En France, si l'organisation du Conseil constitutionnel est toujours critiquée, une grande majorité de la doctrine ne s'interroge plus sur la légitimité même du contrôle de constitutionnalité ; il serait sans doute temps de lire J. Waldron et de répondre à son défi.

Thibault Carrère

Thibault Carrère est Maître de conférences à l'Université d'Avignon. Membre du Laboratoire JPEG et chercheur associé au CERCOP. Il est l'auteur de la thèse *La démocratie constitutionnelle à l'épreuve du républicanisme. Sur la dualité philosophique du constitutionnalisme moderne* (Paris, Mare & Martin, à paraître 2024).

Les ambiguïtés de l'hostilité au contrôle de constitutionnalité sous la IV^e République

L'hostilité du droit public français antérieur à 1958 au contrôle de constitutionnalité est l'une des idées les plus solidement établies qui soit¹. La cause principale de cette hostilité serait à rechercher dans le fait que « la tradition républicaine française antérieure à 1958 reposait sur l'idée de souveraineté parlementaire² », véritable « dogme constitutionnel³ » et partie intégrante de la « culture républicaine⁴ » caractérisant les régimes parlementaires des III^e et IV^e Républiques. Cette place éminente du Parlement s'accompagnait d'un certain légicentrisme plébiscitant la loi « expression de la volonté générale » et allait de pair avec une relégation d'un pouvoir judiciaire que l'on n'osait pas nommer ainsi. Aucun acteur institutionnel autre que le Parlement lui-même ne devait apprécier la régularité des actes législatifs⁵. À cet égard, la IV^e République se serait inscrite dans le droit fil de sa devancière en « institutionnalisant la souveraineté parlementaire⁶ » et en réaffirmant le « refus de la suprématie constitutionnelle⁷ », malgré l'existence bien connue d'un « embryon de contrôle de constitutionnalité⁸ » lié à la mise en place du Comité constitutionnel. Ce dernier, limité à un « rôle symbolique⁹ », se serait révélé un échec, tout en établissant un « précédent¹⁰ » heureux pour la suite et l'acclimatation postérieure d'une certaine forme de contrôle de constitutionnalité des lois en France. Il a ainsi fallu attendre

¹ Je tiens ici à remercier Renaud Baumert pour la précieuse relecture dont ce texte a pu bénéficier. Toute approximation ou coquille éventuelle demeure bien sûr de ma propre responsabilité.

² P. BRUNET, F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2023, 44^e édition, p. 798.

³ P. WILLIAMS, *La vie politique sous la IV^e République*, Paris, Armand Colin, 1971, p. 519.

⁴ M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, Paris, LGDJ, 2022, 17^e édition, p. 400-401.

⁵ Et cela malgré le caractère réfutable des arguments de principe habituellement invoqués (voir J. BONNET, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Paris, Dalloz, 2009, p. 171 et s.).

⁶ J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 2022, 36^e édition, p. 570.

⁷ M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, *op. cit.*, p. 409.

⁸ L'expression, initialement employée par Jeanne Lemasurier (J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris, LGDJ, 1953, p. 234), a été par la suite couramment reprise (par ex. J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, Paris, Dalloz, 2002, p. 393).

⁹ L. FAVOREU, A. ROUX, P. GAÏA et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2022, 25^e édition, p. 369.

¹⁰ J. BONNET, P.-Y. GADHOUN, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2020, 12^e édition, p. 17.

1958 pour que le contrôle de constitutionnalité des lois soit véritablement instauré en France¹¹.

Ce récit contient certainement une grande part de vérité. Il mérite peut-être d'être précisé à certains égards, notamment en ce qui concerne la portée exacte de l'hostilité au contrôle de constitutionnalité à partir de 1946. Si le débat autour de l'opportunité d'une garantie constitutionnelle est, sous la IV^e République, moins vif qu'il n'a pu l'être sous la III^e République¹², il n'en est pas moins important. Il pourrait être en effet tentant, *a posteriori*, de présenter le rejet du contrôle comme un combat d'arrière-garde quelque peu provincial, mené au nom de traditions désuètes et allant à l'encontre du développement du constitutionnalisme juridictionnel à travers le monde. Une telle lecture ne rendrait toutefois pas justice à la richesse des débats ayant eu lieu en 1946 au sujet du contrôle de constitutionnalité. L'évocation du contrôle de constitutionnalité sous la IV^e République ne peut en effet s'arrêter au simple constat de la persistance d'une « tradition hostile au contrôle¹³ » : bien au contraire, les débats constitutifs témoignent justement de la manière dont cette tradition est remise en cause à la Libération par une part notable des forces politiques. En 1946, l'argument de la protection de la « souveraineté parlementaire » semble avoir déjà perdu beaucoup de terrain.

Les constituants sont en effet, pour une importante partie d'entre eux, à la recherche d'une forme de garantie constitutionnelle – au sens de l'organisation d'une procédure permettant d'apprécier la régularité des actes juridiques, en l'occurrence les actes législatifs, par rapport à la Constitution¹⁴. S'ils sont conscients de l'importance d'un tel mécanisme pour protéger leur œuvre constituante, ils se refusent toutefois à confier la tâche de gardien de la constitution à un « juge », qu'il s'agisse du juge ordinaire ou d'un organisme juridictionnel *ad hoc* composé de magistrats. Le modèle américain de la « Cour suprême » agit ainsi comme un puissant repoussoir, sans pour autant entraîner condamnation de toute garantie constitutionnelle. Il pousse néanmoins une partie des constituants à se mettre en quête d'un « troisième système¹⁵ » destiné à permettre la mise en place d'une garantie constitutionnelle évitant tout à la fois les inconvénients du contrôle par une Cour suprême et les inconvénients de l'absence de contrôle. De ces discussions et compromis politiques naît le Comité constitutionnel de la Constitution de 1946.

La portée de l'hostilité au contrôle de la constitutionnalité des lois sous la IV^e République est donc moins évidente qu'il n'y paraît. Le motif de cette hostilité n'est pas une défense anachronique de la tradition ou de la toute-puissance du Parlement. Au contraire, les travaux préparatoires des projets constitutionnels abordent des sujets qui n'ont bien souvent rien perdu de leur actualité. Ils traitent en effet d'une question qui préoccupe aujourd'hui encore au plus haut point le

¹¹ M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2023, 6^e édition, p. 606.

¹² G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 2020, 5^e édition, p. 162-172. Voir également R. BAUMERT, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Paris, LGDJ, 2009, p. 25-109.

¹³ G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 1959, 8^e édition, p. 90.

¹⁴ G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit constitutionnel processuel constitutionnel*, Paris, LGDJ Lextenso, 2021, p. 325.

¹⁵ A. PHILIP, *Séances de la commission. Comptes rendus analytiques imprimés en exécution de la résolution votée par l'Assemblée le 25 avril 1946*, Paris, Imprimeries de l'Assemblée nationale constituante, 1946, p. 133.

constitutionnalisme contemporain : comment organiser la protection de la Constitution tout en conciliant contrôle de constitutionnalité et démocratie ?

L'étude de la réponse apportée sous la IV^e République à cette question permet de souligner deux aspects du problème, lesquels soulèvent des ambiguïtés que cette contribution se propose de mettre en avant.

La première concerne les limites de l'hostilité proverbiale de la culture républicaine française au contrôle de constitutionnalité. Cette hostilité n'est pas en 1946 un bloc monolithique et nécessite une lecture fine. Sur un plan politique, l'exception d'inconstitutionnalité (et tout système impliquant le juge ordinaire ou un organe ressemblant à une Cour suprême) fait certes l'objet d'un rejet quasi général. Ce dernier n'emporte pas pour autant rejet de l'idée d'une garantie constitutionnelle : malgré les dissensions vives au sein des constituants, il se trouve ainsi – à plusieurs reprises, de manière temporaire puis définitive – une majorité pour approuver l'idée d'une garantie constitutionnelle, pourvu que cette dernière soit confiée à un organe *ad hoc* et limitée à un contrôle procédural. Cela n'en demeure pas moins une garantie constitutionnelle prenant la forme d'un contrôle de la conformité des lois à la Constitution. Cette garantie a beau avoir été en partie neutralisée sous la IV^e République, elle n'est pas pour autant « nulle » et génère en définitive autant d'attentes que d'hostilité. Ce constat est au demeurant cohérent avec le fait que sa reprise en 1958, sous la forme du Conseil constitutionnel, puisse se faire sans opposition majeure¹⁶.

Le second aspect que cette contribution souhaiterait mettre en valeur, c'est le poids des choix opérés en 1946 sur le développement ultérieur du contrôle de la constitutionnalité des lois en France. Il y a ici un paradoxe : partant d'une bonne question (« comment concilier garantie constitutionnelle et principe démocratique ? »), les constituants ont abouti à une réponse somme toute décevante. En fait de « troisième voie », la solution consacrée a simplement consisté en la mise en œuvre d'un embryon de juridiction constitutionnelle. Si l'objet de ce dernier est des plus classiques – l'exercice d'un pouvoir de veto bloquant la promulgation d'une loi estimée, à partir d'une analyse « juridique », contraire à la Constitution¹⁷ –, la particularité du Comité réside plutôt dans ses limites statutaires et procédurales. Du fait d'un compromis constitutionnel bancal, la France n'a ainsi été engagée sur la voie du contrôle de la constitutionnalité des lois qu'à la condition que l'organe auquel ce contrôle est confié soit lourdement handicapé du fait de ses procédures et maintenu dans la dépendance des autres organes constitutionnels du fait de sa composition. Ce choix, réitéré en 1958 et non sérieusement démenti depuis, malgré la dimension nouvelle prise par le Conseil constitutionnel, explique à certains égards la situation actuelle du contrôle de constitutionnalité des lois : dotées d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois sans que les constituants n'aient jamais entendu

¹⁶ Ce consensus qui succède aux vifs débats de 1946 s'explique en partie par le fait que le Parti communiste français, élément bloquant en 1946, n'était pas partie prenante aux travaux du comité consultatif constitutionnel en 1958.

¹⁷ Essayant de donner une définition matérielle de la juridiction constitutionnelle, Marcel Waline proposait les critères suivants pour identifier un organe constitutionnel prenant part à la juridiction constitutionnelle : l'organe constitutionnel doit « dire le droit », sans y ajouter aucune règle nouvelle ; il ne doit statuer qu'en droit, c'est-à-dire selon des motifs juridiques et ne pas se laisser influencer par des motifs politiques ; il ne doit pas pouvoir revenir sur sa décision, qui a ainsi force de « vérité légale » y compris pour lui-même (M. WALINE, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français », *RDP*, 1928, p. 443-445).

officiellement consacrer une juridiction constitutionnelle de plein exercice, les institutions françaises sont encore, à bien des égards, tributaires d'ambiguïtés qui n'ont pas été tranchées depuis 1946. Cela ne signifie pas que l'histoire du contrôle de constitutionnalité en France depuis 1945 soit purement linéaire ou soit le simple fruit de considérations juridiques¹⁸ : plus simplement, il s'agit de souligner que des choix décisifs pour la voie française vers le contrôle de constitutionnalité des lois sont faits dès 1946 et qu'ils n'ont pas été véritablement remis en cause par la suite¹⁹.

La IV^e République marque ainsi une étape importante dans l'adoption en France d'une forme de garantie constitutionnelle. Les constituants de 1946 ont en effet tenté d'apporter à la question classique de la conciliation entre contrôle de constitutionnalité et démocratie une réponse originale (I). Si les contingences liées au rapport de force politique à la Libération ont réduit à peu de choses le résultat de leurs efforts, la période de 1946 à 1958 témoigne néanmoins des progrès réalisés alors par l'idée de garantie constitutionnelle (II). Malgré l'échec de la poursuite d'une hypothétique « troisième voie », le Comité constitutionnel a ainsi ouvert la voie au Conseil constitutionnel et à l'acclimatation en France d'une forme de contrôle somme toute éloignée des attentes initiales des constituants de 1946 (III).

*
**

I. LA RECHERCHE D'UNE GARANTIE CONSTITUTIONNELLE EN 1946

Les débats constituants de 1945-1946 témoignent du fait qu'une grande partie des constituants sont convaincus de la nécessité d'intégrer à la future Constitution une forme de « garantie constitutionnelle ». L'idée n'est pas neuve : le débat relatif à la protection de la Constitution contre les lois potentiellement inconstitutionnelles plonge ses racines dans les débats ayant animé la III^e République et a été entretenu par les nombreux projets de Constitution élaborés durant la guerre, qu'ils proviennent de la Résistance²⁰ ou de Vichy²¹. Les débats s'inscrivent alors dans un cadre classique opposant « contrôle politique » et « contrôle judiciaire » de la constitutionnalité des lois, selon une distinction consacrée par la doctrine de l'époque²² et toujours employée aujourd'hui malgré ses limites²³. Si les débats au sein des Assemblées constituantes ne sont donc pas

¹⁸ Selon toute vraisemblance, les ressorts de la montée en puissance du Conseil constitutionnel à partir de 1974 dépassent l'horizon de l'analyse juridique des institutions et impliquent une combinaison de facteurs politiques et sociaux autrement plus complexe (B. FRANÇOIS, « Le Conseil constitutionnel et la V^e République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFSP*, n° 47, 1997, p. 377).

¹⁹ L'accent mis sur la continuité, à cet égard, entre la IV^e et la V^e République a également été défendu par d'autres travaux récents (voir M. CHARPY, « Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IV^e République », *Jus politicum*, n° 16, 2016).

²⁰ Voir J.-É. CALLON, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, Paris, La documentation française, 1998.

²¹ J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Domat-Montchrestien, 1947, 2^e édition, p. 339.

²² Voir par ex. *ibid.*, p. 310-312 ; G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 124-125 ; M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1957, p. 199-201.

²³ G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 269.

fondamentalement originaux²⁴, ils ont toutefois l'intérêt de conserver, pour le lecteur contemporain, une grande part d'actualité. Les arguments mobilisés en faveur et en défaveur de la « garantie constitutionnelle » sont tout à la fois classiques et efficaces, menant à la tentative d'élaborer une troisième voie pouvant faire office de compromis entre ceux qui réclament une telle garantie et ceux qui la récuse.

A. Les arguments des défenseurs de la garantie constitutionnelle

En suivant la grille de lecture employée par Guillaume Tusseau pour expliquer l'instauration d'un dispositif de justice constitutionnelle²⁵, il est possible d'identifier trois types d'arguments mobilisés en faveur de la consécration d'une garantie constitutionnelle : l'argument logique, l'argument politico-institutionnel et l'argument stratégique.

1. L'argument tiré de la logique juridique

L'argument tiré de la logique juridique repose sur l'idée simple que la garantie constitutionnelle est liée à la « nature » du constitutionnalisme²⁶, puisqu'une constitution écrite ne pourrait voir sa suprématie garantie en l'absence de tout mécanisme empêchant les pouvoirs constitués d'adopter des règles inconstitutionnelles. L'argument est simple mais efficace²⁷ et il n'est pas surprenant de constater qu'il est largement mobilisé dans les débats constitutifs. Il est en effet rapidement acquis que les constituants entendent rédiger une constitution rigide dont la révision doit passer par des formes spécifiques. René Capitant souligne d'ailleurs lors des débats que cette distinction ferme entre pouvoir constituant et pouvoir législatif est, à son sens²⁸, une différence majeure avec les lois constitutionnelles de 1875²⁹. Pour que cette distinction soit toutefois assurée, il faut intégrer à la constitution future une forme ou une autre de garantie constitutionnelle. Le député SFIO Gilbert Zaksas résume le problème de manière simple devant la première commission de la constitution : « il est possible

²⁴ Les débats constitutifs de 1946 ont déjà fait l'objet de nombreuses études, parmi lesquelles : F. PISANI-FERRY, *Le problème constitutionnel et l'opinion publique en France de 1940 à 1946*, Paris, Thèse de droit, 1947 ; J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, *op. cit.* ; J. BOUGRAB, « Le contrôle de constitutionnalité des lois dans l'élaboration de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RFDC*, n° 38, 1999, p. 285. Ces événements sont également relatés par Léo Hamon dans son ouvrage consacré à l'émergence du pouvoir du juge constitutionnel en France (L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Paris, Fayard, 1987, p. 125 et s.).

²⁵ G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 244 et s.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, p. 245.

²⁸ René Capitant s'inscrit ici dans le droit fil des analyses de Raymond Carré de Malberg relatives à l'identité entre pouvoir législatif et pouvoir constituant dans les lois constitutionnelles de 1875 (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, tome 2, p. 605-608). D'un autre côté, cette approche a été discutée dans la mesure où, formellement, ces lois constitutionnelles consacrent une procédure de révision constitutionnelle qui est distincte de la procédure d'adoption des lois ordinaires (ce qui demeure la caractéristique d'une constitution dite « rigide »).

²⁹ R. CAPITANT, *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 138.

d'admettre qu'on ne fasse pas de constitution ; mais si l'on veut en faire une, il faut qu'on dise comment son application sera garantie³⁰. »

L'argument est ainsi largement mobilisé dans les débats, de la droite (où le député André Mutter cite le juge Marshall et invoque le raisonnement de ce dernier dans la célèbre jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis *Marbury c. Madison*³¹) à la SFIO (où le député Zaksas souligne qu'en l'absence de tout contrôle de constitutionnalité des lois, il n'y aurait pas de constitution³²) en passant par le MRP (où le député François de Menthon rappelle que la souveraineté de l'Assemblée est limitée par la Constitution³³ tandis que le député Robert Lecourt fait appel au « bon sens » pour faire admettre qu'aucune loi ne peut demeurer sans sanction³⁴). L'argument est d'autant plus mobilisé que l'exemple de la loi du 10 juillet 1940 est encore très présent dans les esprits³⁵. Il y a là un argument puissant en faveur d'une procédure de révision rigide et protégée par un mécanisme de garantie excluant toute tentative de modification « indirecte » du texte constitutionnel.

L'argument logique ne fait pas pour autant l'unanimité. Il ne convainc guère les communistes et leurs alliés, résolument opposés à toute forme de garantie constitutionnelle – ou, du moins, à toute forme de garantie constitutionnelle extérieure à l'Assemblée nationale elle-même³⁶. Pierre Cot expose ainsi devant les constituants ce qui est à ses yeux la seule « thèse démocratique » en la matière, celle qui « veut que les élus soient les garants de leurs propres lois, sous le contrôle de l'opinion publique³⁷ ». Derrière cette opposition à tout contrôle de la conformité des lois à la constitution confié à un organe extérieur à l'Assemblée, il y a un désaccord de fond sur l'opportunité de limiter la souveraineté de l'Assemblée. Pierre Cot et les communistes se révèlent ainsi hostiles à toute formule actant expressément la limitation de la souveraineté de l'Assemblée nationale par la Constitution³⁸. Au fond, c'est la suprématie constitutionnelle elle-même que les représentants communistes récusent pour des raisons qui mêlent vraisemblablement doctrine – les idées constitutionnalistes de séparation des pouvoirs et de garantie constitutionnelle s'accommodant mal de la souveraineté populaire ou de la dictature du prolétariat – et stratégie politique – les résultats électoraux du PCF en 1945-1946 étant suffisamment prometteurs pour laisser

³⁰ G. ZAKSAS, *Séances de la commission de la Constitution, op. cit.*, p. 138.

³¹ Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 18 avril 1946, p. 2015.

³² G. ZAKSAS, *Séances de la commission de la Constitution, op. cit.*, p. 134.

³³ F. DE MENTHON, *Séances de la commission de la Constitution, op. cit.*, p. 139.

³⁴ Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 18 avril 1946, p. 2005.

³⁵ F. LEEHNARDT, Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 18 avril 1946, p. 2016.

³⁶ Les représentants communistes au sein des Assemblées constituantes défendent la thèse selon laquelle c'est à l'Assemblée nationale qu'il incombe d'apprécier la conformité à la Constitution des textes qu'elle adopte (E. FAJON, *Séances de la commission de la Constitution, op. cit.*, p. 135). Cette thèse génère un certain scepticisme, Pierre-Emmanuel Guillet (SFIO) faisant valoir que l'Assemblée est, dans ce cas de figure, à la fois juge et partie. Quant à Jacques Fonlupt-Espéraber (MRP), il prédit qu'il sera, dans une telle configuration, improbable qu'il puisse y avoir des lois jugées « inconstitutionnelles » (*Séances de la commission de la Constitution, op. cit.*, p. 136).

³⁷ P. COT, *Séances de la commission de la Constitution, op. cit.*, p. 137.

³⁸ *Ibid.*, p. 407. D'une manière encore plus explicite, le député Étienne Fajon est allé jusqu'à affirmer qu'il « n'y a rien » qui soit au-dessus de la souveraineté nationale, laquelle est exprimée par l'Assemblée (*Séances de la commission de la Constitution, op. cit.*, p. 36).

espérer une nette majorité parlementaire de gauche et d'extrême-gauche dans les années à venir. Les représentants communistes sont toutefois minoritaires sur ce terrain, ce qui traduit en creux le fait qu'une majorité de constituants est prête à acter la limitation de la souveraineté de l'Assemblée par la Constitution.

2. L'argument tiré de l'équilibre institutionnel

La recherche d'un certain équilibre politico-institutionnel est le second motif poussant à établir un mécanisme de justice constitutionnelle³⁹. Une fois encore, l'argument est consubstantiel à la logique du constitutionnalisme, lequel entend distribuer les pouvoirs afin d'éviter toute concentration excessive mettant en péril les chances d'un gouvernement modéré. Dans cette optique, la garantie constitutionnelle est tout à la fois l'assurance du respect de la constitution mais également le moyen de mettre en place un contre-pouvoir supplémentaire, susceptible de faire obstacle aux entreprises des autres pouvoirs.

La recherche de contre-pouvoirs est d'ailleurs au cœur de l'ensemble des débats constituants de 1945-1946. Il apparaît en effet rapidement que l'alliance des communistes et des socialistes est numériquement en mesure de faire adopter un projet de Constitution au sein de la première Assemblée constituante. L'enjeu est alors d'apporter au MRP des garanties suffisantes pour obtenir son ralliement. L'essentiel des débats tourne en conséquence autour de la nature et de la portée des garanties qu'il est possible d'accorder au MRP dans la limite de ce que le PCF est susceptible de tolérer. Ce contexte explique la vigueur des discussions autour de l'existence d'une seconde Chambre parlementaire à part entière. Il explique également la vivacité des débats autour de la fonction présidentielle. Il explique enfin, même si ce sujet occupe une place moindre quant aux deux premiers, l'importance des débats autour du contrôle de la constitutionnalité des lois. Au demeurant, les trois débats sont souvent entremêlés, puisqu'il est parfois envisagé que la seconde Chambre ou le président de la République joue un rôle au titre de la garantie constitutionnelle⁴⁰.

Le thème de la défense des libertés, sur lesquelles tout pouvoir pourrait être tenté d'empiéter, est ainsi au cœur des arguments des défenseurs de la garantie constitutionnelle. René Capitant, appelant de ses vœux une seconde Chambre parlementaire, entend lui confier la défense des « principes supérieurs à la souveraineté nationale, et notamment la liberté, les libertés, dont le principe serait inscrit dans la Constitution⁴¹ ». Au sein de la première commission de la Constitution, la rupture entre représentants MRP et représentants communistes et socialistes est consommée à l'occasion d'un échange relatif au contrôle de constitutionnalité. François de Menthon souligne alors qu'en l'absence d'accord sur un contrôle de ce type, le texte ne prévoira aucun contrepoids à une assemblée unique et omnipotente⁴². En séance publique, Robert Lecourt affirme quant à lui qu'il en va « de l'avenir même de la liberté » et résume ainsi la situation : « le problème est donc de savoir de quelle manière vous allez pouvoir nous donner des garanties⁴³. » Pour Lecourt, la question serait secondaire si le projet d'avril

³⁹ G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, op. cit., p. 245.

⁴⁰ En ce qui concerne le président de la République, voir *Séances de la commission de la Constitution*, op. cit., p. 121-122.

⁴¹ R. CAPITANT, *Séances de la commission de la Constitution*, op. cit., p. 35.

⁴² F. DE MENTHON, *Séances de la commission de la Constitution*, op. cit., p. 638.

⁴³ Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 18 avril 1946, p. 2005.

prévoyait un équilibre satisfaisant des pouvoirs. Mais tel n'est pas le cas et la question de contrôle de la constitutionnalité des lois devient alors un sujet primordial sur lequel – entre autres – le MRP n'entend pas reculer⁴⁴. L'argument ne convainc pas devant la première Constituante, mais l'échec du référendum de mai 1946 oblige la seconde Constituante à lui accorder une plus grande attention. Cela permet de souligner que les discussions relatives à la garantie constitutionnelle ne sont pas exclusivement théoriques : elles ont partie liée avec les garanties qu'il convient d'apporter, dans ce contexte politique donné, à la future minorité politique.

Les acteurs momentanément en position de force ne sont toutefois guère enclins à entendre aisément l'argument d'un nécessaire équilibre des pouvoirs. Cot définit devant la première Assemblée constituante la constitution comme « le moyen de permettre à la volonté du peuple, non seulement de s'affirmer, mais aussi de se réaliser dans l'action gouvernementale⁴⁵ ». La Constitution n'est pas là pour faire obstacle à la volonté du peuple mais pour permettre son exercice via la souveraineté de l'Assemblée, laquelle s'exprime sous le seul contrôle du corps électoral. Les communistes s'inquiètent même de l'excès des garanties apportées à la minorité. Le député PCF Joseph Cerny résume ainsi les choses : « à force de vouloir respecter les pouvoirs de la minorité on finirait par lui créer des privilèges et par brimer la majorité⁴⁶. » À la crainte de l'excès de pouvoir répond ainsi la crainte de l'excès de contre-pouvoirs, à l'occasion d'échanges qui ne sont pas dépourvus d'arrière-pensées partisans.

3. Les considérations de stratégie politique

Le troisième type de motif mobilisé pour expliquer l'émergence d'une justice constitutionnelle est « l'explication stratégique⁴⁷ ». L'organisation d'une garantie constitutionnelle serait davantage liée à l'intérêt stratégique de court ou long terme des acteurs partisans qu'à des considérations de logique juridique. Il n'est pas difficile de mettre en évidence que de telles considérations jouent en 1946 une importance certaine dans la promotion du contrôle de constitutionnalité. Le poids politique du PCF et le contexte international n'est pas de nature à apaiser les débats, et André Siegfried traduit vraisemblablement l'inquiétude d'une part conséquente de l'opinion publique lorsqu'il écrit que « les communistes [...] se préoccupaient moins de faire une bonne constitution qu'une constitution qui orienterait le pays vers Moscou⁴⁸ ». Cette crainte est de nature à pousser l'opposition aux projets constitutionnels à mobiliser tous les mécanismes de garantie possibles et imaginables. Sans surprise, la droite parlementaire se tourne alors vers un système qu'elle plébiscitait déjà avant-guerre⁴⁹, à savoir un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Au sein de la première Assemblée constituante, André Mutter propose ainsi la création d'une « cour suprême » *ad hoc*⁵⁰, tandis que Jacques Bardoux et Maurice Petsche proposent devant la seconde Assemblée constituante un système d'exception d'inconstitutionnalité où le Conseil d'État et

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, p. 2017.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 2015.

⁴⁷ G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 247.

⁴⁸ A. SIEGFRIED, *De la III^e à la IV^e République*, Paris, Grasset, 1956, p. 136.

⁴⁹ R. BAUMERT, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, *op. cit.*, p. 85-88.

⁵⁰ Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 18 avril 1946, p. 2015.

la Cour de cassation seraient amenés à trancher les questions relatives à la constitutionnalité des lois⁵¹. Si ce tropisme classique pour le contrôle juridictionnel peut s'expliquer par l'attractivité de l'exemple américain, il peut également s'expliquer par des motifs politiques⁵². Les représentants de la droite nourrissent en effet l'espoir que l'autorité judiciaire se révélera un défenseur potentiel pour son électorat face aux entreprises d'un Parlement dominé par une gauche dont le programme contient d'importants projets de nationalisation⁵³. Quant au MRP, il a déjà été souligné que son plaidoyer pour la mise en place d'une forme de garantie constitutionnelle est inséparable de craintes politiques de court terme liée à la physionomie des futures institutions et au poids politique prévisible du PCF. Il est également possible de relever que la méfiance du MRP envers la souveraineté du Parlement peut certes se prévaloir d'arguments de doctrine (le parti proclamant un attachement aux droits individuels rattachés à la personne humaine) mais également d'arguments liés à l'expérience historique. Le sort des congrégations religieuses sous la III^e République rappelle ainsi aux démocrates-chrétiens que la loi n'est pas toujours de leur côté⁵⁴. Les considérations de stratégie politique sont donc bel et bien omniprésentes chez les défenseurs de la garantie constitutionnelle et il est difficile de faire la part des choses entre ce qui relève des convictions doctrinales et ce qui relève des considérations stratégiques.

La gamme des arguments mobilisés en faveur de la garantie constitutionnelle est donc variée mais classique. Il en va de même des arguments mobilisés contre cette idée.

B. Les arguments en défaveur de la garantie constitutionnelle

La garantie constitutionnelle n'a pas que des partisans au sein des assemblées constituantes. Aux démonstrations en faveur de la garantie constitutionnelle répond ainsi une série de réflexions alertant quant aux difficultés inhérentes à la plupart des systèmes de contrôle de constitutionnalité des lois. Il faut relever que l'argument tiré de la tradition d'hostilité au contrôle de constitutionnalité caractérisant le droit public français, mobilisé par certains professeurs de droit siégeant au sein des Assemblées constituantes⁵⁵, est loin d'être l'argument principalement mobilisé. La plupart des réflexions avancées ont une valeur

⁵¹ Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 17 septembre 1946, p. 3764. Cette proposition s'inscrit dans la continuité des propositions faites avant-guerre par Jacques Bardoux (R. BAUMERT, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique, op. cit.*, p. 79-80). Ce dernier, initialement en faveur d'une Cour suprême *ad hoc*, tempère simplement ses propositions pour les adapter aux circonstances de 1946.

⁵² Motifs politiques au demeurant déjà expressément présents sous la III^e République (*Ibid.*, p. 85-88).

⁵³ Si les représentants de droite ne peuvent pas le dire ouvertement ainsi, les représentants de gauche, quant à eux, font part de leurs inquiétudes devant le risque d'une « justice de classe ».

⁵⁴ J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois, op. cit.*, p. 46. Ces considérations sont l'une des explications de l'émergence en France d'un courant conservateur en faveur d'un contrôle de la constitutionnalité des lois, comme en témoigne l'exemple de Charles Benoist (voir R. BAUMERT, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique, op. cit.*, p. 41).

⁵⁵ En l'occurrence René Capitant (Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 10 avril 1946, p. 1671) et Paul Bastid (*Séances de la commission de la Constitution de la deuxième Assemblée nationale constituante, élue le 2 juin 1946*, Paris, Imprimeries de l'Assemblée nationale constituante, 1947, p. 101 et s.).

intemporelle et n'ont pas grand-chose à envier aux débats contemporains relatifs à la légitimité du contrôle de constitutionnalité.

1. Les difficultés prévisibles de l'interprétation constitutionnelle

Malgré l'influence prédominante en France du légicentrisme qui se traduit, en matière constitutionnelle, par une tradition « fortement textualiste⁵⁶ », les difficultés liées à l'interprétation des règles juridiques n'ont pas été complètement ignorées des constituants de 1946. L'exemple des États-Unis, largement relayé par la doctrine française⁵⁷, était de nature à informer les acteurs institutionnels du caractère délicat de ces questions et les constituants de 1946 se soucient des difficultés prévisibles de l'interprétation constitutionnelle.

Tous ne partagent certes pas cette inquiétude d'ordre herméneutique. Le député PRL Jules Ramarony défend sa proposition d'instaurer un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en insistant sur le caractère modeste de la tâche ainsi confiée à la « Cour suprême » qu'il imagine. Selon lui, les magistrats de cette cour, à l'instar de tout magistrat, n'auront qu'à appliquer la Constitution telle qu'elle est écrite. Leur tâche se réduirait alors au constat suivant : « étant donné ce qui est écrit dans la Constitution, la loi que vous proposez n'est pas constitutionnelle⁵⁸. » Ramarony ajoute que, selon lui, le terme « d'interprétation » n'a de sens « que si le texte à interpréter n'est pas clair ». Or, dans la plupart des cas, « il n'y aura jamais lieu de l'interpréter et [...] il ne s'agira simplement que de l'appliquer ». Cet optimisme naïf horrifie une partie conséquente de ses collègues, lesquels apparaissent peu convaincus par cette approche de l'interprétation constitutionnelle⁵⁹.

La tranquillité affichée par la droite vis-à-vis de l'interprétation n'est guère partagée au sein des autres forces politiques. Pierre Cot, opposant vigoureux à tout système de contrôle de la constitutionnalité des lois, s'inquiète ainsi du fait qu'un organisme spécialement en charge de la garde de la Constitution pourrait avoir tendance à appliquer « la lettre plutôt que l'esprit de la constitution » et que « son interprétation pourrait être tendancieuse⁶⁰ ». Par la suite, Cot s'appuie sur l'exemple de la Cour suprême états-unienne pour insister sur la large part d'interprétation « politique » inhérente à toute déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi⁶¹. Au-delà même du risque d'interprétation partisane, Cot s'inquiète du fait que l'interprétation de la constitution par un organisme spécifique aboutirait à figer le contenu du texte suprême par une sorte « d'interprétation mécaniste » qui ferait obstacle à l'adaptation de la constitution aux nécessités du moment⁶². Des préoccupations comparables peuvent être trouvées du côté des représentants socialistes. Lorsque le député Francis Leenhardt doit justifier les variations du groupe socialiste au sujet du contrôle de constitutionnalité devant la première

⁵⁶ D. BARANGER, *La Constitution. Sources, interprétations, raisonnements*, Paris, Dalloz, 2022, p. 437.

⁵⁷ Voir par ex. les développements très substantiels consacrés à ce sujet par Julien Laferrière dans son manuel (J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 316-329).

⁵⁸ Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 11 avril 1946, p. 1707.

⁵⁹ « C'est absolument épouvantable » s'exclame le député Pierre-Étienne Guillet, tandis que Guy Mollet surenchérit : « c'est le gouvernement des juges » (*Ibid.*).

⁶⁰ P. COT, *Séances de la commission de la Constitution*, op. cit., p. 134.

⁶¹ Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 18 avril 1946, p. 2017.

⁶² *Ibid.*

Assemblée constituante, il invoque notamment la crainte que la Déclaration des droits, intégrée à la Constitution, entraîne des « interprétations multiples », sources de conflits entre les acteurs institutionnels⁶³. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, dès la première Assemblée constituante, la Déclaration des droits est écartée des normes de référence des mécanismes un temps imaginés de contrôle de constitutionnalité⁶⁴. Cette position ne concerne d'ailleurs pas uniquement le contrôle de constitutionnalité des lois, puisque Guy Mollet expose devant la première commission de la constitution l'idée selon laquelle les droits consacrés par la Déclaration des droits ne devraient pas non plus pouvoir être invoqués dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif⁶⁵. Les inquiétudes des socialistes devant les effets potentiels de la Déclaration des droits expliquent ainsi en partie le fait que le contrôle soit écarté par la première Assemblée constituante, puis que le Préambule de la Constitution de 1946 soit écarté des normes de référence du contrôle tel que l'imagine la seconde Assemblée constituante.

Pierre Cot a alors beau jeu de tourner en dérision cette tentative d'instaurer une garantie constitutionnelle qui laisse de côté les éléments les plus susceptibles d'intéresser directement les citoyens. L'inquiétude des communistes et des socialistes s'explique toutefois aisément eu égard au caractère âpre des débats relatifs au contenu de la Déclaration des droits du projet d'avril ou du Préambule du projet d'octobre. Sur un nombre important de sujets, allant des contours du droit de propriété à la liberté de l'enseignement en passant par la portée des nationalisations à venir, il n'existe pas de consensus parmi les constituants. Dans ces conditions, s'en remettre à un organe extérieur aux Chambres pour trancher des questions hautement politiques que les assemblées constituantes elles-mêmes n'ont pu trancher pourrait apparaître comme un choix aventureux. Cot illustre d'ailleurs sa démonstration par un exemple visionnaire en dénonçant le fait qu'un juge puisse être amené à statuer, prétexte tiré de la Déclaration des droits, sur le montant de l'indemnité devant être versée aux ex-proprétaires d'une entreprise nationalisée⁶⁶. Pour le représentant progressiste – qui anticipe, avec près de quarante ans d'avance, la décision nationalisation rendue par le Conseil constitutionnel le 16 janvier 1982 – aucun organe autre que l'Assemblée n'aurait la légitimité nécessaire pour prendre une telle décision. Les débats de 1946 témoignent ainsi d'une grande méfiance vis-à-vis des potentialités de l'interprétation constitutionnelle, motif principal de l'exclusion du Préambule des normes de

⁶³ *Ibid.*, p. 2016.

⁶⁴ En défense d'un texte transactionnel, Guy Mollet avance la justification suivante : « La commission de la Constitution et l'Assemblée nationale constituante ont manifesté leur volonté de voir la déclaration des droits prendre une valeur juridique plus nettement marquée que dans les textes semblables antérieurs, d'où l'inscription du titre contenant la déclaration des droits à l'intérieur du texte constitutionnel. Cependant, il est trop évident que la législation positive actuelle n'est pas encore sur tous les points en accord avec les principes affirmés dans ladite déclaration et que toute procédure tendant à proclamer le caractère inconstitutionnel d'une loi par référence à la déclaration des droits créerait inévitablement des conflits d'interprétation tel qu'en définitive un référendum sur ce point serait un référendum de caractère législatif plutôt qu'un référendum de caractère constitutionnel » (G. MOLLET, *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 639).

⁶⁵ *Ibid.*, p. 771.

⁶⁶ Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 11 avril 1946, p. 1707.

référence du contrôle exercé par le Comité constitutionnel⁶⁷. L'argument est toutefois intimement lié à une deuxième inquiétude, plus large, qui est la crainte du « gouvernement des juges ».

2. *L'appel au droit constitutionnel comparé et le rejet du « gouvernement des juges »*

L'argument tiré du contre-exemple des États-Unis d'Amérique, érigé en exemple du « gouvernement des juges », est récurrent au cours de l'ensemble du processus constituant. Son contenu est toujours le même et repose sur l'évocation de la jurisprudence de la Cour suprême américaine et du conflit ayant opposé cette dernière au président Franklin Delano Roosevelt.

Si l'exemple états-unien avait pu exercer une attraction puissante sur une partie de la doctrine publiciste de la III^e République, il représente un repoussoir pour la grande majorité des constituants de 1946. Le député SFIO André Philip convoque ainsi cet exemple dès le début des débats relatifs au contrôle de constitutionnalité afin de discréditer l'exception d'inconstitutionnalité. Selon le premier président de la commission de la Constitution, « l'expérience américaine a établi qu'un tel système aboutit à la domination des juges sur la vie politique⁶⁸ ». Cot dénonce quant à lui le fait que, dès qu'il existe un tribunal suprême en charge de statuer sur la constitutionnalité des lois, « le pouvoir suprême n'appartient plus aux élus, mais aux juges, représentant le dernier mot de la sagesse constitutionnelle⁶⁹ ». Par la suite, l'argument du « gouvernement des juges⁷⁰ » resurgit dès que la question du contrôle de constitutionnalité réapparaît tandis que Pierre Cot détaille à loisir l'histoire constitutionnelle américaine de la première moitié du XX^e siècle pour alerter des risques d'un tel contrôle⁷¹. La portée de l'argument varie toutefois selon l'orateur qui le mobilise. André Philip fait ainsi appel à l'exemple des États-Unis dans l'optique d'écarter l'exception d'inconstitutionnalité sur le modèle américain, mais n'entend pas discréditer pour autant toute forme de garantie constitutionnelle. *A contrario*, pour Pierre Cot, il s'agit de faire écarter tout contrôle externe à celui de l'Assemblée, puisque toute forme de garantie constitutionnelle externe aboutirait fatalement à des conséquences antidémocratiques en érigeant une autorité pouvant substituer son appréciation à celle du Parlement. Quelle que soit la portée prêtée à l'argument, celui-ci repose toutefois sur un fond commun : la mise en avant du caractère politique de tout procédé de garantie constitutionnelle. Le « mythe judiciaire⁷² » d'un contrôle de constitutionnalité des lois se limitant à un contrôle « juridique » dépourvu de portée « politique »

⁶⁷ Cette méfiance n'enlève rien au principe de l'existence d'une garantie constitutionnelle. Elle était d'ailleurs partagée par certains défenseurs du contrôle de la constitutionnalité des lois : Hans Kelsen lui-même a pu ainsi mettre en garde contre l'insertion de principes trop vagues parmi les normes de référence du contrôle (H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 240 et s.).

⁶⁸ A. PHILIP, *Séances de la commission de la Constitution, op. cit.*, p. 139.

⁶⁹ P. COT, *Séances de la commission de la Constitution, op. cit.*, p. 134.

⁷⁰ L'expression est ainsi employée par Pierre Cot ou encore par Guy Mollet (Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 11 avril 1946, p. 1707).

⁷¹ Voir Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 11 avril 1946, p. 1707 ; Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 18 avril 1946, p. 2017. Devant la seconde Assemblée constituante, Pierre Cot mobilise le même argumentaire (Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 22 août 1946, p. 3251).

⁷² R. PINTO, « La fin du gouvernement des juges », *RDP*, 1950, p. 837.

– position qui avait été celle de certains défenseurs du contrôle sous la III^e République⁷³ – n’a guère de prise sur les constituants de 1946. L’exemple américain démontre en effet que la garantie constitutionnelle ne saurait être réduite à une question objective ou de pure technique juridique. Cet enseignement a exercé une profonde influence sur la solution que les constituants ont entendu apporter au problème de la garantie constitutionnelle. La nature politique de cette question exclut ainsi que le contrôle soit confié à l’autorité judiciaire, que ce soit par principe ou au motif que le corps des magistrats est alors trop faible pour assumer une telle fonction⁷⁴.

L’omniprésence de l’argument tiré de l’exemple américain est remarquable sans être pour autant surprenant. L’exemple américain était déjà une référence des débats ayant animé la doctrine juridique sous la III^e République, lorsque l’enjeu était de défendre ou de mettre en cause l’intérêt de l’exception d’inconstitutionnalité⁷⁵. Ces débats ont laissé une littérature abondante⁷⁶ largement reprise et assimilée par la doctrine constitutionnelle des débuts de la IV^e République⁷⁷. Les constituants ont ainsi accès aux péripéties de l’histoire constitutionnelle des États-Unis dans une version que les travaux récents ne remettent d’ailleurs pas en cause⁷⁸. Il est toutefois important de souligner le poids de cet argument, car il est de nature à contrecarrer l’approche quelque peu provinciale que l’on peut nourrir des débats de 1946. La garantie juridictionnelle n’est pas contestée au nom de la tradition légicentriste propre à la culture juridique nationale, mais au nom de la nature politique du contrôle de constitutionnalité mise en évidence par l’appel au droit constitutionnel comparé. Autrement dit, ce n’est pas le poids des habitudes ou la faiblesse du pouvoir judiciaire qui justifie à titre principal les positions adoptées au sein des Assemblées constituantes, mais bien la difficulté à reconnaître un fondement démocratique au contrôle de la constitutionnalité des lois. Les débats constituants de 1946 ne sont donc pas un combat d’arrière-garde quelque peu provincial qui passerait à côté du mouvement global d’émergence de la justice constitutionnelle. Il s’agit, bien au contraire, de débats qui ont nettement identifié la difficulté propre à toute garantie constitutionnelle, à savoir la difficulté de concilier une telle garantie et l’impératif

⁷³ Pour un exemple emblématique, voir M. HAURIU, *Principes de droit public*, Paris, Tenin, 1916, 2^e édition, p. 33-39. L’auteur y distingue la « souveraineté politique » de la « souveraineté juridique » et soutient l’idée que le pouvoir judiciaire n’est pas un pouvoir politique mais uniquement un « pouvoir purement juridique », puisque le juge est « l’organe propre du droit positif » dont la tâche se résume à « la déclaration de ce qui est conforme au droit positif ».

⁷⁴ Cet argument est notamment soulevé par René Capitant (Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 10 avril 1946, p. 1671).

⁷⁵ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 162-173 ; R. BAUMERT, *La Découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, *op. cit.*, p. 60-70.

⁷⁶ Voir É. LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard et Brière, 1921. Mais également : J. LAMBERT, *Du contrôle de la constitutionnalité des lois au gouvernement des juges*, Paris, Sirey, 1937 ; A. BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Thèse droit, Aix, 1927 ; R. PINTO, *Des juges qui ne gouvernent pas. Opinions dissidentes à la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Sirey, 1934.

⁷⁷ J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 316-329.

⁷⁸ Voir I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l’argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017, p. 146 et s. ; W. MASTOR, « Énième retour sur la critique du “gouvernement des juges”. Pour en finir avec le mythe », *Pouvoirs*, n° 178, 2021, p. 37.

de légitimité démocratique. Sous cet angle, les débats constitutifs de 1946 gardent une grande actualité.

L'appel au droit comparé demeure toutefois limité au sens où sa mobilisation s'arrête à l'exemple américain⁷⁹. Aucune référence n'est faite à une autre forme de garantie juridictionnelle, à l'exception d'une allusion de René Capitant au modèle autrichien de justice constitutionnelle⁸⁰. Une seconde limite du débat réside dans la radicalité des conclusions tirées au sujet du fonctionnement du *judicial review* aux États-Unis. Le tableau dressé est sans nuances et passe à côté du fait que l'histoire et l'apport du contrôle de constitutionnalité outre-Atlantique ne peuvent être résumés aux controverses relatives à la mise en œuvre du *New Deal*. Il est intéressant de noter que cette limite est relevée par les commentateurs contemporains⁸¹ : l'universitaire américain Carl J. Friedrich juge ainsi sévèrement des critiques européennes qui sous-estiment, selon lui, l'attrait des citoyens américains pour le *judicial review* et l'apport de ce dernier à la « démocratie constitutionnelle⁸² ».

Cette critique, pour justifiée qu'elle soit, ne diminue pas l'intérêt de la mobilisation de l'argument tiré du « gouvernement des juges » dans le cadre des débats constitutifs de 1946. La doctrine contemporaine est volontiers critique de l'invocation du « gouvernement des juges », qualifiée d'« épouvantail politique » et de « contre-vérité scientifique⁸³ ». Il demeure que les exemples tirés des controverses constitutionnelles du *New Deal* restent l'exemple le plus convaincant de ce que pourrait représenter un hypothétique « gouvernement des juges » et que ces exemples ont permis aux Assemblées constituantes de placer le débat autour de la garantie constitutionnelle sur le terrain qui est le sien, à savoir celui de la légitimité démocratique et de la « difficulté contre-majoritaire⁸⁴ » d'une institution pourtant essentielle à la « démocratie constitutionnelle ». Cette prise de conscience a amené les constituants à tenter de déterminer, par voie de compromis successifs, ce que pourrait être une garantie constitutionnelle compatible avec la légitimité démocratique.

⁷⁹ Du moins en ce qui concerne la question du contrôle de la constitutionnalité des lois. D'une manière générale, si l'on fait abstraction des références cosmétiques réalisées par les communistes à la constitution soviétique, l'exemple anglais est la principale référence des constituants – de manière toutefois le plus souvent implicite et sans en tirer de conséquences bien fermes, au-delà du rôle du président du conseil entendu comme un « Premier ministre » à part entière (G. VEDEL, « Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français (1945-1965) », in *Un siècle de droit comparé en France, Livre du Centenaire de la Société de législation comparée*, Paris, LGDJ, 1969, p. 184).

⁸⁰ R. CAPITANT, *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 618.

⁸¹ J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 328.

⁸² Carl J. Friedrich souligne ainsi qu'« il peut paraître étrange que des problèmes nés dans le cadre d'une Constitution individualiste du XVIII^e siècle aient pu inquiéter des gens qui envisageaient les problèmes qui peuvent naître dans le cadre d'une constitution « dirigiste » du XX^e siècle, mais ce fait atteste qu'on continue à ne pas comprendre réellement en Europe ce qu'on a appelé « l'institution la plus caractéristique » des États-Unis » (C. J. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958, p. 139).

⁸³ É. ZOLLER, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 33, 2011, p. 231.

⁸⁴ La formule est initialement celle du juriste américain Alexander Bickel et demeure intimement attachée à l'œuvre de ce dernier.

3. Les considérations de stratégie politique (bis)

Le troisième motif poussant certains acteurs à considérer avec méfiance toute garantie constitutionnelle repose sur des considérations de stratégie politique de court et moyen terme. Si les partis de droite s'en remettraient volontiers à une forme de contrôle de constitutionnalité permettant de sanctuariser le droit de propriété, les partis de gauche s'inquiètent, de manière symétrique, de toute procédure susceptible d'entraver leurs projets de réformes. Communistes comme socialistes refusent que les magistrats, « recrutés dans une certaine classe sociale », deviennent demain les « censeurs » du peuple⁸⁵. Les débats parlementaires sont explicites quant au fait que la gauche s'inquiète de voir un éventuel mécanisme de garantie constitutionnelle faire, au nom du droit de propriété, obstacle à une ambitieuse politique de nationalisations⁸⁶. Dans les conditions politiques de 1946, lesquelles semblent promettre un avenir radieux à la gauche face à une droite réduite à la portion congrue, communistes et socialistes n'ont guère d'intérêt direct à plébisciter une garantie constitutionnelle, quelle qu'elle soit. L'hégémonie de la gauche lui permet de se reconnaître avec confiance dans les prédictions de Pierre Cot selon lequel « en France, sous les régimes démocratiques, les élus sont trop respectueux de la Constitution pour la violer⁸⁷ ».

Pour l'ensemble de ces motifs, une partie importante des assemblées constituantes nourrit donc une méfiance certaine vis-à-vis du contrôle de la constitutionnalité des lois. Concilier partisans et adversaires du contrôle est, dans ces conditions, une tâche difficile.

C. La recherche d'une troisième voie entre contrôle juridictionnel et absence de contrôle

Les thèses en présence sont difficiles à concilier pour des raisons doctrinales et de stratégie politique. L'opposition de l'argument démocratique aux propositions de garantie constitutionnelle était toutefois prévisible et avait été anticipée. Les acteurs issus de la Résistance ont ainsi réfléchi à une troisième voie entre contrôle juridictionnel (qu'il soit confié aux juridictions ordinaires ou à une juridiction spéciale) et absence de contrôle⁸⁸. L'idée étant de combiner tout à la fois un examen de la constitutionnalité des lois et l'expression de la souveraineté populaire, ses promoteurs ont tenté d'associer contrôle de constitutionnalité et référendum⁸⁹.

Une première trace d'un mécanisme de ce type peut être retrouvée chez André Hauriou dans *Le socialisme humaniste* paru en 1944⁹⁰. Le professeur de droit y imagine un « Conseil politique » en charge de l'examen des lois et pouvant s'autosaisir ou être saisi par voie de pétition. Si le Conseil estime qu'il y a une

⁸⁵ P. COT, *Séances de la commission de la Constitution*, op. cit., p. 134. Cette critique, développée notamment par Édouard Lambert dans son ouvrage précité, est alors classique parmi les juristes de gauche.

⁸⁶ Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 11 avril 1946, p. 1707 ; Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 18 avril 1946, p. 2015 et p. 2017.

⁸⁷ P. COT, *Séances de la commission de la Constitution*, op. cit., p. 134.

⁸⁸ Jeanne Lemasurier souligne ainsi l'influence, davantage intellectuelle que politique, des forces issues de la Résistance, notamment en ce qui concerne la question de la garantie constitutionnelle (J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, op. cit., p. 72).

⁸⁹ J. É. CALLON, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, op. cit., p. 31.

⁹⁰ A. HAURIOU, *Le socialisme humaniste*, Alger, Édition Fontaines, 1944, p. 172.

incompatibilité entre un texte législatif et le texte constitutionnel – déclaration des droits incluse – il incombe au corps électoral de trancher le débat par voie référendaire. La composition du Conseil politique associe personnages politiques et juristes de métier, témoignant de la tentative de combiner appréciation « politique » et « juridique » dans l'examen de constitutionnalité. En fin de compte, le juge souverain de la constitutionnalité des lois demeure toutefois le corps électoral s'exprimant par référendum. L'idée connaît un succès notable, puisqu'elle est également formulée par André Philip⁹¹ et par François de Menthon⁹² dans des termes quasiment identiques. Une idée comparable se retrouve même chez Georges Scelle et Georges Berlia, lesquels envisagent la possibilité d'un corps électoral juge en dernier ressort du sens des prescriptions constitutionnelles⁹³. Cette approche est parfois qualifiée hâtivement de « contrôle populaire » de la constitutionnalité des lois⁹⁴, bien qu'elle n'ait que peu à voir avec le sens contemporain prêté à cette expression⁹⁵.

Bénéficiant de sa position de président de la commission de la constitution de la première Assemblée constituante, André Philip n'a aucune peine – étant donné l'accord des représentants MRP – à faire adopter le principe de cette idée qu'il présente comme la troisième voie idéale entre contrôle juridictionnel et absence de contrôle. La commission de la Constitution est ainsi amenée à examiner la rédaction d'un titre IX du futur projet de constitution intitulé « du contrôle de la constitutionnalité des lois ». Malgré son enthousiasme limité, René Capitant a été chargé de tenir la plume⁹⁶. La procédure implique alors un « comité juridictionnel de contrôle de la constitutionnalité des lois » composé de trente membres choisis en dehors de l'Assemblée par l'Assemblée elle-même, au début de la législature et selon les règles de la représentation proportionnelle. Le comité procède à un contrôle de constitutionnalité d'une loi adoptée par l'organe délibérant s'il est saisi, dans le délai de promulgation, par le président de la République ou par un tiers de l'Assemblée. Dans l'hypothèse où la loi « est jugée conforme à la constitution », elle est promulguée. *A contrario*, si le comité estime que la loi adoptée est inconstitutionnelle, le président de la République la renvoie à l'Assemblée via une demande de nouvelle délibération. Si l'Assemblée décide de maintenir son vote, la

⁹¹ A. PHILIP, « Thèses pour servir à une discussion sur la future Constitution », *Cahiers politiques*, août-septembre 1945, p. 1.

⁹² F. DE MENTHON, « Vers la Constitution de la IV^e République », *Cahiers politiques*, août-septembre 1945, p. 6.

⁹³ G. SCELLE, G. BERLIA, *La réforme constitutionnelle, sa préparation, ses bases*, Paris, Bourrellet et Cie, 1945, p. 116. Estimant que le contrôle de la constitutionnalité des lois est un « progrès nécessaire », les auteurs imaginent un contrôle par voie d'exception où il incomberait au Tribunal des conflits de trancher les questions de constitutionnalité. Pour parer les accusations de « gouvernement des juges », ils préconisent également un référendum législatif permettant au corps électoral de se faire juge en dernier ressort des prescriptions constitutionnelles : « un peuple a les institutions qu'il mérite. S'il n'est pas capable de vouloir la légalité, qu'il s'accommode de la servitude. »

⁹⁴ J. BOUGRAB, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois dans l'élaboration de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RFDC*, n° 38, 1999, p. 295.

⁹⁵ G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 293.

⁹⁶ *Séances de la commission de la Constitution*, *op. cit.*, p. 618. Il a déjà été souligné que René Capitant plaidait initialement pour confier le rôle de vigie constitutionnelle à la seconde Chambre, laquelle aurait alors bénéficié du droit de convoquer un référendum pour trancher un éventuel conflit avec l'Assemblée.

loi ne peut être promulguée avant que la constitution n'ait été révisée en bonne et due forme – ce qui, en l'état du projet, nécessite un référendum.

L'idée ne semble guère séduire la doctrine. Pour Julien Laferrière, le projet ne prévoyait pas un contrôle de constitutionnalité mais une seconde procédure de révision de la Constitution⁹⁷. Un peu plus tard, Georges Burdeau se montre à son tour sévère avec un projet de « contrôle de la constitutionnalité des lois par référendum populaire » dont la « complication » ne permettrait pas de voiler les « imperfections⁹⁸ ». Élu par l'Assemblée, la commission aurait été nécessairement dépourvue d'objectivité. L'implication du président de la République serait quant à elle malheureuse, dans la mesure où elle risque de mettre le chef de l'État en position délicate vis-à-vis de l'Assemblée. Quant au référendum, l'outil serait inadapté à « la question souvent technique que pose l'affirmation de la constitutionnalité d'une loi ».

Rétrospectivement, aucun de ces reproches n'apparaît imparable. Le lien fait entre contrôle de constitutionnalité et révision constitutionnelle est ici commandé par la volonté de confier le dernier mot au référendum, mais il est tout à fait compatible avec l'approche normativiste alors en voie de s'imposer qui traite l'inconstitutionnalité comme un « vice de forme » pouvant toujours être corrigé par l'intervention du pouvoir constituant⁹⁹. Le projet ne fait ainsi qu'exprimer ce qui demeure implicite dans une justification positiviste aujourd'hui classique du rôle de la justice constitutionnelle. Quant aux modalités de nomination, il ne serait plus aujourd'hui soutenu que la désignation des membres des cours constitutionnelles par l'organe délibérant est incompatible avec l'exercice de la justice constitutionnelle. Quant aux modalités de saisine, à supposer que l'implication du président de la République soit inopportune, il convient de remarquer que le projet prévoit de manière plus avisée la saisine par un tiers des membres de l'Assemblée. Enfin, comme Capitant le souligne devant la commission de la constitution, il n'y a pas à proprement parler dans son projet de référendum sur la question de la conformité de la loi à la Constitution¹⁰⁰. Si le comité juridictionnel se prononce sur la conformité de la loi à la constitution, le référendum constitutionnel porte, quant à lui, sur l'opportunité de dépasser cette difficulté par une révision constitutionnelle. Il s'agit là de deux questions liées mais distinctes, le second cas de figure permettant l'arbitrage du corps électoral sur un sujet hautement politique – puisqu'il est question d'adapter la Constitution afin de permettre la mise en œuvre de certaines réformes législatives. Le projet imaginé prête donc moins aisément le flanc à la critique qu'il n'y paraît. En revanche, il ne mérite guère la qualification de « contrôle populaire de la constitutionnalité des lois » qui lui a parfois été accolé. Plus simplement, il s'agit d'un « comité juridictionnel » composé par l'Assemblée et dont les décisions en matière de constitutionnalité des lois ne peuvent être dépassées que par une révision constitutionnelle. René Capitant a d'ailleurs comparé, au cours des débats, ce projet de comité à la cour constitutionnelle autrichienne telle qu'elle apparaît dans la

⁹⁷ J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 952. Voir également M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, op. cit., p. 409.

⁹⁸ G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 92. Voir aussi J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, op. cit., p. 53.

⁹⁹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », art. cité, p. 198 et s. ; C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, p. 17.

¹⁰⁰ R. CAPITANT, *Séances de la commission de la Constitution*, op. cit., p. 620.

constitution de 1920¹⁰¹. Si le caractère étroit de la compétence du comité rend la comparaison audacieuse, il demeure que l'architecture des deux contrôles est comparable en ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des lois. La formule n'est pas sans annoncer le Comité constitutionnel ou encore le Conseil constitutionnel, à la différence près que l'intervention du corps électoral, qui permettait de faire apparaître explicitement son pouvoir de « dernier mot », n'est plus obligatoire du fait de l'assouplissement de la procédure de révision constitutionnelle.

Ce projet de comité juridictionnel est toutefois abandonné, aussi subitement qu'il a été envisagé, en raison du retournement de la situation politique au sein de la première commission de la Constitution. À partir du moment où l'accord entre communistes et socialistes dispense ces derniers de rechercher à tout prix les voix du MRP, la mise en place d'une garantie constitutionnelle n'est plus un passage obligé. Sur un plan doctrinal, les socialistes se révèlent finalement divisés au sujet du contrôle de constitutionnalité¹⁰². Les ambiguïtés de la SFIO sur cette question sont à mettre en relation avec les luttes internes au parti, où la tendance blumiste de Daniel Mayer est mise en minorité à l'occasion du congrès de Montrouge par l'aile animée par Guy Mollet et revendiquant un marxisme de plus stricte obédience. Au surplus, sur un plan stratégique, les socialistes n'ont guère de motifs d'insister pour la mise en place d'un tel contrôle. Les contingences politiques pèsent ici lourd sur la place accordée à la garantie constitutionnelle dans le texte définitif¹⁰³.

Le rejet du projet de constitution d'avril à l'occasion du référendum de mai 1946 oblige toutefois à remettre le travail sur le métier. Le MRP présente toujours l'intégration d'une garantie constitutionnelle comme un point non négociable, tandis que les communistes maintiennent leur refus total. La SFIO, quant à elle, se retrouve à nouveau en position d'arbitre. Dans un premier temps, la solution retenue et exposée dans le rapport présenté par Paul Coste-Floret au nom de la commission de la Constitution semble ressusciter le projet initialement rédigé par René Capitant pour la première commission de la Constitution¹⁰⁴. Toutefois, cette partie du projet de constitution fait par la suite l'objet d'une série de modifications destinées à le rendre tolérable aux communistes. La composition du comité est plus malléable : il n'est plus élu pour l'ensemble d'une législature, mais renouvelé annuellement. Le Préambule de la Constitution est à nouveau exclu du champ du contrôle pour éviter toute difficulté liée à l'interprétation de son contenu¹⁰⁵. La saisine du comité n'est plus ouverte à un tiers de l'Assemblée mais conditionnée à un vote à la majorité absolue du Conseil de la République. Enfin, sa mission est obscurcie autant qu'il est possible de le faire afin de satisfaire les communistes, en ajoutant une phase de conciliation à l'examen de la constitutionnalité de la loi en

¹⁰¹ Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 10 avril 1946, p. 1671. René Capitant explique à cette occasion qu'il ne croyait de toute façon pas dans les dispositions qu'il avait lui-même rédigées, car cela revenait à confier un pouvoir trop grand à un comité trop restreint.

¹⁰² J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, op. cit., p. 83-97.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 115.

¹⁰⁴ Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 20 août 1946, p. 3190.

¹⁰⁵ Jeanne Lemasurier souligne que ce sujet avait été jugé suffisamment important pour être abordé au congrès socialiste de Montrouge, où l'hostilité à l'égard d'un contrôle de constitutionnalité exercé au regard des dispositions du Préambule avait été confirmée (J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, op. cit., p. 112).

cause¹⁰⁶. L'idée d'un dernier mot revenant au corps électoral grâce au mécanisme du référendum, cruciale au début des débats, disparaît finalement du fait d'une autre revendication communiste, à savoir l'assouplissement de la procédure de révision constitutionnelle. C'est ainsi que naît le Comité constitutionnel de 1946, grevé des multiples compromis nécessaires à sa consécration¹⁰⁷. Lors de l'adoption du texte de la constitution d'octobre, chacun peut y lire ce qu'il espère y trouver¹⁰⁸.

Malgré l'opposition résolue des communistes et les atermoiements des socialistes, une forme de garantie constitutionnelle fait néanmoins bel et bien son apparition dans la Constitution du 27 octobre 1946. Loin des ambitions initiales, cette garantie prend une forme particulière qui s'écarte, en fin de compte, de la tentative d'imaginer une « troisième voie » originale en matière de garantie constitutionnelle. Elle inaugure néanmoins, comme en témoigne la suite des événements, la voie française vers le contrôle de constitutionnalité des lois.

II. LES PROGRÈS DE LA GARANTIE CONSTITUTIONNELLE SOUS LA IV^e RÉPUBLIQUE

Si l'essentiel des débats relatifs au contrôle de constitutionnalité sous la IV^e République se déroulent en 1945-1946, ces derniers ne résument pas l'histoire de la garantie constitutionnelle dans l'après-guerre. De l'activité du Comité constitutionnel à certaines controverses constitutionnelles en passant par la jurisprudence du Conseil d'État, de nombreux indices témoignent de l'acclimatation progressive de l'idée de garantie constitutionnelle dans les mœurs politiques et juridiques de la IV^e République.

A. Un comité « dans le style des décors en trompe-l'œil¹⁰⁹ » ?

Le Comité constitutionnel de 1946 est devenu récemment un objet d'intérêt pour la doctrine contemporaine : soit qu'elle identifie en lui le précurseur du Conseil constitutionnel¹¹⁰, soit au contraire qu'elle mette en doute la pertinence de ce parallèle, préférant dépeindre le Comité comme un organe « atone » témoignant de l'échec récurrent des organes politiques à assurer une fonction de garantie

¹⁰⁶ *Séances de la commission de la Constitution (2^e Assemblée constituante)*, op. cit., p. 739, 745 et s.

¹⁰⁷ Pour une description plus précise de la complexe succession de compromis au sein de la seconde Assemblée constituante, voir M. CHARPY, « Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IV^e République », *Jus politicum*, n° 16, 2016, p. 453-455.

¹⁰⁸ Jacques Duclos peut ainsi affirmer que les communistes se sont montrés « intransigeants » au sujet de la « souveraineté de l'Assemblée nationale élue au suffrage universel », tandis que Robert Lecourt peut faire référence au « système prévu pour le contrôle de la constitutionnalité des lois » et André Philip évoque prudemment « ce comité constitutionnel qui crée une protection première pour assurer que les lois restent dans le cadre de la nouvelle Constitution » (Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 28 septembre 1946, p. 4238, 4241 et 4245).

¹⁰⁹ G. VEDEL, « Les institutions de la IV^e République », in *La Quatrième République. Bilan trente ans après la promulgation de la Constitution du 27 octobre 1946*, Paris, LGDJ, 1978, p. 17.

¹¹⁰ P. JAN, « Le Comité constitutionnel de 1946, embryon du Conseil constitutionnel ? », in E. CARTIER, M. VERPEAUX (dir.), *La Constitution du 27 octobre 1946. Nouveaux regards sur les mythes d'une Constitution « mal-aimée »*, Paris, Mare Martin, 2018, p. 94 ; M. CHARPY, « Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IV^e République », art. cité, p. 478 et s.

constitutionnelle¹¹¹. De fait, il est difficilement contestable que « l'architecture dans laquelle le contrôle de constitutionnalité des lois a été pensé et conçu¹¹² » limitait drastiquement le rôle que pouvait jouer le Comité. Au demeurant, la doctrine sous la IV^e République portait déjà un jugement sans illusion sur cette institution¹¹³. Ce constat se traduisait, hier comme aujourd'hui, par la qualification du Comité comme étant un « organe politique » de contrôle de la constitutionnalité des lois¹¹⁴ – « politique » étant ici souvent synonyme d'« inefficace ». Il n'est toutefois pas évident que cette question de qualification, qui s'est révélée vaine pour le Conseil constitutionnel, soit plus utile en ce qui concerne le Comité. Si la composition de ce dernier est placée sous une surveillance politique évidente, sa tâche demeure à bien des égards juridictionnelle¹¹⁵. La qualification courante « d'embryon de juridiction constitutionnelle » ne vise guère qu'à enjamber une question qui n'est au demeurant pas forcément déterminante tant l'opposition théorique entre organe « politique » et organe « juridictionnel » de contrôle recouvre en pratique des situations intermédiaires¹¹⁶. Sans éluder ces difficultés, il faut toutefois veiller à ne pas diminuer excessivement le rôle du Comité constitutionnel. Il est en effet discutable de soutenir que ce dernier a joué un « rôle inexistant¹¹⁷ », tout comme il est délicat de soutenir que le comité n'aurait pas rempli la fonction qui lui était confiée par la Constitution¹¹⁸.

L'appréciation du bilan du Comité constitutionnel est rendue complexe du fait de l'ambivalence de la mission qui lui est confiée¹¹⁹. Pour une partie des constituants, le Comité constitutionnel représente une tentative d'organiser dans la Constitution un contrôle de constitutionnalité par un organe *ad hoc*. Pour l'autre partie, le comité est un instrument de conciliation auquel peut faire appel le Conseil de la République pour garantir le respect de ses compétences. Le texte de la Constitution reflète, par nécessité de compromis, les deux approches. Il y a donc potentiellement une lecture *a maxima* et une lecture *a minima* de la garantie constitutionnelle confiée au comité.

¹¹¹ F. SAVONITTO, « L'atonie du Comité constitutionnel dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois sous la IV^e République », *RFDC*, n° 119, 2019, p. e19.

¹¹² *Ibid.*, p. e25.

¹¹³ Voir le jugement porté par Marcel Prélot : « il serait prématuré de témoigner dès maintenant d'un égal échec pour le Comité constitutionnel de la Constitution de 1946 [...]. Sa courte carrière, son unique réunion, n'infirmant pas cependant l'impression générale antérieure que les organes politiques manquent en la matière d'efficacité » (M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 200). Voir également G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 554-555 ; R. PINTO, *Éléments de droit constitutionnel*, Lille, Morel et Corduant, 1952, 2^e édition, p. 515.

¹¹⁴ F. SAVONITTO, « L'atonie du Comité constitutionnel dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois sous la IV^e République », art. cité, p. e22-e23.

¹¹⁵ Le Comité répond ainsi à la définition matérielle de la juridiction constitutionnelle selon Marcel Waline, déjà mentionnée *supra* (M. WALINE, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français », art. cité, p. 443-445).

¹¹⁶ G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 301-303.

¹¹⁷ J. BONNET, P.-Y. GADHOUN, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2020, 12^e édition, p. 17.

¹¹⁸ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 180.

¹¹⁹ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 554.

Si l'on considère le comité comme « le défenseur de l'existence et des droits du Conseil [de la République] à l'égard de l'Assemblée nationale¹²⁰ » – interprétation qui a pour elle les compromis faits aux communistes en amont de l'adoption du texte constitutionnel ainsi que la procédure de saisine du comité¹²¹ – il faut considérer que le comité a joué le rôle qui lui était assigné. Son unique délibération, en 1948, aboutit à la modification du règlement de l'Assemblée nationale qui tordait grossièrement le texte constitutionnel de manière défavorable au Conseil de la République¹²². Cette mission du comité prend toutefois fin, dans les faits, dès 1951 dans la mesure où le rapprochement de la composition politique de l'Assemblée nationale et du Conseil de la République limite les sujets de tension. L'alignement des deux Chambres, renforcé par la révision constitutionnelle de 1954 qui rétablit une navette législative, rend superfétatoire la garantie apportée par le Comité. Une inflexion dans la composition de l'Assemblée nationale aurait sans doute pu ouvrir la voie à de nouveaux conflits avec le Conseil, mais la fin précipitée de la IV^e République n'a pas permis de le vérifier. Quoiqu'il en soit, le comité a rempli cette partie de sa mission. On pourrait même affirmer qu'il l'a remplie au-delà de la lettre du texte constitutionnel, puisque sa compétence dans l'hypothèse de la délibération du 18 juin 1948 a pu être mise en doute¹²³.

En revanche, si l'on considère le Comité constitutionnel comme un « embryon de juridiction constitutionnelle » destiné à jouer un rôle de contrôle de la constitutionnalité des lois, le jugement est nécessairement plus réservé. Même dans cette hypothèse, il convient toutefois de faire la part des choses en relevant que la doctrine identifie, dès les débuts de la IV^e République, trois causes d'échec probable du Comité constitutionnel : sa composition, la portée de ses décisions et la procédure mise en place pour sa saisine¹²⁴. Le comité a déjoué les pronostics sur le premier point et le second s'est révélé infondé. En revanche, le troisième point s'est avéré quant à lui décisif.

La composition du comité est le premier axe des critiques qui lui sont immédiatement adressées. Julien Laferrrière critique ainsi durement la nomination des membres à la représentation proportionnelle par les Chambres, estimant que ce procédé conduit à faire des membres du comité les représentants des partis et non le « tiers indifférent » que doit être un juge¹²⁵. Les craintes sont renforcées par

¹²⁰ J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, op. cit., p. 211.

¹²¹ Bien que la lettre de la Constitution évoque une saisine conjointe du président et du Conseil de la République, l'initiative repose dans les faits avant tout sur ce second : « Pour que le Comité constitutionnel ait à statuer, il faut qu'une demande lui en soit faite conjointement par le président de la République et par le président du Conseil de la République. Ceux-ci n'agissent, d'ailleurs, point de leur propre mouvement, mais à la suite d'un vote à la majorité absolue du Conseil de la République » (M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 527).

¹²² Pour une présentation plus détaillée de cette intervention unique du comité, voir B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, Paris, Dalloz, 2020, p. 164 et s.

¹²³ Cette délibération portait non sur la conformité d'une loi à la Constitution, mais sur la conformité à la Constitution de la procédure d'adoption de la loi. En effet, à cette occasion, c'est la constitutionnalité de dispositions du règlement de l'Assemblée nationale qui était contestée par le Conseil de la République. Le conseiller juridique du président de la République, Raymond Janot, était ainsi d'avis que le comité n'était pas compétent pour se prononcer dans ce cas de figure (*Ibid.*, p. 165).

¹²⁴ J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 954-956.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 955.

le renouvellement annuel de la composition du comité, concession faite aux communistes¹²⁶. Or, à cet égard, la pratique suivie n'a pas confirmé les inquiétudes de ceux qui voyaient dans cet organe la chose de l'Assemblée nationale. La composition du comité s'est révélée stable dans le temps et le profil des membres nommés souligne que le caractère juridique de la mission du comité a été pris au sérieux par les groupes parlementaires¹²⁷. Il faut d'ailleurs relever, en faveur de l'indépendance du comité, que son unique délibération a donné tort à l'Assemblée nationale.

La portée des décisions du Comité constitutionnel a également suscité les critiques doctrinales. Le mécanisme a en effet subi les mêmes reproches que le projet rédigé initialement par René Capitant pour la première Assemblée constituante : il n'organiserait pas tant un contrôle de la constitutionnalité qu'une étape supplémentaire dans la procédure de révision de la Constitution. C'est notamment l'analyse de Georges Vedel, qui tire argument du fait que l'intervention du comité n'aboutit qu'à la suspension de la loi votée par l'Assemblée pour en conclure que le mécanisme maintient voire renforce « la souveraineté de la loi et du pouvoir législatif¹²⁸ ». L'argument est aujourd'hui encore repris¹²⁹ et tire une certaine force apparente de la lettre de la Constitution¹³⁰. Comme il a déjà été relevé *supra* au sujet du projet « Capitant », l'argument apparaît toutefois, à certains égards, excessivement formaliste. Jeanne Lemasurier a ainsi très tôt battu en brèche cette interprétation en insistant sur le fait que « la décision du Comité constitue un véritable droit de veto qui s'oppose à la promulgation¹³¹ ». Qu'une révision constitutionnelle permette de dépasser ce veto ne suffit pas à démontrer qu'il n'y a pas un « contrôle de constitutionnalité » à part entière puisque, selon la lecture strictement positiviste de l'ordre juridique alors en voie de s'imposer, toute irrégularité constitutionnelle est une irrégularité de forme pouvant être corrigée par une révision constitutionnelle¹³². Dans les faits, cela ne signifie d'ailleurs

¹²⁶ J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, *op. cit.*, p. 148.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 145. Pour une brève présentation du profil des membres du Comité constitutionnel entre 1946 et 1958, voir M. CHARPY, « Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IV^e République », art. cité, p. 493-495. À cet égard, les nominations au Comité sont assez différentes des nominations ultérieures au Conseil constitutionnel.

¹²⁸ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 554. À partir d'un raisonnement comparable, Roger Pinto dénie au mécanisme du Comité constitutionnel la qualification de « contrôle de constitutionnalité » (R. PINTO, *Éléments de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 515).

¹²⁹ Guillaume Drago identifie ainsi dans cette procédure davantage une procédure de « vérification » qu'une procédure de « contrôle » véritable (G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 177).

¹³⁰ Le comité est abordé dans le cadre du titre consacré à la révision constitutionnelle, l'article 91 précisant que « Le Comité constitutionnel examine si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution ».

¹³¹ J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, *op. cit.*, p. 243. Cet aspect est peu souligné par la doctrine contemporaine (pour une exception, voir P. JAN, « Le Comité constitutionnel de 1946, embryon du Conseil constitutionnel ? », art. cité, p. 101).

¹³² Georges Vedel, qui mobilise en 1949 la formulation des articles 91 pour mettre en doute la portée de la garantie constitutionnelle que représente le Comité, semble d'ailleurs avoir changé d'approche par la suite. La « théorie de l'aiguilleur », à partir de laquelle il justifie la place prise par le contrôle de la constitutionnalité des lois sous la V^e République, repose en effet fondamentalement sur la même logique que l'article 91 de la Constitution : « Le juge constitutionnel, si l'on peut se permettre cette image, n'est pas un censeur mais un "aiguilleur". Il n'interdit pas la marche du train : il se borne, en vertu des règles qu'il est chargé d'appliquer,

nullement que le veto du comité soit aisément dépassable, tant la difficulté d'une modification de la constitution dépend de considérations complexes mêlant droit et contexte. Les rares exemples fournis par la pratique tendent d'ailleurs plutôt à renforcer l'idée que le Comité dispose d'un droit de veto qui n'est pas si aisément surmontable. En 1948, c'est le règlement de l'Assemblée nationale qui a été adapté à la Constitution et non l'inverse. En 1949, lorsque la menace de saisir le Comité constitutionnel conduit le président de la République à demander une deuxième délibération de la loi relative aux immunités parlementaires, c'est l'Assemblée nationale qui tempore et finit – à la faveur d'une inflexion de sa composition – par revoir sa copie. Malgré les formes alambiquées de la rédaction des articles 91 à 93 de la Constitution du 27 octobre 1946, il ne fait guère de doute que c'est une forme de garantie constitutionnelle qui est organisée. Le Comité constitutionnel a bien des points faibles, mais la portée de ses décisions ne compte vraisemblablement pas au nombre de ceux-là.

Les modalités de saisine du Comité constitutionnel sont, quant à elles, un point plus décisif. Au-delà des malfaçons d'ordre technique¹³³, le problème principal est immédiatement identifié par les contemporains du comité : si seul le Conseil de la République peut saisir le Comité, cela revient à dire qu'il n'y a pas de saisine possible du comité tant qu'il y a accord entre l'Assemblée et le Conseil sur un texte législatif¹³⁴. Autrement dit, l'accord entre les deux assemblées couvre toute inconstitutionnalité potentielle¹³⁵. La mission du comité en est amputée d'autant, ramenant ce dernier à sa tâche de défenseur des prérogatives du Conseil. La « juridiction constitutionnelle » au sens matériel du terme apparaît ainsi, sous la IV^e République, comme un organe complexe, puisque le constat d'une inconstitutionnalité nécessite des avis concordants du Conseil et du Comité¹³⁶. Seule l'addition de ces deux organes permet de faire obstacle à la promulgation de la loi votée par l'Assemblée nationale. Cette lecture est d'ailleurs une conséquence logique des travaux préparatoires, lesquels insistent sur le rôle du Conseil de la République comme contre-pouvoir principal. Dès lors, le peu d'activité du comité s'explique aisément. Au cours de la première législature, les cas d'opposition entre l'Assemblée et le Conseil ont permis au comité constitutionnel de jouer un rôle, soit directement comme en 1948 au sujet de la loi SNECMA, soit indirectement comme en 1949 au sujet de la loi relative aux immunités parlementaires. Après 1951, la convergence de vues entre l'Assemblée et le Conseil met fin à l'activité du Comité

à le diriger sur la "bonne voie". » (G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n° 45, 1988, p. 151.) Dans les deux cas, une révision de la Constitution peut dépasser la décision de l'organe de contrôle. La seule différence, c'est que la formulation est explicite sous la IV^e République et qu'elle demeure implicite sous la V^e République.

¹³³ Sur un plan purement technique et procédural, la saisine est mal conçue : en 1949, l'Assemblée nationale empêche ainsi l'intervention du Comité en suspendant sa session parlementaire, ce qui entraîne de droit la suspension de la session du Conseil de la République (article 9 de la Constitution du 27 octobre 1946) et empêche ce dernier de débattre d'une éventuelle saisine du Comité (J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, *op. cit.*, p. 212 et s.).

¹³⁴ J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 956.

¹³⁵ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 555.

¹³⁶ Comme le souligne Jeanne Lemasurier dans sa thèse, la seconde assemblée, lorsqu'elle examine l'opportunité de saisir ou non le comité, porte un premier « jugement de conformité entre la loi et la Constitution » (J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, *op. cit.*, p. 209).

constitutionnel, faute de « contentieux » entre les deux Chambres. Là encore, seule l'évolution politique de l'Assemblée aurait pu générer de nouvelles divergences et réveiller le volet « constitutionnel » du contentieux entre les deux Chambres, réactivant ainsi le Comité constitutionnel. « L'atonie » du comité n'était donc pas une fatalité, bien que son activité soit entièrement dépendante du Conseil de la République.

Les commentaires visant le Comité constitutionnel apparaissent donc parfois sévères pour un organe qui, en fin de compte, a joué le rôle qui lui était assigné par le cadre constitutionnel. Le Comité a déjoué quelques pronostics en désarmant les critiques sur le terrain de sa composition. Il a joué un rôle concret à au moins deux reprises, directement en 1948 et indirectement en 1949, lorsque – selon Marcel Prélot – « la seule menace d'une réunion du Comité constitutionnel a eu le même effet qu'un avis explicite de celui-ci¹³⁷ ». Après 1951, l'expérience tourne court car les conditions de son fonctionnement ne sont plus réunies du fait de l'harmonie retrouvée entre l'Assemblée nationale et le Conseil de la République, lequel demeure le premier acteur de la garantie constitutionnelle dans les institutions de la IV^e République. Sans préjuger de ce que le Comité aurait pu devenir si le régime avait vécu¹³⁸, il faut souligner que le bilan, replacé dans son contexte, n'est pas si faible.

S'il ne faut pas sous-estimer le rôle du Comité constitutionnel, il demeure que son action est limitée aux relations entre les pouvoirs publics. Pour avoir une vue d'ensemble du déploiement de la garantie constitutionnelle sous la IV^e République, il ne faut vraisemblablement pas s'arrêter là.

B. Les progrès parallèles de la « superlégalité constitutionnelle »

Bien que l'article 92 de la Constitution de 1946 exclut le Préambule des normes de référence du contrôle exercé par le Comité constitutionnel, le texte n'est pas demeuré sans effet sous la IV^e République. Malgré la mise à l'écart de l'exception d'inconstitutionnalité¹³⁹, il est ainsi possible d'observer devant le juge ordinaire le développement matériel d'une « superlégalité constitutionnelle¹⁴⁰ » qui concourt à traduire concrètement les principes inscrits dans le Préambule de 1946. Il faut certes demeurer ici prudent, dans la mesure où le débat est obscurci par les incertitudes autour de la valeur juridique exacte du Préambule¹⁴¹ ainsi que par le

¹³⁷ M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 529.

¹³⁸ Manon Charpy insiste ainsi sur la continuité entre le Comité et le Conseil constitutionnel, en concluant que c'est le manque de temps qui n'a pas permis au Comité de se développer, tandis que Florian Savonitto estime *a contrario* que « l'argument temporel » n'est pas décisif et que le système constitutionnel n'était alors pas disposé à limiter un Parlement « demeuré souverain » (M. CHARPY, « Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IV^e République », art. cité, p. 483 ; F. SAVONITTO, « L'atonie du Comité constitutionnel dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois sous la IV^e République », art. cité, p. e56).

¹³⁹ Il y a alors, au sein de la doctrine publiciste, un consensus pour estimer que l'exception d'inconstitutionnalité n'est pas compatible avec le droit positif (voir B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République*, op. cit., p. 220).

¹⁴⁰ Le terme, initialement employé notamment par Maurice Hauriou, a encore cours sous la IV^e République (voir par ex. J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 308 ; M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 190).

¹⁴¹ La question de la valeur juridique du Préambule de 1946 est alors un débat classique qui oppose les membres de la doctrine, bien que la plupart des auteurs penchent en faveur de l'affirmative (voir par ex. R. PELLOUX, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP*, 1947, p. 347 ; G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 326 ;

refus constant du juge d'assumer officiellement un contrôle de la constitutionnalité des lois¹⁴². Les choses apparaissent pourtant à certains égards plus complexes qu'elles en ont l'air, du fait de l'usage que les juges ont fait, directement ou indirectement, du Préambule de 1946.

Comme le souligne alors Marcel Prélot, le juge judiciaire ne craint pas de fonder certaines de ses décisions directement sur le Préambule de la Constitution¹⁴³. *A contrario*, la mobilisation du Préambule devant le juge administratif est une question plus délicate, celui-ci se distinguant plutôt par ses « silences » ou ses « dérobades¹⁴⁴ ». Le Conseil d'État évite de se référer directement à un Préambule auquel il ne reconnaît pas une valeur juridique pleine et entière, comme le soulignent les conclusions du commissaire du gouvernement Gazier dans l'arrêt Dehaene¹⁴⁵. Gazier soutient alors que « notre droit public ne regarde pas les dispositions formulées dans les déclarations des droits ou les préambules des constitutions comme des prescriptions juridiques de nature constitutionnelle ni même législative ». De manière pour le moins énigmatique, il n'entend néanmoins pas « leur dénier pour autant toute force légale positive » et affirme que l'on y voit généralement « des principes fondamentaux qui doivent inspirer tant l'action législative que celle du Gouvernement et de l'Administration ». Le juge doit veiller au respect de ces principes, mais « en conservant dans le contrôle de leur application, une plus grande liberté qu'à l'égard des textes législatifs ou constitutionnels ordinaires dont l'interprétation est soumise à des principes plus stricts¹⁴⁶ ». D'une manière générale, plutôt que de se référer directement au Préambule, le Conseil d'État opte pour une stratégie lui évitant de s'attaquer à l'interprétation délicate d'un texte hautement politique en consacrant ses propres normes de référence sous la forme des principes généraux du droit ou encore de la « tradition républicaine ». Il a ainsi développé un contrôle de légalité parfois analysé comme prenant les dimensions d'un contrôle de la constitutionnalité des lois¹⁴⁷ ou, *a minima*, comme venant fortement concurrencer un tel contrôle¹⁴⁸. Dans sa célèbre thèse consacrée aux principes généraux du droit, Benoît Jeanneau écarte toutefois l'idée de reconnaître formellement valeur constitutionnelle aux

M. WALINE, note sous CE Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. 426, *RDP*, 1950, p. 691 ; M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 283 ; voir *contra* C.-A. COLLARD, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 1959, p. 100).

¹⁴² La jurisprudence Arrighi est réaffirmée en 1944 dans une décision relative aux actes législatifs du régime de Vichy (CE, 22 mars 1944, Vincent).

¹⁴³ M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 284.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Conclusions F. GAZIER sur CE Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. 426, *Revue administrative*, 1950, p. 366.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 368.

¹⁴⁷ B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954, p. 172.

¹⁴⁸ Jeanne Lemasurier observe ainsi que les principes généraux du droit prennent la forme de « règles coutumières » ayant acquis une « force supra-légale » voire « pseudo-constitutionnelle ». Or, « les principes généraux du droit comme ceux du Préambule, le contentieux de la légalité comme celui de la constitutionnalité, visent le même but : la protection des libertés individuelles ». Dès lors, « l'essor prodigieux [du recours pour excès de pouvoir] lié à l'application des principes généraux du droit représente un obstacle majeur au développement parallèle d'un contrôle de constitutionnalité fondé sur le Préambule » (J. LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle de constitutionnalité des lois*, op. cit., p. 198-199).

principes généraux du droit reconnus par le juge¹⁴⁹. Il peut le faire d'autant plus aisément que cette qualification n'a alors guère d'intérêt en tant que telle, voire apparaît plutôt comme un repoussoir à un moment où le discours officiel du Conseil d'État est de refuser tout contrôle de la constitutionnalité des lois. En pratique, les choses sont toutefois plus complexes.

En effet, la technique des principes généraux du droit revient à donner matériellement vie, tout en passant par une « source autonome¹⁵⁰ », à une partie des textes constitutionnels. Au-delà de l'arrêt Dehaene concernant le droit de grève, l'arrêt Barel et son principe d'égal accès aux emplois et fonctions publics offre un deuxième exemple célèbre. Là encore, le commissaire du gouvernement se montre des plus évasifs quant au fondement du principe invoqué, sans pouvoir faire abstraction du fait que le contenu de ce dernier est déjà présent dans la Déclaration de 1789, elle-même reprise par le Préambule de 1946¹⁵¹. D'autres exemples peuvent être évoqués, comme la décision Amicale des Annamites de Paris de 1956, qui consacre la liberté d'association comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de 1946¹⁵². Ces jurisprudences bien connues témoignent du fait que, via la consécration de « principes », le Conseil d'État donne un contenu et des conséquences concrètes aux proclamations du Préambule¹⁵³. Une véritable « superlégalité constitutionnelle » prend ici forme dans la mesure où elle traduit des principes inscrits dans des textes constitutionnels et n'est pas strictement cantonnée au contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs. En effet, comme le souligne Benoît Jeanneau, les principes généraux du droit permettent également au juge de donner à certains textes législatifs une interprétation conforme à ces principes. La technique de l'interprétation conforme a beau ménager la susceptibilité du législateur, elle aboutit dans certains cas à un résultat proche d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception en bonne et due forme.

Pour autant, les auteurs de la IV^e République n'analysent pas formellement ces dernières jurisprudences comme une forme de contrôle de la constitutionnalité des lois. Marcel Prélôt préfère ainsi conclure que les dispositions du Préambule ont

¹⁴⁹ « En second lieu, la supériorité dont jouissent les principes généraux du droit sur la loi ordinaire n'est pas du même ordre, ni du même degré que la prééminence dont jouit la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire dans un système de normes effectivement hiérarchisé. La théorie des principes généraux du droit inspire au juge une méthode d'interprétation des lois qui aboutit à conférer aux principes une certaine prééminence dans l'ordre juridique, mais cette primauté n'a rien d'absolu et ne saurait être comparée à la supériorité dont bénéficierait la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire dans un système juridique où le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois fonctionnerait normalement » (B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 172).

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 140.

¹⁵¹ CE Ass., 28 mai 1954, Barel, *conclusions Letourneur*, Rec. 308, RDP, 1954, p. 509.

¹⁵² CE Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, Rec. 317. Dans cette décision, la référence aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » est une référence directe au Préambule. Il est ainsi possible d'y voir une extension de la méthode des principes généraux du droit à la matière constitutionnelle (G. BOUDOU, « Amicales des Annamites de Paris », in D. LOCHAK, J. CHEVALLIER, J. CAILLOSSE, T. PERROUD (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 2019, p. 312-313).

¹⁵³ Roger Latournerie peut ainsi écrire en 1952 que certains principes trouvant leur appui dans le Préambule doivent, pour avoir une application pratique, « descendre des cimes pour apporter une contribution utile à la vie intime du droit » (R. LATOURNERIE, *Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État*, Sirey, 1952, p. 206 – cité par G. BOUDOU, « Amicale des Annamites de Paris », art. cité, p. 314).

juridiquement une valeur législative, ce qui peut alors suffire à expliquer ou justifier l'usage qu'en font les juges judiciaires ou administratifs. Il demeure que, d'une manière ou d'une autre, les juges font ainsi usage d'un matériel qui, dans la description qu'en donne par exemple Benoît Jeanneau¹⁵⁴, ressemble fort à la « constitution sociale » de Maurice Hauriou et n'est pas sans lien avec le contenu du Préambule de 1946. Si ce n'est pas formellement le contrôle de la constitutionnalité des lois, cela y ressemble beaucoup sur le plan matériel. Jean Rivero esquisse d'ailleurs en 1951 une comparaison entre l'influence du Conseil d'État et celle de la Cour suprême des États-Unis¹⁵⁵, tandis que Georges Burdeau, inspiré par la thèse de Benoît Jeanneau, discerne en 1959 « une manière de contrôle très atténué dans l'application que le Conseil d'État fait des principes généraux du droit et qui le conduit à donner de la loi une interprétation conforme à ces principes¹⁵⁶ ». *A posteriori*, Guy Braibant a également estimé que le Conseil d'État exerçait alors un contrôle de constitutionnalité atténué, « par voie d'interprétation », tout en jetant les fondements de ce qui a ensuite été qualifié de « bloc de constitutionnalité¹⁵⁷ ».

Sans s'appesantir sur le débat relativement vain autour de la valeur juridique exacte du Préambule ou des principes généraux du droit, il est ici important de souligner que la jurisprudence développe sous la IV^e République une certaine forme de « superlégalité constitutionnelle » qui s'impose non seulement au pouvoir réglementaire, mais également dans une certaine mesure au législateur lui-même. Il y a là un élément supplémentaire permettant de souligner que l'invocation traditionnelle du légicentrisme et du respect dû à la souveraineté de la loi ne peuvent suffire à résumer l'état du droit entre 1946 et 1958. À certains égards, une forme de garantie constitutionnelle apparaît sous la forme de la jurisprudence du Conseil d'État, appelée d'ailleurs bientôt à nourrir la jurisprudence du futur Conseil constitutionnel. Cela permet également de souligner à quel point la volonté des constituants de 1946 – réitérée par les rédacteurs de la Constitution de 1958 – d'écarter le Préambule des normes de référence du contentieux de la constitutionnalité des lois apparaît précaire et à contre-courant dans la mesure où elle est en contradiction avec le développement du contentieux de la légalité devant le Conseil d'État. Le fossé entre contentieux de la légalité et contentieux de constitutionnalité pouvait difficilement être maintenu sur le long terme – il a été finalement résorbé à l'initiative du juge constitutionnel en 1971.

C. Les prémisses de la dimension stratégique du contrôle

Le dernier facteur de progression de la garantie constitutionnelle après 1946 réside dans la prise de conscience progressive de l'intérêt stratégique du contrôle de constitutionnalité. Au cours de la IV^e République, une série de controverses

¹⁵⁴ B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 252.

¹⁵⁵ Au sens où le Conseil d'État, comme la Cour suprême, tend « à soumettre l'ensemble de la vie publique française à une éthique dont il définit les éléments en dehors de tout texte écrit » et tend « à soumettre la loi elle-même à cette éthique » (J. RIVERO, « Le juge administratif : un juge qui gouverne », *Dalloz*, 1951, chronique VI, p. 21).

¹⁵⁶ G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, 1959, p. 91.

¹⁵⁷ G. BRAIBANT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'État », in J.-C. COLLIARD, Y. JEGOUZO, *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 188.

constitutionnelles donne ainsi l'occasion aux acteurs institutionnels ou partisans de mesurer l'intérêt pratique d'un contrôle de la constitutionnalité des lois.

En ce qui concerne les acteurs institutionnels, le Conseil de la République n'a guère besoin d'être convaincu de l'intérêt d'une garantie constitutionnelle pensée à son bénéfice exclusif. *A contrario*, l'intérêt pour l'Assemblée nationale est moins évident. Les débats de 1946 révèlent à quel point l'existence d'un contrôle est avant tout analysée comme une menace pour l'Assemblée et l'unique délibération du Comité constitutionnel, survenue en 1948, n'est pas de nature à réconcilier l'Assemblée avec ce nouvel organe constitutionnel. Les tensions entre les deux Chambres ont pourtant donné à l'Assemblée l'occasion de pressentir que la garantie constitutionnelle peut, dans certains cas, tourner en sa faveur et que l'égalité des armes lui serait profitable. Lors de la controverse relative à l'instauration au Conseil de la République d'une procédure de question orale avec débat, le président de l'Assemblée nationale tente ainsi, en invoquant la Constitution, d'obtenir l'intervention du président de la République¹⁵⁸. Ce dernier répond que rien dans la Constitution ne permet de faire face à d'éventuelle violation de la Constitution par le règlement du Conseil de la République. Cet événement, qui s'ajoute à la controverse de 1948 relative au règlement de l'Assemblée nationale, n'est sans doute pas sans rapport avec la conviction des constituants de 1958 qu'il faut instaurer un contrôle obligatoire des règlements des chambres à la Constitution par le Conseil constitutionnel¹⁵⁹.

En ce qui concerne les acteurs partisans, une évolution comparable peut être observée à la faveur d'une série de controverses constitutionnelles permettant aux différents partis d'apprécier les mérites du contrôle. La controverse la plus célèbre à cet égard est celle relative à la constitutionnalité du traité relatif à la Communauté européenne de défense. Le processus de ratification du traité a été l'occasion de débats politiques et doctrinaux où l'argument de la constitutionnalité fut récurrent¹⁶⁰. Des débats comparables, bien que d'une intensité moindre, surgissent également au sujet des traités CECA de 1951 et CEE de 1957¹⁶¹. Le Comité constitutionnel n'a toutefois pas été amené à connaître de ces questions – malgré des efforts en ce sens – car le Conseil de la République, qui souhaitait la ratification de ces traités, s'était refusé à le saisir¹⁶². Ces tentatives infructueuses sont toutefois de nature à convaincre certains gaullistes – à commencer par Michel Debré – que le contrôle de constitutionnalité est une nécessité pour protéger la Constitution des atteintes indirectes du législateur ordinaire, notamment par le biais de la ratification de traités internationaux¹⁶³. Ainsi, les événements de la IV^e République ont pu nourrir une lecture « gaulliste » de la légitimité du contrôle de

¹⁵⁸ Voir B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République*, *op. cit.*, p. 161-162.

¹⁵⁹ C'est du moins l'hypothèse avancée par Jeannette Bougrab, qui identifie ici l'influence de François Luchaire dans les travaux préparatoires de la Constitution (J. BOUGRAB, « La contribution de François Luchaire à l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958 », in J. BOUGRAB, D. MAUS, *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2005, p. 141).

¹⁶⁰ Voir B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République*, *op. cit.*, p. 416-424.

¹⁶¹ L. HAMON, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Paris, Fayard, 1987, p. 136.

¹⁶² Conseil de la République, *Journal officiel, Débats*, 25 juillet 1957, p. 1822.

¹⁶³ L. HAMON, *Les juges de la loi*, *op. cit.*, p. 136-137.

constitutionnalité dont on retrouve des échos dans l'article 54 de la Constitution de 1958.

La controverse la plus intéressante demeure néanmoins celle entourant l'adoption en 1951 de la loi Barangé portant sur le financement public des établissements d'enseignement privé. Cet épisode est remarquable dans la mesure où il oppose à front renversé partisans et adversaires du contrôle de constitutionnalité. Une partie de la gauche, décidée à faire feu de tout bois pour empêcher l'adoption d'un texte politiquement clivant, tente d'obtenir du Conseil de la République la saisine du Comité constitutionnel. André Hauriou défend ainsi – sans espoir – devant la seconde Chambre une motion où il met en cause la conformité du texte à la Constitution¹⁶⁴. La droite, autrefois partisane résolue du contrôle de constitutionnalité, se montre soudainement moins pressée de s'en remettre à l'appréciation d'un organe externe. Georges Pernot répond ainsi à André Hauriou qu'il n'y a aucune raison de saisir le comité, puisque le Conseil de la République ne voit aucune incompatibilité entre les dispositions en discussion et le texte constitutionnel¹⁶⁵. La controverse relative à la loi Barangé illustre un chassé-croisé instructif entre partisans et adversaires du contrôle : subitement, une partie de la gauche regrette de ne pas disposer d'un contrôle de constitutionnalité en bonne et due forme, tandis que la droite s'érige en rempart d'un *statu quo* théoriquement très en deçà de ses revendications initiales¹⁶⁶. L'épisode de la loi Barangé témoigne ainsi de la dimension stratégique du débat autour du contrôle de constitutionnalité, chaque camp politique marquant pour le contrôle un intérêt indexé sur les gains politiques qu'il peut en retirer. Par la suite, la majorité existante au Conseil de la République a maintenu la même position de principe selon laquelle l'accord de la seconde Assemblée rendait sans objet toute tentative d'obtenir la saisine du Comité constitutionnel, bloquant dans les faits le développement d'un contrôle de constitutionnalité des lois dont elle prétendait pourtant, dans le même temps, regretter l'absence¹⁶⁷. La controverse relative à la loi Barangé démontre également qu'une partie de la gauche est susceptible d'être sensible à l'intérêt d'un tel mécanisme pourvu qu'il serve ses intérêts, en l'espèce la défense d'une certaine interprétation du principe de laïcité contre le financement public d'une partie de l'enseignement privé. Cela ne suffit certes pas à expliquer la conversion progressive de la gauche au contrôle de constitutionnalité, mais l'épisode témoigne du fait qu'une telle évolution pouvait être rapide pourvu que le contexte s'y prête.

Ces événements témoignent ainsi du fait que l'ensemble des acteurs institutionnels ont eu l'occasion, sous la IV^e République, d'apprécier à un titre ou un autre l'intérêt stratégique du contrôle de la constitutionnalité des lois. En fait d'hostilité au contrôle, c'est sans doute bien davantage à une érosion progressive de cette hostilité que l'on assiste entre 1946 et 1958. Cela expliquerait en partie

¹⁶⁴ Conseil de la République, *Journal officiel, Débats*, 20 septembre 1951, p. 2538 et s.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 2539 et s.

¹⁶⁶ Georges Pernot, dans un article ultérieur, conclut ainsi que le Comité constitutionnel n'est pas tant un « véritable contrôle de la constitutionnalité des lois qu'un système de conciliation et d'arbitrage au sein du Parlement » (G. PERNOT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Revue politique des idées et des institutions*, n° 16, 1951, p. 481).

¹⁶⁷ La position de 1951 fait ainsi « jurisprudence » et est opposée, en 1957, aux tentatives de Michel Debré et Léo Hamon d'obtenir la saisine du Comité constitutionnel au sujet de la loi ratifiant le traité CEE. Les motions déposées à cette occasion n'ont pas même été discutées au fond, puisqu'elles ont été considérées comme irrecevables par la commission compétente du Conseil de la République (Conseil de la République, *Journal officiel, Débats*, 25 juillet 1957, p. 1822).

l'accueil relativement consensuel fait en 1958 au Conseil constitutionnel lorsqu'il prend la relève du comité, marquant tout à la fois l'inscription durable de la garantie constitutionnelle dans les textes et l'abandon de la quête d'une « troisième voie » en la matière.

III. L'ÉCHEC DE LA « TROISIÈME VOIE » ET SES CONSÉQUENCES

L'érosion observable de l'hostilité au contrôle ne provient pas de la réussite d'une hypothétique « troisième voie » en matière de garantie constitutionnelle. Il a déjà été souligné qu'une partie des constituants espéraient pourtant proposer une forme de garantie originale au sens où elle ne reposerait ni sur le juge ordinaire ni sur une cour suprême et ménagerait expressément l'intervention du corps électoral, érigeant ce dernier en pouvoir de décision ultime. Cette tentative n'est pas isolée dans l'histoire du constitutionnalisme juridictionnel et le thème de la « troisième voie » bénéficie ces dernières années d'un regain d'intérêt. Une importante littérature a ainsi été consacrée à l'apparition de formes « faibles » de contrôle de la constitutionnalité des lois¹⁶⁸ – par opposition au contrôle juridictionnel classique (*strong judicial review*) dont la Cour suprême états-unienne offrirait l'exemple le plus célèbre. Tout en gardant à l'esprit que ces débats sont nés dans un contexte différent de celui de la IV^e République et sont tributaires de cultures constitutionnelles bien déterminées¹⁶⁹, il est possible de relever quelques points de rencontre entre les débats français de 1946 et les discussions contemporaines relatives à l'existence d'une forme « faible » de contrôle juridictionnel dans une partie des anciennes colonies britanniques. Dans les deux cas, il s'agit de concilier l'ancienne souveraineté du législateur et un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, avec en toile de fond la tension entre l'importance du contrôle et la nécessité de confier le dernier mot à une instance dont la légitimité démocratique est plus évidente que celle du juge. À cet égard, les préoccupations des constituants de 1946 apparaissent éminemment modernes, au sens où elles trouvent un écho dans les débats contemporains.

Il pourrait ainsi être tentant d'identifier dans l'œuvre des constituants de 1946 la consécration avant l'heure d'une « troisième voie » française en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois. Les intentions initiales d'une part notable des constituants allaient en ce sens et le premier projet de contrôle élaboré par René Capitant pour le compte de la première assemblée constituante proposait, à cet égard, un modèle intéressant. Ce projet se serait en effet inscrit sans peine dans

¹⁶⁸ La qualification de forme « faible » du contrôle est attachée aux travaux de Mark Tushnet (M. TUSHNET, « The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review », *German Law Journal*, vol. 14, 2013, p. 2249) tandis que les travaux de Stephen Gardbaum abordent un objet comparable en évoquant un « nouveau modèle du Commonwealth » (S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013). Pour un aperçu récent de ces débats, voir M. TUSHNET, « Weak-form review: an introduction », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, Issue 3, 2019, p. 807 et S. GARDBAUM, « Weak-form review in comparative perspective: A reply », in *ibid.*, p. 931. Voir également, en ce qui concerne la réception française de ces débats : M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus politicum*, n° 13, 2014 ; A. BACHERT, *Les rapports entre Cours suprêmes et législateurs dans les systèmes constitutionnels de Common law*, Paris, LGDJ, 2019.

¹⁶⁹ M. ALTWEGG-BOUSSAC, « Le concours des organes politique et juridictionnel à la garantie des droits. Regard sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », art. cité.

les débats contemporains autour de la forme « faible » du contrôle : en mettant en place un comité juridictionnel faisant une large place à l'influence politique, il organise un dialogue entre le Parlement et l'organe de contrôle¹⁷⁰, tout en prévoyant qu'un désaccord persistant sera tranché par référendum¹⁷¹. Ce n'est toutefois qu'une forme très dégradée de ce premier projet qui est finalement retenue dans la Constitution d'octobre 1946. La mise en scène d'un dialogue entre Parlement et organe de contrôle est certes maintenue, mais la possibilité d'élever le conflit devant le corps électoral dans son ensemble en cas de désaccord n'est plus automatique du fait de l'assouplissement de la procédure de révision constitutionnelle. Le « dernier mot » est certes toujours expressément mentionné par la Constitution mais il est renvoyé, de manière plus classique, à une procédure de révision constitutionnelle qui ne présente plus la garantie de l'arbitrage du corps électoral¹⁷². Le mécanisme perd ainsi une grande part de son originalité.

Malgré certaines apparences et les intentions initiales d'une partie des constituants, le Comité constitutionnel de 1946 ne saurait donc être considéré comme le modèle d'une « troisième voie » en matière de garantie constitutionnelle. Il se présente, plus simplement, comme un organe *ad hoc*, dont la composition dépend des assemblées et qui exerce un droit de veto ne pouvant être surmonté que par une révision constitutionnelle. Dans la perspective des « modèles de justice constitutionnelle », il n'est donc pas impossible de voir – comme le relevait René Capitant à propos de la première version de l'organe esquissé au début de l'année 1946¹⁷³ – dans le comité un lointain cousin du « modèle européen » de

¹⁷⁰ Le projet rédigé par Capitant prévoyait, dans le cas de figure d'une loi jugée inconstitutionnelle, le renvoi du texte devant l'Assemblée nationale pour une nouvelle délibération. L'engagement d'une procédure de révision constitutionnelle n'avait ainsi de sens que dans l'hypothèse où l'Assemblée maintenait son premier vote malgré la délibération du Comité. Ce cheminement n'est pas sans rappeler le fait que les approches contemporaines d'une forme « faible » de contrôle de la constitutionnalité des lois insistent bien souvent sur l'aspect « dialogique » des relations entre organe délibérant et organe juridictionnel.

¹⁷¹ Il y a toutefois une ambiguïté déjà présente dans le projet rédigé par Capitant, lequel fait référence à la procédure de révision de la Constitution en général, et non spécifiquement à une procédure référendaire. Cette assimilation des deux procédures a l'intérêt d'éviter de mettre en place une procédure de révision parallèle concurrençant la procédure de révision constitutionnelle. Elle a toutefois également un inconvénient : si la procédure de révision s'écarte de la voie référendaire, le volet « populaire » de la procédure de garantie constitutionnelle disparaît. C'est ce qui est advenu lors des discussions au sein de la seconde Assemblée constituante.

¹⁷² Selon la procédure de révision de la Constitution d'octobre 1946, le référendum n'est plus un passage obligé. Un projet de révision constitutionnelle peut en effet être adopté avec le concours des deux Chambres du Parlement, voire par l'Assemblée nationale seule (article 90 de la Constitution du 27 octobre 1946).

¹⁷³ « Le système qui avait été prévu par la commission, avant que la rupture ne fût consommée sur ce point, est analogue à celui qui a fonctionné en Autriche en 1919 ; c'est celui d'une cour constitutionnelle, cette commission des trente, qui aurait le droit considérable, il faut le dire, de vérifier la constitutionnalité des lois et de faire appel à l'arbitrage populaire ; cette cour constitutionnelle composée seulement de juges ou de membres nommés par l'Assemblée – mais pris en dehors d'elle-même – parmi les personnalités qui inévitablement seraient des juristes, aurait par la force des choses un pouvoir politique trop grand pour sa composition ; en sorte que, pratiquement, elle ne pourrait jamais exercer ses prérogatives » (Assemblée nationale constituante, *Journal officiel, Débats*, 10 avril 1946, p. 1671).

justice constitutionnelle¹⁷⁴. Il s'agit néanmoins d'un cousin « abâtardi » par une compétence étroite, des règles de saisines extrêmement restrictives et une absence totale de considérations d'ordre procédural. Il est bien sûr possible d'estimer que de telles différences produisent, en fin de compte, une différence qui n'est plus seulement de degré mais qui est également de nature. Le rapprochement ici esquissé ne vise de toute façon pas à rattacher le Comité constitutionnel à un hypothétique « modèle européen » de justice constitutionnelle¹⁷⁵, mais plus simplement à souligner le fait suivant : l'expérience de la IV^e République témoigne du fait qu'il n'est pas si simple d'imaginer, concrètement, une « troisième voie » en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois qui se distingue réellement de la voie kelsénienne, laquelle est déjà une « troisième voie » entre absence de contrôle et contrôle par le juge ordinaire.

En fait de voie nouvelle, les constituants de 1946 mettent en place un début de juridiction constitutionnelle sur le terrain somme toute classique d'un organe *ad hoc* de contrôle de la constitutionnalité des lois dont l'objet est juridictionnel et disposant d'un droit de veto. Faute de réunir un consensus véritable autour de cette orientation, les constituants n'ont toutefois pu aboutir qu'en grevant lourdement les conditions de fonctionnement de cet organe. Pour compenser ce que le comité avait d'incontestablement juridictionnel par son objet, il fallait lui donner un statut ne rappelant en rien celui d'une juridiction. À défaut de trouver une solution satisfaisante pour encadrer le pouvoir de cet organe en formation, ce dernier n'a ainsi été finalement toléré que sous la réserve d'être fragile au regard de sa composition et obscur eu égard à ses procédures. Ce compromis n'est sans doute pas le plus important des nombreux compromis passés en 1946 : il est cependant l'un des plus préjudiciables au regard de ses conséquences de long terme. Le choix de 1946 – un embryon de juridiction mal conçu plutôt que d'ouvrir une voie nouvelle ou d'assumer la création d'une juridiction de plein exercice – a en effet été reconduit en 1958 dans la mesure où la formule du Conseil constitutionnel ressemble très fort à celle du Comité. Les principales différences entre les deux organes sont d'ailleurs liées au fait que les enseignements des controverses de la IV^e République ont été tirés et que les spécificités liées à l'architecture institutionnelle de la V^e République ont été prises en compte. Si certains défauts du Comité sont corrigés à la marge¹⁷⁶, cette évolution n'apporte pas que des progrès puisque certains aspects ayant donné satisfaction disparaissent¹⁷⁷. Le choix

¹⁷⁴ La distinction demeure étroitement attachée à l'œuvre de Louis Favoreu (voir L. FAVOREU, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. IV, 1988, p. 51).

¹⁷⁵ La démarche a été faite au sujet du successeur du Comité, une partie de la doctrine française s'étant évertuée à placer l'analyse du Conseil constitutionnel dans le cadre d'analyse forgé par Hans Kelsen et relayé en France par Charles Eisenmann (comme en témoigne la republication de la thèse d'Eisenmann en 1986, agrémentée d'une préface de Georges Vedel et d'une postface de Louis Favoreu). Cette démarche a fait l'objet de vives critiques visant le caractère artificiel et intéressé du rapprochement (O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus politicum*, n° 2, 2009).

¹⁷⁶ La liste des autorités ayant compétence pour saisir le Conseil constitutionnel est certes plus étoffée que ce qui existait pour le Comité, mais le nombre d'acteurs ayant un rôle à jouer demeure limité. C'est d'ailleurs, en 1958, un choix explicite afin de limiter le rôle potentiel du Conseil (B. QUIRIGNY, « Le Conseil constitutionnel dans les travaux du Comité consultatif constitutionnel de 1958 », *RFDC*, n° 117, 2019, p. 152-156).

¹⁷⁷ Sur le terrain des règles relatives à sa composition, l'éviction du président de la République et des présidents des Chambres accentue l'aspect « juridictionnel » du Conseil. Toutefois, en ce

fondamental demeure toutefois le même : faute d'avouer, à cause de l'objection démocratique, la création d'une juridiction constitutionnelle de plein exercice¹⁷⁸, on invoque une hypothétique voie médiane consistant à confier à un organe dénué de garanties et de procédures adéquates une mission juridictionnelle. En quelque sorte, en 1946 comme en 1958, la garantie juridictionnelle de la Constitution est organisée et tolérée sous condition qu'elle demeure entravée par sa composition, ses modes de saisine et la limitation de ses normes de références. Ce compromis s'est révélé dans les faits éphémère du fait de l'affirmation progressive du Conseil constitutionnel et de sa prétention à incarner une juridiction de plein exercice appelée à exercer un entier contrôle de la constitutionnalité des lois. C'est ainsi que la France, après avoir écarté en parole un contrôle de la constitutionnalité des lois par un organe véritablement juridictionnel en 1946 puis en 1958 et sans n'être jamais réellement revenue sur cette question, s'est finalement tout de même retrouvée dotée d'un contrôle que tous les constituants successifs avaient officiellement écarté¹⁷⁹. De la « mauvaise conscience » initiale de ces derniers ne demeurent plus que les aspects les plus discutables, à savoir l'impuissance organisée du Conseil constitutionnel du fait de sa composition et de ses procédures. Cet héritage pèse aujourd'hui encore lourdement sur le destin d'un Conseil obligé de naviguer continuellement dans un entre-deux où, somme toute, la place qu'il occupe demeure faible¹⁸⁰. Une juridiction constitutionnelle mais à la condition que sa composition demeure fragile et que ses procédures demeurent lourdement handicapantes : peut-être était-ce finalement là la « troisième voie française » vers le contrôle de constitutionnalité ?

Benjamin Fargeaud

Professeur de droit public à l'université de Lorraine.

qui concerne le mode de nomination du reste de ses membres, il est douteux que le Conseil constitutionnel représente un progrès par rapport au Comité.

¹⁷⁸ En 1958, comme en 1946, c'est officiellement l'idée de la création d'une voie médiane qui prévaut. En 1958, il est question de créer un Conseil qui se situe à mi-chemin entre le Comité de 1946 et une Cour suprême (B. QUIRIGNY, « Le Conseil constitutionnel dans les travaux du Comité consultatif constitutionnel de 1958 », art. cité, p. 148).

¹⁷⁹ Il serait possible ici d'arguer du fait que les réformes successives de 1974 et 2008 ont entériné et encouragé de manière déterminante la nouvelle dimension du Conseil constitutionnel. Il faut toutefois relever que ces réformes n'ont porté que sur l'élargissement des modes de saisine du Conseil. Le débat portant sur sa composition, sa dénomination ou encore ses moyens n'a jamais véritablement évolué (malgré des tentatives en ce sens, comme les propositions récurrentes de « cour constitutionnelle »). En l'état, le consensus sur le rôle du Conseil constitutionnel au sein des institutions de la V^e République ne semble donc pas aller au-delà de ce que cette institution représente aujourd'hui.

¹⁸⁰ Les évolutions considérables ayant caractérisé le Conseil constitutionnel depuis 1958 ne doivent pas masquer le fait que, fondamentalement, ses faiblesses initiales demeurent. Les aspects les plus significatifs à cet égard sont actuellement la nature des nominations (voir A. ROBLOT-TROIZIER, « L'indispensable mue du Conseil constitutionnel », *Le club des juristes*, 17 octobre 2023), les insuffisances procédurales (*ibid.*) et les limites de la jurisprudence en matière institutionnelle, récemment encore illustrée par la décision relative à la réforme des retraites (voir S. BENZINA, « Une illustration de la conception française du contrôle de constitutionnalité : les décisions sur la réforme des retraites », *Jus politicum*, n° 30, 2023).

Jean-Sébastien Boda

Un vent de fronde contre le contrôle de constitutionnalité des lois

Analyse des débats parlementaires sur la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993

L'avènement du contrôle de constitutionnalité du fond des lois en France, qui a suivi la décision *Liberté d'association*¹, est directement lié, chacun le sait, à l'interprétation fournie à cette occasion par le Conseil constitutionnel du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 consistant à l'intégrer pleinement dans la Constitution à laquelle les lois doivent être conformes². À partir de cette décision, le développement de la justice constitutionnelle ira progressivement de pair avec la substitution de la notion de « bloc de constitutionnalité³ » à celle de Constitution, tant dans le vocabulaire doctrinal, dans celui plus général des juristes, que dans celui des acteurs politiques, qu'ils souhaitent saisir le Conseil constitutionnel où se référer à sa jurisprudence pour soutenir un propos constitutionnel.

L'acceptation politique du rôle de la justice constitutionnelle est directement liée à la réforme constitutionnelle de 1974⁴, permettant, dans les faits, aux parlementaires d'opposition de saisir le Conseil constitutionnel des textes votés par

¹ Cons. Const., décis. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec., p. 29. Sur cette décision, voir G. BOUDOU, « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *RFDC*, 2014, n° 97, p. 5.

² Sur ce vaste sujet, voir M. TROPER, « L'interprétation constitutionnelle », *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 155.

³ Sur le bloc de constitutionnalité, voir notamment : C. DENIZEAU, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?*, Paris, LGDJ, 1997 ; D. FALLON (dir.), *Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité*, Paris, LGDJ, 2017 ; A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, 2007 ; *Id.*, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, vol. X, 2019, p. 159 ; D. BARANGER, « Comprendre le “bloc de constitutionnalité” », *Jus Politicum*, *op cit.*, p. 125 ; J.-S BODA, « Bloc de constitutionnalité ou désordre constitutionnel ? », *RFDC*, 2022, n° 130, p. 393 ; G. ALBERTON, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité », *R DFA*, 2005, p. 249 ; 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 ; « Définition du bloc de constitutionnalité », in *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 87 ; G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1990, p. 49.

⁴ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution.

les parlementaires de la majorité. D'abord qualifiée de « réformatrice » par l'opposition de l'époque, elle a en effet finalement permis que l'on assiste à une « normalisation » des rapports entre le Conseil constitutionnel et les parlementaires qui « passe par la gestion du nouvel outil que constitue la possibilité de saisir le Conseil⁵ ». Très vite, les oppositions, de quelque ordre qu'elles soient, ont souhaité exploiter, dans leurs saisines, toutes les potentialités que leur offraient tant les textes compris dans le Préambule de la Constitution de 1958 que les différentes classes de règles, de principes ou encore d'exigences constitutionnelles que le Conseil constitutionnel a dégagés au fur et à mesure de l'évolution de sa jurisprudence. Cette acceptation n'allait cependant pas sans certaines critiques ici où là, notamment de la part d'acteurs politiques peu convaincus de la légitimité du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, que cela soit de manière générale ou, plus sporadiquement, à l'occasion d'une décision emblématique. Si certains épisodes de tension sont bien identifiés⁶, notamment après l'alternance en 1981 et la première censure de la loi de nationalisation⁷, le point d'acmé fut sans nul doute atteint lors de l'examen de la révision constitutionnelle relative au droit d'asile en 1993⁸. Avec celle-ci, « le Conseil connaît, à droite, la crise qu'il avait connue dix ans plus tôt à gauche. La polémique prend cependant un tour plus institutionnel puisque c'est le Premier ministre lui-même qui porte l'attaque, suscitant la réponse inhabituelle du président du Conseil constitutionnel en personne⁹ ».

La présente étude a précisément pour objet d'analyser les débats ayant eu lieu pendant l'examen de la réforme par les parlementaires et de montrer que s'y fit jour un véritable vent de fronde¹⁰, c'est-à-dire d'attaque ciblée voire de révolte, sans précédent dans le monde politique, contre le contrôle de constitutionnalité tel qu'il était exercé par le Conseil constitutionnel. Là où, au début des années 1980, c'est plutôt contre sa composition que s'étaient concentrées les critiques contre le Conseil constitutionnel, et alors que celles-ci « se sont heurtées au statut constitutionnel de l'institution¹¹ », en l'espèce, les critiques furent formulées à l'occasion d'une révision constitutionnelle et elles visaient directement l'interprétation extensive de la Constitution promue par le Conseil constitutionnel. Dans ce cadre, le rappel du langage sans tabou d'une partie des parlementaires, mais aussi de l'exécutif, visera à montrer qu'à ce moment de l'histoire de la V^e République, le tournant pris en 1971 ne faisait pas encore l'unanimité, même parmi les formations politiques dites « de gouvernement ». La loi constitutionnelle examinée par les parlementaires visant à introduire dans la Constitution un article 53-1 faisant obstacle à ce que venait de juger le Conseil constitutionnel dans une décision du 13 août 1993¹², il paraît nécessaire de rappeler le contexte politique et juridique dans lequel est venue s'insérer cette révision constitutionnelle.

⁵ A. DELCAMP, « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », *RFDC*, 2004, n° 57, p. 74.

⁶ Voir, pour la première alternance de 1981 et les tensions afférentes, L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et l'alternance », *Revue française de science politique*, 1984, p. 1002.

⁷ Cons. Const., déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

⁸ Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile.

⁹ A. DELCAMP, « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », art. cité, p. 57.

¹⁰ Nom commun en référence à la Fronde, ensemble de troubles qui agitèrent la France entre 1648 et 1653, pendant la minorité de Louis XIV, voir *Le Robert illustré*, 2021, p. 805.

¹¹ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et l'alternance », art. cité, p. 1009-1010.

¹² Cons. Const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993.

1) Pour comprendre la séquence, il faut rappeler qu'à la demande de la France, une « réserve de souveraineté » avait été instituée par l'article 29 § 4 des accords de Schengen, autorisant chaque État partie à assurer lui-même le traitement d'une demande d'asile, en dérogation au principe de responsabilité de l'État de premier accueil qui constituait la pièce maîtresse de ces accords en matière de droit d'asile. Le Conseil constitutionnel avait considéré que, nonobstant les nouvelles règles d'examen des demandes d'asile par un seul État de l'Espace Schengen, la France conservait aux termes de cet article 29 § 4 la possibilité de traiter elle-même « une » – et non pas toute – demande d'asile dont la responsabilité ne lui incombait pas¹³. Ainsi, l'existence de cette faculté suffisait par elle-même à rendre les accords de Schengen conformes à la Constitution, et plus précisément, au quatrième alinéa du Préambule de 1946, selon lequel « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ».

2) À l'occasion du contrôle de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, votée par la nouvelle majorité parlementaire¹⁴ à l'été 1993 et qui mettait notamment en œuvre cette réserve de souveraineté, le Conseil constitutionnel a néanmoins rappelé, dans la décision précitée du 13 août 1993, que « les étrangers peuvent se prévaloir d'un droit qui est propre à certains d'entre eux, reconnu par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 auquel le peuple français a proclamé solennellement son attachement » et a émis une réserve d'interprétation en jugeant que « le quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 fait obligation aux autorités administratives et judiciaires françaises, de procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile qui relèvent de cet alinéa c'est-à-dire de ceux qui seraient persécutés pour leur action en faveur de la liberté ; que le respect de cette exigence suppose que les intéressés fassent l'objet d'une admission provisoire de séjour jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur cas ; que le droit souverain de l'État à l'égard d'autres parties contractantes à des conventions doit être entendu comme ayant été réservé par le législateur pour assurer le respect intégral de cette obligation ». Ce faisant, selon la nouvelle majorité parlementaire, en obligeant les autorités françaises à procéder à l'examen de la situation de tous les demandeurs d'asile se disant persécutés en raison de leur action en faveur de la liberté, le Conseil constitutionnel avait transformé en obligation de portée générale ce que la France avait elle-même fait inscrire comme une simple faculté dans une convention internationale.

3) Décidé à réagir, le Gouvernement avait immédiatement saisi le Conseil d'État de la question de savoir si « les règles fixées par la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 autorisent le Gouvernement à faire adopter par le Parlement une disposition législative permettant à la France de ne pas être contrainte d'examiner, ainsi que la convention de Schengen l'en dispense, une demande d'asile formulée par une personne – se disant persécutée pour son action en faveur de la liberté – dont le cas relève, en vertu de ladite convention, d'un autre État et, par voie de conséquence, de ne pas être obligée de l'accueillir, fût-ce à titre provisoire, sur le territoire national ? ». Dans son avis au Gouvernement, le Conseil

¹³ Cons. Const., décis. n° 91-294 DC du 25 juillet 1991.

¹⁴ Les élections législatives, qui venaient de se dérouler les 21 et 28 mars 1993 afin d'élire la X^e législature de la V^e République, avaient vu la victoire triomphante de la coalition de droite, dite Union pour la France, qui avait remporté 484 sièges sur les 577 que comporte l'Assemblée nationale, donnant naissance à la deuxième cohabitation, François Mitterrand nommant Édouard Balladur Premier ministre afin qu'il constitue un gouvernement ayant la confiance de la nouvelle majorité parlementaire.

d'État avait conclu que « cette obligation découlant, selon la décision du Conseil constitutionnel, du principe proclamé par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, seule une loi constitutionnelle pourrait en dispenser la France¹⁵ ». C'est dans ce cadre que le Gouvernement a saisi l'Assemblée nationale d'un projet de loi constitutionnelle aux termes duquel « Il est ajouté, dans le titre VI de la Constitution : Des traités et accords internationaux, un article 53-1 ainsi rédigé : "La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif" ». Cette formulation ambiguë reprenait la réserve de souveraineté déjà stipulée dans les accords de Schengen ; elle s'expliquait notamment par le contexte de cohabitation qui avait favorisé une négociation sur la teneur du texte entre les deux têtes de l'exécutif. De fait, comme a pu le relever le rapporteur du texte à la commission des lois du Sénat, Paul Masson, « le second alinéa du projet de loi constitutionnelle est également très clair. Il préserve la souveraineté nationale pour le présent et pour le futur. La France peut toujours donner asile à toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté – c'est la référence au Préambule de la Constitution de 1946 – mais elle peut aussi accorder l'asile à toute personne qui sollicite sa protection pour un autre motif¹⁶ ».

C'est précisément cette révision constitutionnelle, envisagée et mise en œuvre dans l'urgence, qui allait être l'occasion de débats riches et nourris tout au long de son examen ; comme le releva Jean-Jacques Hyest devant l'Assemblée nationale : « C'est à un curieux débat constitutionnel auquel nous sommes conviés, où sont jetés pêle-mêle la souveraineté nationale, le droit d'asile, quand ce ne sont pas les pouvoirs du Conseil constitutionnel¹⁷. » C'est sur ce dernier point que la présente étude souhaite s'arrêter. Le terreau dans lequel la révision envisagée prenait sa source, à savoir surmonter une interprétation du Préambule de la Constitution de 1946 délivrée par le Conseil constitutionnel (I) explique que les circonstances étaient favorables à l'expression d'une charge contre le bloc de constitutionnalité (II), sans déboucher pour autant sur une remise en cause globale du contrôle de constitutionnalité des lois, sans doute car c'est le destin des frondes que de n'être pas victorieuses, quand bien même elles sont tranchantes (III).

I. LE TERREAU DE LA COLÈRE : UNE RÉVISION GÉNÉRÉE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Pour la première fois, une révision constitutionnelle fut explicitement provoquée en réaction immédiate à une décision du Conseil constitutionnel, comme cela ressort de la majorité des interventions durant le processus d'examen de la loi constitutionnelle, tant devant les deux assemblées (A) que devant le Congrès du Parlement, y compris la déclaration du Premier ministre (B).

¹⁵ CE, Section de l'intérieur, Avis du 23 septembre 1993, n° 355.113.

¹⁶ *JORF*, Débats parlementaires, Sénat, séance du 16 novembre 1993, p. 4259.

¹⁷ *JOAN*, 2^e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5002.

A. Un constat partagé devant les assemblées

L'attitude du Conseil constitutionnel, révélée par la décision précitée du 13 août 1993, pouvait difficilement ne pas provoquer l'irritation de la nouvelle majorité parlementaire qui eût sans doute le sentiment de se heurter à un « véritable donneur de leçon¹⁸ » s'agissant de ce qui semblait une brusque évolution de sa jurisprudence, depuis la décision relative à l'approbation de la convention d'application des accords de Schengen¹⁹, esquissée à propos d'une loi mettant en œuvre un programme politique pour lequel cette majorité venait d'être élue triomphalement et s'estimait donc pleinement légitime à voter un tel texte.

Au début de la discussion générale en séance à l'Assemblée nationale, le rapporteur du projet de loi constitutionnelle, Jean-Pierre Philibert, posa le problème en ces termes : « l'exposé des motifs du projet de loi [...] a l'exquise pudeur de ne faire aucune allusion à la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, mais ne nous cachons pas derrière notre petit doigt : si nous sommes ici aujourd'hui, c'est bien pour tenir une sorte de lit de justice et remettre en cause cette décision qui a créé un obstacle inattendu à la réalisation d'une politique européenne d'accueil des demandeurs d'asile et, au-delà, je tiens à le souligner car cet objectif est souvent perdu de vue, à la mise en œuvre de la libre circulation des personnes dans l'espace communautaire. » En effet selon lui « si l'on veut revenir à cette interprétation qui est la seule raisonnable, il faut bien modifier la Constitution, il faut bien neutraliser les effets de la position prise par le Conseil constitutionnel. Qu'on ne nous dise pas qu'il s'agit de toucher à un principe constitutionnel depuis longtemps établi ! La Constitution que le projet de loi entend modifier, ce n'est pas la Constitution de 1958, mais la Constitution réinterprétée par le Conseil constitutionnel le 13 août 1993²⁰ ».

Il est topique que l'expression de lit de justice, institution bien connue d'Ancien régime qui marquait la primauté du monarque sur ses parlements²¹, soit ici employée par un parlementaire à l'occasion d'une révision en lien avec la mise en œuvre de stipulations des accords de Schengen. C'est, en effet, à propos de la décision rendue par le Conseil constitutionnel sur la loi autorisant l'approbation de ces accords que Georges Vedel avait employé cette expression pour justifier la légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois. Rappelant « qu'en droit, il n'existe pas de définition matérielle de la Constitution. Est constitutionnelle, quel qu'en soit l'objet, toute disposition émanant du pouvoir constituant », il avait estimé que « si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts²² ». C'est bien un « lit de justice constituant » en ce sens que les parlementaires étaient invités à tenir pour renverser la lecture faite par le Conseil constitutionnel d'une disposition du Préambule de 1946, ce que Jean-Pierre Philibert avait parfaitement résumé en évoquant la Constitution interprétée par le Conseil constitutionnel. De fait, la responsabilité du Conseil constitutionnel dans la révision fut pointée tout au long des débats.

¹⁸ A. DELCAMP, « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », art. cité, p. 46.

¹⁹ Décision précitée du 25 juillet 1991.

²⁰ JOAN, 1^{re} séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 4954.

²¹ S. HANLEY, *Les lits de justice des rois de France*, Paris, Aubier, 1991.

²² G. VEDEL, « Schengen et Maastricht. (À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, 1992, p. 173.

Le garde des Sceaux, Pierre Méhaignerie, affirma ainsi en séance à l'Assemblée nationale que l'un des faits à l'origine du projet de loi « est la révélation, par la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, d'une contrainte constitutionnelle à laquelle, il faut bien le reconnaître, nous n'étions pas préparés. Cette décision a, pour la première fois, donné un effet direct à la formule du Préambule de la Constitution de 1946, repris en 1958, selon laquelle "tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République"²³ ». Le ministre de l'Intérieur, Charles Pasqua, affirma dans le même sens que le problème auquel était confronté le pouvoir en place se trouvait dans le fait que « le Conseil constitutionnel [...] revenant sur sa jurisprudence ancienne [...] a décidé que non seulement toute personne se réclamant du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution devait voir son dossier examiné au fond même quand il avait déjà été examiné et rejeté par un pays signataire de la convention de Schengen, mais que cela entraînait son entrée et son séjour sur le territoire²⁴ ».

De nombreux députés – rappelons que la majorité soutenant le Gouvernement de cohabitation du début de la X^e législature était écrasante – se mirent au diapason pour relever l'origine de la révision constitutionnelle : ainsi selon José Rossi, la réforme constitutionnelle « a pour origine une interprétation très libre de la Constitution par le Conseil constitutionnel. Cette interprétation, nous le savons aujourd'hui, traduit la tentation trop fréquente [...] du juge constitutionnel de se substituer au pouvoir législatif que nous représentons et au pouvoir constituant. Cela génère un risque de déséquilibre des institutions de la V^e République²⁵ ». Dans ce cadre, interpellant l'opposition, Alain Marsaud alla jusqu'à remettre en cause la saisine ayant conduit à la décision du Conseil constitutionnel en affirmant que « si nous nous retrouvons dans cette enceinte pour délibérer sur un projet de loi constitutionnelle, c'est-à-dire pour modifier notre loi fondamentale, c'est parce que vous-mêmes, parlementaires socialistes, avez saisi le Conseil constitutionnel²⁶ ». Il ajouta plus loin, à l'adresse de ses collègues, que « notre pouvoir constituant est complet et ne doit trouver d'autre limite que les intérêts de la nation tout entière. Notre légitimité nous donne toute liberté pour modifier la loi fondamentale. [...] Notre liberté est totale et seul le peuple souverain saurait nous sanctionner en cas de manquement à nos devoirs²⁷ ». Ces saillies provoquèrent la réaction d'un député de l'opposition : Jean-Pierre Michel releva qu'« en 1981, quand le Conseil constitutionnel a dit que l'indemnisation des sociétés nationalisées n'était pas conforme aux grands principes de 1789, les socialistes n'ont pas modifié la Constitution, mais la loi qui faisait entrer dans le secteur public un certain nombre d'entreprises privées²⁸ ». Une telle remarque tendait plutôt à prendre acte du rapport de force favorable à la nouvelle majorité pour modifier la Constitution, ce

²³ JOAN, 1^{re} séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 4958-4959. Il a repris les mêmes arguments devant le Sénat en séance, JORF, Débats parlementaires, Sénat, séance du 16 novembre 1993, p. 4254.

²⁴ JOAN, 3^e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5030.

²⁵ JOAN, 2^e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5014.

²⁶ JOAN, 1^{re} séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 4966.

²⁷ Ibid, p. 4967.

²⁸ JOAN, 2^e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5017.

qui n'avait pas été envisageable politiquement après la décision de non-conformité de 1982²⁹, l'opposition à la majorité présidentielle étant majoritaire au Sénat.

Dans son rapport à la commission des lois du Sénat, Paul Masson affirma que « s'il n'appartient pas à votre commission des lois d'émettre une critique de fond sur la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, force lui est toutefois de constater que, dans les faits, cette décision aboutirait malencontreusement à un blocage de la coopération européenne en matière d'asile, dont elle paralyserait la pièce maîtresse³⁰ ». En séance, il releva que « la décision du Conseil constitutionnel vient au mauvais moment. Mais elle existe. La loi Pasqua est censurée. Comment réparer la brèche³¹ ? ». Il ajouta plus loin que « cette réforme nous est imposée par la décision du Conseil constitutionnel. Ni le Gouvernement ni le Parlement n'avaient rien demandé à cet égard, sauf l'application stricte des accords internationaux signés et ratifiés par la France en matière d'asile. Nous étions, les uns et les autres, légitimement persuadés que la convention de Schengen était transposable dans notre droit, puisque le Conseil constitutionnel avait constaté, en 1991, sa constitutionnalité³² ». Jacques-Richard Delong nota, dans le même sens, qu'« à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, qui a censuré certaines dispositions de la loi relative à l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, il nous fallait réagir vite³³ ».

Ainsi, les parlementaires de la majorité étaient tout à la fois conscients d'examiner en séance un texte élaboré *en réaction* à une décision du Conseil constitutionnel et d'être appelés à user de leur pouvoir constituant pour *surmonter* le sens de cette décision. Or, on l'a dit, c'était la première fois qu'une révision constitutionnelle suivait immédiatement une décision du Conseil constitutionnel dont elle avait pour objet de neutraliser certains effets en matière législative³⁴. Le climat politique était donc, *de facto*, parfaitement favorable à une critique de l'institution qu'il convenait de remettre, en quelque sorte, à sa juste place, ce que confirma plus solennellement le Congrès du Parlement.

B. Un constat affiché au Congrès du Parlement

Si la position des parlementaires et de certains membres du Gouvernement en séance indiquait sans équivoque que l'objet de la révision constitutionnelle était de revenir sur la chose jugée par le Conseil constitutionnel, la déclaration du Premier ministre, Édouard Balladur, s'exprimant devant le Congrès du Parlement, frappa davantage les esprits, la clarté du propos du chef du Gouvernement ne laissant aucun doute sur la volonté politique de l'exécutif de renverser l'interprétation délivrée par le Conseil constitutionnel.

Rappelant tout d'abord que « la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France tirait toutes les

²⁹ Cons. Const., n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

³⁰ Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle relatif aux accords internationaux en matière de droit d'asile, Annexe au procès-verbal de la séance du 3 novembre 1993, p. 8.

³¹ *JORF*, Débats parlementaires, Sénat, p. 4259.

³² *Ibid.*, p. 4260.

³³ *Ibid.*, p. 4262.

³⁴ Il en allait différemment en matière de contrôle des conventions internationales au titre de l'article 54 de la Constitution.

conséquences en droit interne (du mécanisme prévu par les accords de Schengen) » et qu'elle a « été votée par le Parlement dans le respect de notre tradition libérale d'accueil et de protection des libertés individuelles », il ajouta que « ses dispositions relatives à l'asile ont été censurées le 13 août dernier par le Conseil constitutionnel, qui, à cette occasion, a interprété le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution comme imposant une double obligation à la France. Tout d'abord, l'obligation d'examiner la demande de toute personne se disant persécutée pour son action en faveur de la liberté, alors même que son cas relèverait d'un autre État partie en vertu de la convention de Schengen. Ensuite, l'obligation d'admettre ces personnes à séjourner provisoirement sur notre territoire, jusqu'à ce que les autorités compétentes se soient prononcées sur leur cas. Les règles ainsi fixées par la décision du Conseil constitutionnel emportent des conséquences considérables. Elles font de notre pays l'instance d'appel unique de toutes les demandes d'asile rejetées par les autres États parties à la convention de Schengen ». C'est donc bien contre une interprétation conférée par le Conseil constitutionnel à un énoncé contenu dans le Préambule de la Constitution que le Premier ministre envisagea expressément la visée de la réforme proposée au pouvoir constituant. Dans ce cadre, selon lui, « il est indispensable, l'interprétation de notre loi fondamentale par le Conseil constitutionnel étant ce qu'elle est, de procéder à une révision constitutionnelle afin que notre pays applique la convention de Schengen dans les mêmes conditions que les autres États parties et en recueille tous les bénéfices attendus ». Ajoutant que « c'est au pouvoir constituant, c'est-à-dire à vous, mesdames, messieurs, de dire clairement quel est le contenu de la loi fondamentale afin de permettre au législateur d'accomplir sa mission en toute sécurité », il souligna que la situation était inédite dès lors que « pour la première fois dans notre histoire, le pouvoir constituant se réunit pour permettre le vote et la promulgation d'une disposition législative censurée par le Conseil constitutionnel³⁵ ».

Il fut suivi par plusieurs parlementaires de la majorité. Ainsi, Jean-Jacques Hyest releva que cette révision ne devait pas être regrettée pour deux motifs : « l'un tient au caractère indispensable de cette révision pour appliquer les accords de Schengen dont le Parlement a autorisé la ratification [...] tandis que l'autre tient à l'équilibre des pouvoirs, notamment entre le Conseil constitutionnel et le législateur. » C'est donc bien, là aussi, sous le signe d'un affrontement politique entre deux pouvoirs, la nouvelle majorité parlementaire de l'époque statuant en tant que pouvoir constituant d'une part et le Conseil constitutionnel d'autre part, qu'était placée la révision constitutionnelle entreprise. Il ajouta : « nous n'y pouvons rien si le Conseil constitutionnel a modifié sa jurisprudence et si, entre sa décision du 25 juillet 1991 et celle du 13 août 1993, il a transformé en obligation ce qui était une simple faculté. Vouloir nier le revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel relève de l'acte de foi et, pour certains, de la mauvaise foi. » Il affirma enfin qu'« il appartient au pouvoir constituant de modifier ou de compléter les dispositions de valeur constitutionnelle dans les formes qu'il estime appropriées³⁶ ».

Paul Masson releva pour sa part que la révision – ou plus exactement le « remue-ménage » – avait lieu « parce que le Conseil constitutionnel a totalement modifié, par son interprétation, l'architecture subtile du dispositif européen que

³⁵ *JORF*, Débats parlementaires, Congrès du Parlement, Séance du vendredi 19 novembre 1993, p. 4.

³⁶ *Ibid.*, p. 6.

nous avons, en matière d’asile, échafaudé avec sept partenaires ». Il ajouta que « nous allons plus loin en répondant aujourd’hui à la demande du Gouvernement. Nous affirmons, face au Conseil constitutionnel, la primauté du pouvoir constituant³⁷ ». Selon lui, « à partir du moment où le Conseil constitutionnel a cru devoir, en 1993, dire autrement ce qu’il pensait avoir dit clairement en 1991 – mais qui, en définitive, n’était clair que pour lui – nous sommes amenés à remettre les pendules à l’heure³⁸ ». Bernard Pons releva encore que « c’est sans hésitation que nous adhérons résolument à cette démarche, d’abord parce qu’elle nous est imposée par une décision du Conseil constitutionnel [...]. Voilà que, désormais, les dispositions du Préambule de 1946 sont devenues directement applicables au bénéfice de tous ceux qui décideraient de s’en prévaloir. Ce revirement de jurisprudence était imprévisible, inattendu³⁹ ». Maurice Blin abonda en ce sens en relevant que « la décision prise par le Conseil constitutionnel le 13 août dernier nous vaut de nous retrouver en Congrès pour la troisième fois en quelques mois. C’est beaucoup, c’est sans doute trop, mais l’affaire du droit d’asile liée au problème plus vaste, des droits de l’homme, en valait la peine⁴⁰ ».

Dans le même sens, Marcel Lucotte estima que « nous sommes contraints par le Conseil constitutionnel de modifier notre loi suprême pour répondre à une double nécessité : celle relative à l’évolution de la construction européenne ; celle concernant le droit d’asile. Faisant fi de tout cela, en août, le Conseil constitutionnel a estimé que ces mesures étaient en opposition avec le Préambule de la Constitution ». Il ajouta que la loi faisant l’objet d’une réserve d’interprétation neutralisante « traduisait un programme politique massivement approuvé par les Français. Elle était donc l’expression souveraine du peuple. La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen dispose d’ailleurs que la loi est l’expression de la volonté générale. Dès lors, qui peut s’octroyer le pouvoir de limiter l’expression de cette volonté générale⁴¹ ? ». Encore plus offensif, ce qui est normal au regard de sa conception de ce que devait être le contrôle de constitutionnalité effectué par le Conseil constitutionnel, ainsi qu’on le verra, Étienne Dailly affirma que « nous sommes ici parce qu’une décision, aussi imprévisible qu’inattendue, rendue le 13 août 1993 par le Conseil constitutionnel, nous oblige à réviser la Constitution de la République. Et pour quoi faire, s’il vous plaît ? Tout simplement pour pouvoir mettre en œuvre une disposition législative que nous avons votée et qui se bornait à traduire en droit interne un mécanisme prévu par une convention internationale, la convention de Schengen, qui avait pourtant été reconnue conforme à la Constitution, le 25 juillet 1991, par le même Conseil constitutionnel et avait été, de ce fait, ratifiée ensuite par la France. “Situation inédite”, a dit M. le Premier ministre. C’est même, je me permets de le dire, une “situation burlesque” dans une démocratie comme la nôtre⁴² ».

Si l’opposition demeurait spectatrice de la révision en cours, qu’elle n’avait pas les moyens politiques ou juridiques d’arrêter, elle s’inquiéta du procédé. Ainsi, la situation conduisit Martin Malvy à s’interroger : « l’exercice deviendra-t-il

³⁷ *Ibid.*, p. 6.

³⁸ *JORF*, Débats parlementaires, Sénat, p. 4288.

³⁹ *JORF*, Débats parlementaires, Congrès du Parlement, Séance du vendredi 19 novembre 1993, p. 10.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 9.

⁴² *Ibid.*, p. 12.

coutumier ? Modifiera-t-on la Constitution chaque fois qu'une loi sera déclarée inconstitutionnelle, chaque fois qu'un article de loi sera déclaré non conforme à la Constitution⁴³ ? » C'était remettre en cause le principe même du « lit de justice constituant ». C'était, de nouveau, prendre acte des risques que faisait courir un rapport de force très favorable à la nouvelle majorité parlementaire.

Il n'est pas fondamental de multiplier les exemples – nombreux – pour montrer que tant pour les parlementaires – qu'ils le souhaitent ou qu'ils le déplorent – que pour le Gouvernement, il s'agissait bien de s'opposer à l'interprétation que le Conseil constitutionnel venait de donner d'un alinéa du Préambule de 1946 dans sa jurisprudence ; au-delà de l'aspect technique de la révision s'agissant du mécanisme de traitement des demandes d'asile, politiquement, la réforme correspondait bien à une réaffirmation de la prépondérance du pouvoir constituant sur le pouvoir constitué incarné par le Conseil constitutionnel. La boîte de Pandore étant ouverte, une telle réaffirmation donnait l'occasion, compte tenu de la teneur de la décision précitée du 13 août 1993, que ce soit de façon plus générale l'interprétation de la Constitution par le Conseil constitutionnel qui soit questionnée au cours de la discussion. Il n'est alors pas très étonnant de constater qu'à travers la notion de bloc de constitutionnalité notamment, cette interprétation a subi des critiques sérieuses, confinant à la remise en cause d'une jurisprudence que l'on pensait acquise, sinon consensuelle.

II. LA CHARGE CONTRE LE CONTRÔLE DE LA CONFORMITÉ DES LOIS AU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

S'en prendre au bloc de constitutionnalité au cours d'une révision constitutionnelle peut revenir, pour un parlementaire, soit à profiter du moment pour *critiquer* le tournant opéré par le Conseil constitutionnel avec la décision *Liberté d'association* et le statut conféré au Préambule de la Constitution de 1958 et aux textes auxquels il renvoie, soit à se saisir de l'outil de la révision constitutionnelle et souhaiter aller jusqu'à remettre en cause ce tournant en *modifiant* le texte de la Constitution. La critique est revenue comme une antienne insidieuse tout au long des débats dans les propos tant des parlementaires que de l'exécutif (A), alors que la remise en cause du bloc de constitutionnalité devait concomitamment faire l'objet d'une charge virulente d'un sénateur en particulier, qui en avait fait son unique cheval de bataille, à la fois avant et pendant l'examen du projet de révision constitutionnelle (B).

A. Une antienne : la critique du bloc de constitutionnalité

La critique des parlementaires – et du Gouvernement – contre la décision précitée du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 et ses conséquences (déplorables selon eux) ne devait pas s'arrêter à cette seule décision. Rapidement – et tout au long des débats – on constate que c'est l'extension des normes constitutionnelles mobilisées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions de contrôle de la conformité de la loi à la Constitution, ce que traduit en doctrine la notion de bloc de constitutionnalité, qui est mise en débat. Le garde des Sceaux, Pierre Méhaignerie, n'hésita ainsi pas à affirmer que « c'est tout le but de cette révision que d'inscrire dans le corps même de la Constitution ce droit souverain, afin qu'il soit bien clair une fois pour toutes qu'aucune obligation ne saurait naître

⁴³ *Ibid.*, p. 13.

pour la France du Préambule de la Constitution⁴⁴ ». Si cette formulation, remise dans son contexte, semblait viser exclusivement la question du droit d’asile, bien des parlementaires ne s’y sont pas limités. Certains arguments utilisés au cours de l’examen du texte tendirent expressément à questionner l’existence même du bloc de constitutionnalité.

C’est notamment le cas de Pierre Mazeaud, qui présidait alors la commission des lois de l’Assemblée nationale : il indiqua en séance considérer « depuis fort longtemps que le Conseil constitutionnel en tant qu’institution a élargi sa compétence *ratione materiae* ». Affirmant que « dans l’esprit des Constituants de 1958, il n’était pas question du Préambule, encore moins des droits de l’homme, etc.⁴⁵ », il considérait que les parlementaires, qu’ils soient dans la majorité ou dans la minorité, avaient « une très lourde responsabilité [...] pour avoir permis au Conseil constitutionnel de tels débordements ». Et il répéta trouver « absurde le fait qu’il aggrave sa compétence *ratione materiae* : Préambule, droits de l’homme, lois fondamentales ! ». Fin juriste, il estima que la révision constitutionnelle examinée allait avoir pour effet d’étendre en réalité les compétences du Conseil constitutionnel (à travers l’alinéa 2 de l’article unique du projet de loi constitutionnelle) et n’hésita pas à apostropher le ministre de la Justice en lui demandant, sans obtenir de réponse, « Quelle est la signification du bloc de constitutionnalité, monsieur le garde des Sceaux⁴⁶ ? ». Déclarant penser comme Pierre Mazeaud, André Fanton releva que « compte tenu du comportement du Conseil constitutionnel, la révision qu’il fallait faire, c’était la révision du fonctionnement du Conseil constitutionnel, à laquelle, je l’espère, on finira par arriver ». Ce type de propos vise expressément l’extension des normes constitutionnelles incluses dans le bloc de constitutionnalité et plus généralement l’extension des normes de référence du contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel (il n’est pas certain que tous les parlementaires étaient en mesure de faire la différence entre les deux)⁴⁷.

Nicole Catala considéra que « conçu comme un gardien de la Constitution, le Conseil s’est reconnu peu à peu la faculté de forger des “principes de valeur constitutionnelle”, bien au-delà de la lettre même de la Constitution, au-delà de son Préambule [...], au-delà de la Déclaration des droits de l’homme, bref, quasiment sans limites, peut-on dire ». Elle fit un parallèle curieux entre le juge civil qui « voit son œuvre interprétative limitée par l’interdiction qui lui est faite par le Code civil de prononcer des arrêts de règlement [...] », le juge répressif qui « doit obéir à la règle de l’interprétation stricte de la loi pénale » et le juge constitutionnel qui, « lui, semble pouvoir s’attribuer un pouvoir propre de création du droit⁴⁸ ». Elle conclut en affirmant que le Conseil constitutionnel n’avait pas été créé pour cela. On voit ici poindre l’inquiétude de ne pas voir borner le pouvoir du Conseil constitutionnel de créer des normes constitutionnelles à travers sa jurisprudence, inquiétude qui était déjà prégnante durant les travaux préparant la Constitution de la

⁴⁴ JOAN, 3^e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5044.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 4998.

⁴⁶ JOAN, 2^e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5002.

⁴⁷ Voir sur ce point A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, op. cit.

⁴⁸ JOAN, 3^e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5027.

V^e République⁴⁹. Dans le même sens, Philippe Bonhecarrère mit en cause « une première amorce de gouvernement des juges » car l'évolution que le Conseil constitutionnel donne aux institutions « du fait de la modification de ses analyses constitue un élément autonome qui nous rapproche du gouvernement des juges ». S'inquiétant, lui aussi, de l'interprétation que pourrait donner le Conseil constitutionnel de la réforme constitutionnelle en discussion, il craignit « une extension considérable du bloc de constitutionnalité (qui) autoriserait le Conseil constitutionnel à apprécier la possibilité pour la France de signer tel ou tel accord, non seulement en fonction de notre propre loi fondamentale, mais aussi en fonction de l'interprétation qu'il ferait de la législation interne du pays considéré⁵⁰ ».

Si Alain Marsaud releva de façon générale que « le Conseil constitutionnel a modifié sa jurisprudence au fil des années avec des contradictions évidentes⁵¹ », Raymond-Max Aubert fut plus incisif en rappelant que « l'extension, au fil des décisions du Conseil constitutionnel, de ce que l'on appelle le “bloc de constitutionnalité” a pu susciter des réserves sur une tendance du juge constitutionnel à se substituer au législateur, et même au constituant, et à limiter de manière excessive les pouvoirs du Parlement, et donc de la souveraineté nationale, au profit d'une “République des juges”⁵² ». De même, selon Laurent Dominati, « le problème est politique et [...] tient au rôle et à la place du Conseil constitutionnel dans nos institutions. Ce sera la première fois qu'une révision constitutionnelle sera faite à la suite d'une décision du Conseil. C'est un précédent. Il peut être utile, mais il peut être dangereux ». Il ajouta plus loin que « si l'on voulait répondre sur le fond au Conseil constitutionnel, de façon politique, il ne faudrait pas répondre sur l'objet de la décision du 13 août, mais sur le rôle du Conseil et sur la dérive de sa jurisprudence, comme certains l'ont observé à cette tribune. Il s'agirait de faire en sorte que le contrôle de la constitutionnalité s'exerce conformément aux articles de la Constitution et non à la Constitution en y comprenant le Préambule. C'est une réponse de fond qui évite la dérive jurisprudentielle du “bloc de constitutionnalité”. Cette réforme serait d'ailleurs, comme l'indiquait le président Mazeaud, un retour à l'esprit des constituants de 1958⁵³ ». On voit là que, de la critique à la remise en cause, il n'y avait qu'un pas ; le contexte d'une révision constitutionnelle autorisait à le franchir, au moins dans les mots.

Au Sénat, Paul Masson s'interrogea sur « l'amorce d'une autre dérive, peut-être plus pernicieuse » en se demandant : « N'y a-t-il pas le commencement de la confusion lorsque le Conseil constitutionnel se prend à fixer des règles et des objectifs à valeur constitutionnelle en s'appuyant sur les normes de référence de notre loi fondamentale, sans passer au préalable par le filtre des lois d'application⁵⁴ ? » De son côté, Jacques Larché alla jusqu'à affirmer que « le Conseil est non pas un juge, mais simplement un organe d'État auquel la Constitution impose, contrairement à ce que l'on affirme trop souvent, le principe

⁴⁹ On se permet de renvoyer sur ce point à J.-S. BODA, « Retour sur l'élaboration du Préambule de la Constitution de 1958 », *RFDC*, n° 106, juin 2016, p. 283.

⁵⁰ *JOAN*, 3^e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5023.

⁵¹ *JOAN*, 1^{re} séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 4968.

⁵² *JOAN*, 2^e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5008.

⁵³ *JOAN*, 3^e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5025-5026.

⁵⁴ *JORF*, Débats parlementaires, Congrès du Parlement, Séance du vendredi 19 novembre 1993, p. 8.

fondamental sur lequel repose notre droit, à savoir celui de la souveraineté de la loi. À la loi est attachée une présomption de constitutionnalité ». Il ajouta qu'il était « temps de noter une évolution peut-être préoccupante de la conception que le Conseil constitutionnel a de son rôle ». Relevant que cette évolution tenait notamment « au domaine de référence sur lequel le Conseil constitutionnel fonde ses décisions », domaine « vaste » qui comprenait « outre le texte de la Constitution elle-même, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Préambule de la constitution de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », il affirma plus loin que « supprimer ces références permettrait [...] des dérives dangereuses⁵⁵ ».

En rupture avec son groupe pendant les débats, Michel Charasse, pourtant sénateur d'opposition, releva que « si on avait appliqué directement le Préambule [...] nos 3 200 000 chômeurs exigeraient l'application du cinquième alinéa : "Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi"⁵⁶ ». Il affirma plus loin que « comme bien d'autres institutions indépendantes, le Conseil constitutionnel est chargé de dire le droit et de rappeler à l'ordre qui s'en écarte. Mais, quelles que soient les immenses vertus de son action depuis 1959 [...] il n'a jamais reçu du peuple la mission de faire le droit. En matière constitutionnelle comme en matière législative, elle relève de la souveraineté nationale. C'est un principe fondamental de la République et de la démocratie. Chacun doit s'y soumettre⁵⁷ ». Défendant une vision également restrictive des missions de l'institution, Yves Guéna affirma que « toute cour suprême doit trouver une limite à son pouvoir, sinon l'on tombe dans le gouvernement des juges, c'est-à-dire dans la violation de la souveraineté populaire ». Ainsi, « selon l'esprit de la Constitution » le Conseil constitutionnel « devait exclusivement veiller à ce que les compétences respectives de l'exécutif et du législatif demeurent ce que fixe notre loi fondamentale ». Selon cette conception, s'il appartient au juge de veiller au respect des normes constitutionnelles, « de les interpréter, et parfois de combler leurs lacunes, voire de suppléer à leur absence, il ne saurait le faire qu'avec discernement, modestie et pondération, surtout lorsqu'il applique des déclarations des droits dont les principes sont par nature très généraux. L'exercice, par les assemblées élues, de la souveraineté nationale, la séparation des pouvoirs, impliquent qu'un large pouvoir d'interprétation de ces principes soit reconnu au législateur. Face aux représentants de la nation, le juge, quel qu'il soit, judiciaire, administratif ou constitutionnel, ne saurait, en effet, s'ériger ni en législateur, ni en constituant⁵⁸ ».

Les mots les plus lourds devaient cependant venir du Gouvernement et de son chef : dans son discours devant le Congrès, le Premier ministre fit valoir que la situation inédite en cours méritait « à coup sûr, quelque réflexion » et qu'il fallait convenir « que le lieu et la circonstance s'y prêtent ». Il s'autorisa ainsi à digresser expressément sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel en relevant que depuis que celui-ci « a décidé d'étendre son contrôle au respect du Préambule de la Constitution, cette institution est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux parfois plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires, et de surcroît conçus à des époques bien

⁵⁵ *JORF*, Débats parlementaires, Sénat, p. 4261.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 4271.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 4272.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 4296.

différentes de la nôtre. Certains pensent même qu'il lui est arrivé de les créer lui-même. Plutôt que de laisser au législateur un large pouvoir d'interprétation de ces principes, le Conseil constitutionnel a préféré en définir lui-même et très précisément le contenu et indiquer au Gouvernement et aux juges, administratifs ou judiciaires, comment la loi votée par le Parlement doit être appliquée, allant parfois loin dans le détail ». Une fois cette digression terminée, il ajouta que « quoi qu'il en soit, j'insiste sur ce point de la même manière qu'il est légitime pour le pouvoir législatif de préciser à l'intention des juges administratifs ou judiciaires le sens d'une loi, il est légitime pour le pouvoir constituant, dont vous êtes les dépositaires, de dire lui-même quel est le contenu exact d'une disposition constitutionnelle. Nul n'est aussi qualifié que lui, c'est-à-dire que vous, pour le faire⁵⁹ ». Le chef du Gouvernement se permit ainsi de critiquer ouvertement à la fois les principes constitutionnels dégagés dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, jugés trop généraux et philosophiques, mais également la façon de les concrétiser dans le cadre du contrôle de la loi. On pouvait difficilement imaginer critique plus radicale de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il s'agissait d'une marque de défiance allant bien au-delà de la seule décision du 13 août 1993. Pour autant, la prudence devait conduire le chef du Gouvernement à se contenter d'une telle critique, en forme d'*obiter dictum*, sans proposer la moindre remise en cause générale de l'office du Conseil constitutionnel, là où un sénateur appartenant à sa majorité allait clairement enfourcher ce cheval de bataille, âprement défendu tout au long de la séquence.

B. Un projet isolé : la remise en cause du bloc de constitutionnalité

Lors de l'examen de la révision constitutionnelle relative au droit d'asile, si un climat général de critique du contrôle de constitutionnalité se fit bien jour, le vice-président du Sénat, Étienne Dailly, se singularisa à la fois par la violence de sa charge contre l'extension du contrôle de la conformité des lois au bloc de constitutionnalité et par sa détermination à obtenir un changement de l'état du droit positif.

1) Une proposition d'amender la Constitution

Dès l'examen en commission des lois du Sénat, Étienne Dailly releva notamment que « la véritable difficulté résultait d'une dérive constante de la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis 1971, date à laquelle il s'était, pour la première fois, référé non plus seulement à la Constitution elle-même, mais à une norme incluse dans ce qui deviendrait, au fil de ses décisions successives, le "bloc de constitutionnalité"⁶⁰ ». Il a tenu les mêmes propos et développé les mêmes arguments en séance au Sénat puis au Congrès du Parlement.

En séance au Sénat, Étienne Dailly considéra que la révision constitutionnelle examinée n'était « qu'une réponse circonstancielle à un problème lui-même circonstanciel ». Et il n'hésita pas à affirmer que « si la Constitution formait initialement un corpus intangible et incontestable de quatre-vingt-douze articles, dont le Parlement connaissait la teneur et dont il s'est efforcé loyalement, dans l'immense majorité des cas, de respecter à la fois l'esprit et la lettre, la situation a radicalement changé depuis la décision du 16 juillet 1971, lorsque le Conseil

⁵⁹ *JORF*, Débats parlementaires, Congrès du Parlement, Séance du vendredi 19 novembre 1993, p. 5.

⁶⁰ Rapport précité, p. 39-40.

constitutionnel [...] a cru, pour la première fois, pouvoir inclure dans les règles “du droit constitutionnel positif” le Préambule de notre Constitution, lequel renvoie lui-même au Préambule de la Constitution de 1946, puis, par renvois successifs, à des principes de plus en plus abstraits fixés par ces fameuses “lois de la République”, dont personne n’a jamais réussi à établir une énumération précise [...]. S’est, dès lors, progressivement construite une notion nouvelle et plus vaste que la Constitution elle-même, celle de ce “bloc de constitutionnalité” [...] dont, faute de limites précises, il n’est pas excessif de soutenir que son étendue est en quelque sorte “à géométrie variable” ».

Il ajouta que personne ne pouvait « nier que le Conseil constitutionnel soit, ce jour-là, sorti du cadre strict et limitatif de la Constitution de 1958, c’est-à-dire des articles proprement dits de la Constitution, et qu’il se soit, d’ailleurs et du même coup, engagé dans une voie nouvelle fort étrangère à la tradition républicaine française ». Et de citer les nombreuses « normes nouvelles » qui ont fait « irruption dans le bloc de constitutionnalité ». Or, selon lui, « ces règles entretiennent un rapport de plus en plus lointain, de plus en plus ténu avec la Constitution proprement dite, qui, à la limite, semble être devenue une source presque accessoire du contrôle de constitutionnalité, alors qu’elle dispose pourtant clairement que c’est elle-même qui doit être l’unique référence ». Rappelant la position des auteurs du projet de Constitution de 1958, qu’il qualifia hâtivement de « constituants⁶¹ » ou encore le fait que la Constitution de 1946 avait exclu le Préambule du contrôle effectué par le comité constitutionnel, il lut en séance une lettre en date du 27 septembre 1993 signée de François Goguel, ancien membre du Conseil constitutionnel, dont il convient de restituer les termes : « Mon expérience de membre du Conseil constitutionnel m’a conduit à considérer comme vous que des expressions comme “les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” ou “les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps” sont de nature si imprécise qu’elles peuvent conduire le Conseil constitutionnel à s’opposer de manière abusive à la volonté du législateur. Mais je n’ai pas le droit de vous dire dans quel cas. » Une telle missive n’était pas innocente : non seulement François Goguel était membre du Conseil constitutionnel en 1971, mais c’est lui qui avait rapporté sur la fameuse décision *Liberté d’association* vouée aux gémonies par Étienne Dailly ; à cette occasion, il

⁶¹ En se référant notamment aux célèbres déclarations du commissaire du Gouvernement Raymond Janot devant le comité consultatif constitutionnel. En effet, lors du débat du 7 août 1958 portant sur l’amendement visant à introduire dans le futur article 34 de la Constitution une disposition selon laquelle « dans le respect des principes généraux et libertés individuelles définis par le préambule, sont réglées... », Raymond Janot estima qu’une telle disposition pourrait amener certains à juger qu’il y a une obligation « de respecter les principes généraux, les droits et intérêts individuels définis par le Préambule » car l’amendement proposé donnerait « valeur constitutionnelle à toutes les dispositions de la Déclaration des droits de l’homme ». C’est à cette occasion que la question lui étant posée par René Dejean de savoir si, dans l’avant-projet du Gouvernement, le Préambule avait « autorité juridique constitutionnelle », il avait répondu que « non, certainement » (Voir *Documents pour servir à l’histoire de l’élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La Documentation française, vol. II, 1988, p. 254). On doit cependant relever qu’ultérieurement, en 1982, Raymond Janot précisa qu’il importait surtout en 1958, de ne pas donner prise à l’idée que la nouvelle Constitution pouvait favoriser l’avènement d’un gouvernement des juges. Il affirma cependant également que le texte avait laissé « la porte [...] ouverte » à l’utilisation de ces textes par le Conseil constitutionnel (Intervention reproduite dans L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, p. 212).

avait expressément relevé qu'il appartenait au Conseil constitutionnel de « veiller⁶² » sur le respect du Préambule de la Constitution.

Ce dernier affirma que parce que son groupe politique était « profondément attaché au contrôle de constitutionnalité parce qu'il contribue, de façon globalement positive, à concilier les exigences, parfois antagonistes, de la politique et du droit, on ne peut que souhaiter mettre un terme à cette redoutable dérive. Cette dernière ne peut en effet qu'alimenter les craintes de ceux que préoccupe, à juste titre, le risque de voir s'instaurer une sorte de "gouvernement des juges". Si on la laisse se perpétuer, elle ne manquera pas de s'amplifier et, tôt ou tard, aboutira à la remise en cause du contrôle de constitutionnalité ». Révélant une contradiction politique ou une astuce rhétorique, il laissa ainsi entendre qu'il souhaitait en réalité protéger le Conseil constitutionnel. Il proposa d'amender l'article 61 de la Constitution afin que celui-ci ne contrôle plus la conformité de la loi à la Constitution, mais uniquement « aux articles de la Constitution et à ceux de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Selon lui, « cette révision rendrait inopérante toute référence ultérieure au Préambule de 1958 et à celui de 1946, qui, comme tous les préambules, n'ont aucune valeur normative, ainsi qu'à toutes les règles non réellement constitutionnelles qui en procèdent et qui permettent au Conseil constitutionnel de s'opposer de manière abusive à la volonté du législateur⁶³ ». Il ne s'agissait « nullement de supprimer le Préambule de la Constitution de 1958, ni celui de la Constitution de 1946 », mais « simplement de faire revenir le Conseil constitutionnel dans sa mission et, puisque les dispositions de l'article 61 de la Constitution ne sont pas suffisamment précises, de les préciser. Il convient de faire en sorte que lui, qui n'a aucun pouvoir constituant [...] ne soit plus en droit de continuer à faire des principes qui figurent dans ce Préambule des obligations constitutionnelles qui s'imposent à tous⁶⁴ ».

Défavorable au vote de l'amendement ainsi proposé, Michel Dreyfus-Schmidt interpella Étienne Dailly afin de savoir pourquoi il souhaitait « faire un sort au Préambule de la constitution de 1946, qui énonce les droits nécessaires à notre temps » sans demander « que la Déclaration des droits de l'homme soit elle aussi rayée d'un trait de plume » étant entendu que « la nature de ces textes est la même ; l'une est prolongée par l'autre⁶⁵ ». Il répondit qu'« aujourd'hui, au travers du Préambule de la Constitution de 1958, le Conseil constitutionnel puise dans le Préambule de 1946 des obligations constitutionnelles alors que les constituants de 1946 ne voulaient pas que leur propre Comité constitutionnel puisse juger en fonction de ce Préambule ! ». Et d'ajouter : « ce que nous voulons, ce que veut mon groupe, c'est faire rentrer le Conseil constitutionnel dans la mission qui lui a été confiée et lui retirer les moyens d'en faire plus ; telle est sa mission, toute sa mission, rien que sa mission ! » S'il a finalement retiré son amendement « sciemment, pour des problèmes de majorité politique », il le fit « l'amertume au cœur⁶⁶ ». Son opposition à l'existence du bloc de constitutionnalité n'en était pas moins constante.

⁶² Compte-rendu de la séance du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, p. 12 [En ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1971-07-16.pdf].

⁶³ *JORF*, Débats parlementaires, Sénat, p. 4273-4276.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 4276.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 4294.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 4295.

2) Une volonté de marquer une approche politique du contrôle de constitutionnalité

Une fois son amendement retiré, Étienne Dailly fut néanmoins particulièrement acerbe devant le Congrès du Parlement, réitérant son souhait de modifier l'article 61 de la Constitution afin de retirer du bloc de constitutionnalité le Préambule de la Constitution de 1958. Il répéta que « si on en est arrivé là, c'est parce que, le 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel, dont la mission dans ce domaine [...] n'est, conformément à l'article 61 de la Constitution, que de se prononcer sur la conformité à la Constitution des textes qui lui sont soumis, avait, et pour la première fois, fait entrer dans le droit positif constitutionnel le Préambule de la Constitution de 1958, celui de la Constitution de 1946, auquel il renvoie, puis tous ces principes, de plus en plus abstraits, fixés par ces fameuses lois de la République [...] ». Plus significatif, il réaffirma que « depuis ce 16 juillet 1971, s'est progressivement élaboré un ensemble plus vaste que la Constitution elle-même, à savoir cette notion nouvelle, alors inventée par le Conseil constitutionnel lui-même⁶⁷, de "bloc de constitutionnalité", bloc de constitutionnalité dont il n'est pas excessif de souligner que, faute de limites précises, il est à "géométrie variable". On a alors vu surgir les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" puis, au fil des décisions ultérieures, des notions nouvelles, comme les "principes particulièrement nécessaires à notre temps", les "principes à valeur constitutionnelle", les "fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle", les "objectifs à valeur constitutionnelle" ou les "concepts juridiques à valeur constitutionnelle"⁶⁸ ». Selon sa conception, « en aucun cas, les membres du Conseil constitutionnel, n'ont eu et ne doivent avoir de pouvoir législatif. En aucun cas, ils n'ont eu et ne doivent avoir de pouvoir constituant. C'est pourquoi il n'est pas acceptable qu'ils se permettent d'ériger en "obligations constitutionnelles" des dispositions qui ne figurent pas dans la Constitution et ne sont évoquées qu'à titre de principes et dans des préambules qui n'ont aucun pouvoir normatif ». Dès lors, « si l'on veut faire de certains d'entre eux des obligations constitutionnelles, il faudra en faire des articles de la Constitution et cela [...] ce seront les parlementaires, et eux seuls, qui auront le pouvoir de le faire⁶⁹ ».

Il faut préciser que, le 15 septembre 1993, il avait déposé au Sénat une proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter les dispositions du premier alinéa de l'article 61 de la Constitution afin de préciser que le contrôle de constitutionnalité devait s'opérer par seule référence aux articles de la Constitution et à ceux de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁷⁰. L'exposé

⁶⁷ Ce qui n'est pas exact, la notion étant doctrinale. Employée pour la première fois par Claude Eméri (C. EMERI, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française, vie et droit parlementaire », *RDP*, 1970, p. 678), la notion de bloc de constitutionnalité est surtout reprise et développée par Louis Favoreu à partir de son étude sur le principe de constitutionnalité (L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. cité.

⁶⁸ *JORF*, Débats parlementaires, Congrès du Parlement, Séance du vendredi 19 novembre 1993, p. 12.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter les dispositions du premier alinéa de l'article 61 de la Constitution afin de bien préciser que le contrôle de constitutionnalité s'opère par référence aux seuls articles de la Constitution, Texte n° 450 (1992-1993) de M. Etienne Dailly, déposé au Sénat le 15 septembre 1993. [En ligne : https://www.senat.fr/leg/1992-1993/i1992_1993_0450.pdf]

des motifs pointait « la difficulté juridique de fond que pose depuis une vingtaine d'années la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dès lors que celui-ci se réfère non plus à la Constitution proprement dite ou aux Lois Organiques prises pour son application, mais soit à des Préambules – ceux des Constitutions de 1958 et de 1946 –, soit même à des principes généraux auxquels il a cru de son devoir de conférer une valeur constitutionnelle » et constituait en réalité l'esquisse de toute l'argumentation défendue au cours de l'examen de la révision constitutionnelle de 1993 pendant lequel il tint des propos similaires tout du long, signe manifeste d'une conviction profondément ancrée et d'une stratégie politique mûrement réfléchie. L'ensemble du raisonnement fut parallèlement repris *in extenso* dans une tribune publiée dans la presse⁷¹, attestant la volonté de l'auteur de faire vivre le sujet qui le préoccupait au sein du débat public en ne le cantonnant pas au débat entre initiés.

C'est là un élément intéressant de la charge d'Étienne Dailly contre le bloc de constitutionnalité : en la matérialisant quadruplement (par le dépôt d'une proposition de loi constitutionnelle, par ses interventions en séance, par le dépôt d'un amendement et par la publication d'une tribune dans la presse), il allait au-delà du code implicite qui voulait que la révision constitutionnelle de 1993 fût certes l'occasion de rappeler que le Conseil constitutionnel était allé un peu loin selon la nouvelle majorité et qu'il convenait de le contredire sur le droit d'asile, mais nullement d'ouvrir une crise institutionnelle en tentant de le brider de façon générale et en anéantissant plus de vingt ans de contrôle du fond des lois au regard des textes mentionnés dans le Préambule de la Constitution. Pour autant, il est bien évident que c'est précisément parce que le Gouvernement, du fait de sa réforme constitutionnelle, permit officiellement qu'un « lit de justice constituant » soit tenu, dans des délais extrêmement brefs, qu'un parlementaire sensible sur cette question s'est cru autorisé à remettre expressément en cause le modèle français de contrôle de constitutionnalité de la loi tel qu'il fonctionnait depuis 1971. Enfin, il n'est évidemment pas innocent de relever que ses foudres avaient beau frapper le bloc de constitutionnalité, c'est en réalité le texte du Préambule de 1946, c'est-à-dire un texte énumérant des droits sociaux, sur lequel se concentrait son ire. Bien que violente, celle-ci ne devait pour autant pas entamer la stabilité du contrôle de constitutionnalité des lois.

III. LE REFUS D'UNE REMISE EN CAUSE GLOBALE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

La séquence de la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993 ne se limita pas à une remise en cause du contrôle de constitutionnalité. L'existence, au cours des débats, d'une défense de l'office du Conseil constitutionnel (A) et d'un attachement aux dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 (B) atteste que, pour réelle qu'elle fût, la fronde menée par certains parlementaires n'avait pas le soutien de la majorité d'entre eux, quelles que soient les réserves émises, pour aller jusqu'à remettre en cause le bloc de constitutionnalité, pas davantage que du Gouvernement, focalisé sur sa réforme du droit d'asile.

⁷¹ E. DAILLY, « Droit d'asile. La révision de la Constitution n'apporte qu'une réponse de circonstance », *Le Monde*, 22 octobre 1993.

A. L'expression d'une défense de l'office du Conseil constitutionnel

Si les débats en séance laissèrent apparaître que, classiquement, la majorité soutint la réforme là où l'opposition s'y opposa frontalement – affrontement à peine atténué par le caractère de compromis de l'article unique du projet de loi constitutionnelle entre le Gouvernement et le président de la République, dans un contexte de cohabitation⁷² – en revanche, il n'en va pas exactement de même s'agissant des réactions visant le contrôle de constitutionnalité des lois tel qu'il s'était développé depuis 1971. On constate en effet que, même chez les parlementaires de la majorité, la volonté de ne pas aller trop loin dans la critique fut nettement exprimée.

Si les parlementaires de l'opposition restèrent plutôt focalisés sur le fond de la réforme en discussion, Julien Dray n'hésita pas à interpeller ses collègues à l'Assemblée nationale en rappelant l'importance du Conseil constitutionnel : « chacun d'entre nous a-t-il bien en tête que le filet de sécurité du Conseil constitutionnel – composé de ces juges qui rendent notre tâche possible parce qu'ils nous autorisent à être des hommes, c'est-à-dire à être faillibles – a subitement sauté ? Aujourd'hui, vous ne faites pas une loi susceptible d'être passée au tamis des normes du Conseil constitutionnel. Vous vous apprêtez à commettre un acte bien plus grave⁷³. » De même, au Sénat, Françoise Seligmann n'hésita pas à affirmer en séance que la main des parlementaires devait trembler « quand la révision constitutionnelle concerne le domaine des libertés publiques et que la circonstance qui motive le choix d'y recourir est l'intervention de notre Cour suprême qui déplait au pouvoir en place⁷⁴ ».

On trouve également de telles défenses dans la majorité. On peut déjà épouser le constat selon lequel le Premier ministre lui-même « conteste moins l'existence du Conseil que ses méthodes de jugement⁷⁵ ». Dit autrement, c'est la façon de juger la loi et non le principe même d'un tel jugement qui est questionnée. Questionnée plutôt que contestée car les mots du Premier ministre, pour inhabituels qu'ils soient de la part d'une telle autorité à l'endroit du Conseil constitutionnel, n'en demeurèrent pas moins prudents, prenant, on l'a vu, la forme d'une digression sans menace de suite juridique. Il en alla de même chez certains parlementaires. Ainsi, affirmant qu'en « constitutionnalisant la réserve de souveraineté prévue à l'article 29, paragraphe 4, de la convention d'application de Schengen, nous respectons parfaitement la lettre et l'esprit du Préambule de 1946, tel que le Conseil constitutionnel l'a interprété en 1991 », Jean-Jacques Hyest ajouta que « contrairement à certains » il n'estimait « pas souhaitable de limiter les pouvoirs du Conseil constitutionnel » en relevant que « dans le passé, il a sauvé certaines libertés publiques fondamentales que menaçaient des tentations purement idéologiques ». Dès lors, il proposait de « réfléchir au long terme et au risque, non pas d'un gouvernement des juges, mais d'emballement d'un pouvoir qui se croirait porté par l'histoire ». De son côté, Jacques Larché affirma en

⁷² Comme cela sera souligné en séance au Sénat par Françoise Seligmann : « C'est, en effet, à la demande du chef de l'État qu'a été introduit dans le texte proposé pour l'article 53-1 de la Constitution un second alinéa permettant tout de même à la France, le cas échéant, de satisfaire toute demande d'asile, même si cette demande relève normalement, en vertu des accords de Schengen, d'un autre État signataire de cette convention. » *JORF*, Débats parlementaires, Sénat, p. 4269.

⁷³ *JOAN*, 1^{re} séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 4969.

⁷⁴ *JORF*, Débats parlementaires, Sénat, p. 4270.

⁷⁵ A. DELCAMP, « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », art. cité, p. 57.

séance au Sénat à la fois que la révision constitutionnelle envisagée devait permettre « de clarifier la conception que nous avons du contrôle de constitutionnalité des lois » et qu'il ne pensait pas « que ce débat doive être l'occasion pour nous de remettre en cause le Conseil constitutionnel, ni dans sa structure ni dans sa compétence de droit. La démocratie a besoin de stabilité institutionnelle⁷⁶ ».

De même, Paul Masson déclara au Congrès du Parlement que « personne, ici, ne met en doute le contrôle de la constitutionnalité des lois, qui subordonne la décision du Parlement à la règle supérieure édictée par la Constitution. L'existence du Conseil constitutionnel, l'autorité qui doit être la sienne se justifient pleinement par le souci évident d'éviter les risques de dérapage parlementaire ». Il développa davantage sa pensée en précisant : « s'il était dit que des personnalités, si éminentes fussent-elles, puissent avoir un jour la tentation de s'ériger en législateurs, voire en constituants, s'il était vrai qu'il puisse y avoir, comme le disait voilà peu de temps M. le Premier ministre, la volonté de substituer une appréciation de circonstance à une appréciation du droit, alors, mes chers collègues, il serait du devoir le plus élémentaire du pouvoir constituant de rappeler au Conseil constitutionnel les limites infranchissables au-delà desquelles l'incertitude commencerait. Une grande part du crédit du Conseil constitutionnel repose sur la conviction que nous avons de son objectivité. Nous ne pouvons avoir le moindre doute sur l'impartialité de ses décisions sans compromettre l'équilibre de nos institutions⁷⁷. » De même quand Bernard Pons précisa que le Conseil constitutionnel ne peut créer le droit, mais que les parlementaires constataient « qu'il a de plus en plus souvent tendance à le faire », c'est uniquement après avoir affirmé que « nous n'avons jamais contesté les décisions des sages du Palais-Royal. Aujourd'hui comme hier, nous ne céderons pas à une tentation facile » et relevé que « le Conseil constitutionnel est le gardien de notre loi fondamentale. Il veille à ce qu'elle soit scrupuleusement respectée. Il dit le droit⁷⁸ ».

Ainsi, le crédit de l'institution n'était pas totalement entamé et en surmontant une décision portant sur le droit d'asile, il ne s'agissait nullement de nier l'importance qu'avait pris le Conseil constitutionnel en tant qu'institution chargée de contrôler la conformité des lois dont il est saisi à la Constitution. Les parlementaires cheminèrent ainsi pour la plupart sur un chemin de crêtes entre rappel à l'ordre du Conseil constitutionnel au regard de ses missions et volonté de ne surtout pas remettre en cause lesdites missions. L'enracinement du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel dans l'esprit de certains passa également par l'affirmation d'un attachement réel aux droits et libertés consacrés dans les textes auxquels renvoie le Préambule de la Constitution de 1958, en particulier le Préambule de la Constitution de 1946.

B. L'affirmation d'un attachement au Préambule de la Constitution de 1946

Au-delà d'afficher un respect marqué pour l'institution qu'est le Conseil constitutionnel, certains parlementaires marquèrent leur attachement au Préambule de la Constitution de 1958 et aux textes auxquels il renvoie, ce qui était

⁷⁶ *JORF*, Débats parlementaires, Sénat, p. 4260.

⁷⁷ *JORF*, Débats parlementaires, Congrès du Parlement, Séance du vendredi 19 novembre 1993, p. 8.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 10.

une façon de rendre hommage au travail jurisprudentiel du Conseil constitutionnel, donc au bloc de constitutionnalité.

Ainsi, les parlementaires communistes étaient notoirement hostiles au contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : Charles Lederman déclara en séance que les sénateurs communistes n'avaient pas « une confiance aveugle à l'égard des décisions du Conseil constitutionnel » et demandaient « la suppression de cet “organe d'État” [...] pour mettre en place une commission de contrôle de constitutionnalité émanant du Parlement⁷⁹ ». Pour autant, Robert Pagès, qui avait rappelé, devant la commission des lois du Sénat, « l'opposition de principe du groupe communiste [...] au contrôle de constitutionnalité instauré par la Constitution de la V^e République⁸⁰ », rappela en séance que le Préambule de 1946 « est la transcription constitutionnelle des grandes orientations du Conseil national de la Résistance. Il est l'écho direct du grand souffle progressiste de la libération de notre pays⁸¹ ». Ainsi, selon lui, l'amendement proposé par Étienne Dailly était « totalement inacceptable : [...] il vise, en effet, purement et simplement à retirer au Préambule de la Constitution de 1946 son caractère constitutionnel, repris dans le Préambule de la Constitution de 1958⁸² ».

De même, en séance à l'assemblée, Jean-Pierre Brard, avait relevé que « certains membres de la majorité dirigent leurs foudres vers les dispositions protectrices des droits de l'homme et des droits sociaux figurant dans le Préambule de la Constitution de 1946. Le droit d'asile, le droit au travail, le droit de grève et de se syndiquer, le droit à l'enseignement reconnus par ce texte, inspiré du programme du Conseil national de la Résistance, perdraient ainsi toute valeur juridique, alors que leur réalisation reste aujourd'hui encore un but pour toutes les forces qui ne se satisfont pas de l'état actuel injuste de notre société. Cette offensive ne s'arrête pas là et va jusqu'à remettre en cause la valeur des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. On voit bien, ainsi, que le droit d'asile n'est pas seul menacé. Il est à la fois un révélateur et un alibi. Le révélateur d'une remise en cause fondamentale qui s'inscrit dans la désintégration généralisée des principes démocratiques, sociaux et humanistes constitutifs de notre République, dont l'article 2 de la Constitution de 1958 précise explicitement qu'elle est démocratique et sociale⁸³ ». De même, au Congrès du Parlement, Hélène Luc déclara que « reprenant l'idéal de progrès des révolutionnaires de 1793, le Préambule de 1946, empreint du souffle de la Résistance, a donné valeur constitutionnelle au droit d'asile en faisant obligation aux autorités françaises d'examiner toute demande d'asile qui leur est présentée⁸⁴ ». Ces prises de position témoignèrent de l'attachement à des droits qui n'avaient pu se voir reconnaître une véritable valeur juridique que par l'intermédiaire du bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire de l'interprétation extensive de la Constitution délivrée par le Conseil constitutionnel.

S'agissant des socialistes, Jacques Floch entendit relever en séance à l'Assemblée nationale que « ce n'est pas pour rien qu'en 1958 les constituants ont

⁷⁹ *JORF*, Débats parlementaires, Sénat, p. 4265.

⁸⁰ *JORF*, Débats parlementaires, Congrès du Parlement, Séance du vendredi 19 novembre 1993, p. 40.

⁸¹ *JORF*, Débats parlementaires, Sénat, p. 4277.

⁸² *Ibid.*, p. 4297.

⁸³ *JOAN*, 2^e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5005.

⁸⁴ *JORF*, Débats parlementaires, Congrès du Parlement, Séance du vendredi 19 novembre 1993, p. 9.

réintroduit le Préambule de 1946. Ils poursuivaient un but : le sol de notre République est le refuge de tous les persécutés, lorsqu'ils apportent la preuve de leur combat pour la liberté⁸⁵ ». De même, Julien Dray nota-t-il avec emphase que « les constituants de 1958, dans une période pourtant troublée, marquée par ce que, à l'époque, on n'osait pas encore appeler une guerre, jugèrent essentiel de préserver le Préambule de la Constitution de 1946. Ils voulaient ainsi montrer que, par-delà les évolutions institutionnelles qu'ils souhaitaient pour la France, on ne pouvait toucher à ces principes. Ils tenaient à rester fidèles à une certaine idée de la France. Malgré l'extrême tension et les pressions de l'époque, ils ne jugèrent donc pas opportun de porter atteinte à cet héritage. Au contraire, ils l'assumèrent et le firent totalement leur. Droits de l'homme et principe de la souveraineté nationale, c'est sur ces deux piliers du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 que la Constitution de la V^e République a, avec bonheur, entendu se bâtir⁸⁶ ». Il ne craignit pas d'aller jusqu'à invoquer l'existence d'une supra-constitutionnalité en relevant que « si la Constitution de la V^e République a gagné en affirmant solennellement qu'elle se construisait sur ces piliers, à l'inverse, ces principes eux-mêmes étaient sacralisés par le simple effet de cette réitération solennelle, à un tel point que l'on peut affirmer aujourd'hui, sans crainte d'être contredit, qu'ils ont même valeur supraconstitutionnelle⁸⁷ ». Quant à Michel Dreyfus-Schmidt, il entendit « rendre justice au Conseil constitutionnel et à sa jurisprudence constante depuis vingt-cinq ans » rappelant qu'« il y a plus de vingt ans que, souvent à la demande de l'actuelle majorité, le Conseil constitutionnel a reconnu valeur juridique au bloc de constitutionnalité, aux principes à valeur constitutionnelle, aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et aux principes particulièrement nécessaires à notre temps⁸⁸ ». Devant le Congrès du Parlement, il exprima une idée proche en rappelant que le Préambule de la Constitution de 1946 « a été intégré en 1971 par le Conseil constitutionnel dans le bloc de constitutionnalité, à la demande du président du Sénat, sans que les membres de l'actuelle majorité protestent le moins du monde⁸⁹ ». Ces réactions, très favorables aux droits fondamentaux consacrés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel en se fondant sur le Préambule de 1946, ne furent pas l'apanage de l'opposition.

Ainsi, devant la commission des lois du Sénat, le sénateur Jacques Larché objecta de façon atténuée « que la dérive du contrôle de constitutionnalité tenait plus au nombre excessif des saisines du Conseil constitutionnel qu'à l'exercice, par celui-ci, des compétences que lui reconnaît la Constitution ». Selon lui, « l'exclusion du Préambule de 1946 du "bloc de constitutionnalité" aboutirait, par exemple, à supprimer les garanties constitutionnelles attachées au droit syndical, au droit de grève ou à la liberté de l'enseignement⁹⁰ ». De même, durant l'examen de l'amendement défendu par Étienne Dailly, Paul Masson releva que la modification proposée « conduit à une réforme d'une très grande ampleur. Une telle modification s'accommode-t-elle d'un débat un peu à la sauvette, à l'occasion d'un amendement concernant un dispositif qui a déjà été voté ? Je ne le crois pas

⁸⁵ JOAN, 2^e séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 5007.

⁸⁶ JOAN, 1^{re} séance du mercredi 27 octobre 1993, p. 4972.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 4973.

⁸⁸ JORF, Débats parlementaires, Sénat, p. 4281.

⁸⁹ JORF, Débats parlementaires, Congrès du Parlement, Séance du vendredi 19 novembre 1993, p. 11.

⁹⁰ Rapport précité, p. 40.

[...] l'on ne peut pas, au détour d'un amendement discuté en fin de soirée, rayer d'un trait de plume les dispositions contenues dans le Préambule de 1946 ». Il ajouta que « le Préambule de la Constitution de 1946 comporte de nombreux droits dont il convient [...] de maintenir la nature et la protection constitutionnelle. Certes ce maintien pourrait éventuellement se faire d'une façon différente ; mais une réflexion de fond impliquant un autre débat que celui-là serait alors nécessaire⁹¹ ». Pour ces raisons il émit un avis défavorable à l'amendement proposé. Plus bref, le garde des Sceaux, Pierre Méhaignerie, sollicita le retrait de l'amendement en relevant qu'il soulevait « toute une série de questions complexes, délicates et passionnantes », mais que cette « thèse peut difficilement être traitée dans le cadre du débat sur l'actuel projet de loi constitutionnelle⁹² ».

Il est évident qu'une part essentielle de positionnement politique face à l'écrasante nouvelle majorité parlementaire explique les défenses de l'opposition. Pour autant, on a vu que, même des parlementaires appartenant à la majorité prirent la parole pour refuser toute remise en cause du bloc de constitutionnalité, et l'on peut faire l'hypothèse que l'initiative d'Étienne Dailly a plutôt fait prendre conscience aux parlementaires de la majorité, favorable à la réforme constitutionnelle, que celle-ci ne devait pas être interprétée autrement que comme une réaction à une décision particulière du Conseil constitutionnel qui l'empêchait de mettre en œuvre son programme sur un point jugé sensible politiquement. Le vent de fronde fut donc contenu.

CONCLUSION

L'étude des débats ayant eu lieu lors de l'examen puis de l'adoption de la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 témoigne d'une extrême tension entre le pouvoir politique et le Conseil constitutionnel. C'est une décision rendue par ce dernier – décision dont l'histoire précise reste à écrire – qui mit le feu aux poudres. La logique guidant les comportements des acteurs de la révision constitutionnelle portait principalement sur le texte de celle-ci et ses enjeux directs pour la politique de la France en matière de droit d'asile ; pour une part cependant, elle dépassa l'examen du texte pour laisser se développer un véritable débat sur le contrôle de conformité des lois au bloc de constitutionnalité effectué par le Conseil constitutionnel. La séquence étudiée permet de vérifier que le Parlement et le Conseil constitutionnel « sont à la fois les principaux créateurs de droit du "système de la Constitution" et deux des acteurs les plus antagonistes puisqu'ils doivent se partager un domaine, "le" domaine de la production de normes, et que chacune de leurs actions est susceptible de constituer une occasion de vérification de leur légitimité à les produire⁹³ ». L'étude appelle trois types de remarques.

1) Si le Conseil constitutionnel et son contrôle de la conformité des lois au bloc de constitutionnalité paraissent bien implantés depuis 1971, un inconstable déraillement eut lieu dans une confrontation directe avec la majorité parlementaire écrasante qui venait d'être élue en 1993 et qui s'estimait donc pleinement légitime à traduire son programme politique sur le plan législatif. De ce point de vue, si Pierre Bourdieu peut évoquer « l'efficacité symbolique » des décisions judiciaires, comme celle « qu'exerce toute action lorsque, méconnue dans son arbitraire, elle

⁹¹ *JORF*, Débats parlementaires, Sénat, p. 4293.

⁹² *Ibid.*, p. 4294.

⁹³ A. DELCAMP, « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », art. cité, p. 37.

est reconnue comme légitime⁹⁴ », tout le débat portant sur l'examen du projet de loi constitutionnelle démontre que les décisions du Conseil constitutionnel ne bénéficiaient pas – à tout le moins pas complètement – de cette efficacité symbolique : non seulement une de ses décisions est remise en cause et va même être surmontée par les détenteurs du pouvoir constituant, mais c'est rétrospectivement le tournant extensif pris par sa jurisprudence au début des années 1970 et ainsi l'étendue de ce qu'on a pu appeler son pouvoir⁹⁵ qui va être discuté non par des juristes, mais par des parlementaires, soucieux de ne pas se laisser déposséder d'un pouvoir qu'ils estimèrent être le leur : celui de faire la loi.

Dans ce contexte de défiance, la mise en cause du Conseil constitutionnel lors de la réunion du Parlement réuni en Congrès conduisit le président de l'institution d'alors, Robert Badinter, à sortir de sa réserve et à publier une tribune dans la presse, le 23 novembre 1993, afin de « rappeler quelques données qui [lui] paraissent avoir été perdues de vue ». Après avoir précisé que « dans tout État démocratique, rien ne peut empêcher que le juge soit source de droit », il considéra notamment que le Parlement s'est « rallié » à l'interprétation délivrée dans la décision *Liberté d'association* en étendant en 1974 la saisine du Conseil constitutionnel. Selon lui, « le Parlement de l'époque savait en effet que, saisi par soixante députés ou soixante sénateurs de l'opposition, le Conseil constitutionnel se prononcerait sur la constitutionnalité des lois votées au regard des principes qui forment "le bloc de constitutionnalité" et qui découlent pour une grande part du Préambule de la Constitution ». Refusant toute régression consistant à remettre en cause le contrôle de conformité des lois au regard de ce Préambule et récusant toute dérive vers un gouvernement des juges, il affirma que l'institution qu'il présidait « s'inscrit dans une conception de la démocratie fondée sur un équilibre complexe de pouvoirs et de contre-pouvoirs, qui innove au regard de la tradition politique française⁹⁶ ». De fait, cette séquence sera la dernière dans laquelle des parlementaires remettront en nombre et aussi crûment en cause le contrôle de constitutionnalité des lois exercé par le Conseil constitutionnel. En effet, lors de la révision constitutionnelle relative à la Charte de l'environnement⁹⁷, ce fut le constituant lui-même qui prit la peine d'étendre expressément le champ du bloc de constitutionnalité alors même qu'il en sacralisa une partie essentielle avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité en 2008 en conférant un statut particulier aux droits et libertés que la Constitution garantit⁹⁸. On constate un basculement majoritaire de la perception, par la classe politique, du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel allant de pair avec une célébration du bloc de constitutionnalité⁹⁹. La fronde de 1993, qui fut donc sans lendemain, apparaît ainsi à rebours comme l'ultime tentative de mise en cause du contrôle de conformité des lois au bloc de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel.

⁹⁴ P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1986, n° 64, p. 8.

⁹⁵ J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris, LGDJ, 1994.

⁹⁶ R. BADINTER, « Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde*, 23 novembre 1993.

⁹⁷ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

⁹⁸ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

⁹⁹ Qui transparaît nettement dans le Rapport du comité présidé par Simone Veil remis le 17 décembre 2008 au président de la République : « Redécouvrir le Préambule de la Constitution ».

2) Sur un plan plus théorique, les parlementaires sensibles au risque du « gouvernement des juges¹⁰⁰ » ont principalement développé un argument qui n'était pas inconnu puisqu'il avait été formulé sous la plume de Hans Kelsen, celui de la grande généralité des énoncés interprétés par le Conseil constitutionnel pour contrôler la conformité de la loi à la Constitution. En effet, si Hans Kelsen n'entendait pas limiter le contrôle de constitutionnalité à celui de la régularité formelle de la loi et l'étendre à son contenu « si les normes du degré supérieur contiennent des dispositions sur ce point aussi¹⁰¹ », il n'en restait cependant pas indifférent quant au contenu des normes constitutionnelles. Il affirmait ainsi que « les normes constitutionnelles ne doivent pas être rédigées dans des termes trop généraux, en vue de leur application par un tribunal constitutionnel¹⁰² ». C'est dans cette perspective qu'il déconseillait la formulation de dispositions trop vagues, et notamment celles énonçant des principes tels ceux de liberté ou d'égalité car « dans le domaine de la justice constitutionnelle, elles peuvent jouer un rôle extrêmement dangereux. On pourrait interpréter les dispositions de la Constitution qui invitent le législateur à se conformer à la justice, à l'équité, à l'égalité, à la liberté, à la moralité, etc., comme des directions relatives au contenu des lois ». La réserve de Hans Kelsen ne se limitait pas au seul cas d'énoncés relatifs à des principes, il reconnaissait également que « la limite entre ces dispositions et les dispositions traditionnelles sur le contenu des lois que l'on trouve dans les déclarations de droits individuels s'effacera facilement, et il n'est dès lors pas impossible qu'un tribunal constitutionnel appelé à décider de la constitutionnalité d'une loi l'annule pour le motif qu'elle est injuste, la justice étant un principe constitutionnel qu'il doit par conséquent appliquer ». Toute la finalité de cette analyse était de faire le lien entre de telles dispositions et le pouvoir de la juridiction amenée à les interpréter : « la puissance du tribunal serait alors telle qu'elle devrait être considérée comme simplement insupportable¹⁰³. » Ainsi, Hans Kelsen reconnaissait lui-même la nécessité de restreindre la marge de concrétisation du juge constitutionnel en s'assurant que le droit constitutionnel formel soit suffisamment précis. Reste qu'en tout état de cause, pour lui, « même si la loi est inconstitutionnelle car son contenu est contraire à la Constitution, son caractère inconstitutionnel découle du fait qu'elle n'a pas été adoptée selon la procédure de révision constitutionnelle : ici, le jugement de constitutionnalité matérielle n'existe pas [...] c'est toujours un jugement de constitutionnalité formelle, c'est-à-dire sur la manière selon laquelle la loi a été produite¹⁰⁴ ».

À l'inverse, en 1993, aucune intervention, pas même celle d'Étienne Dailly, qui s'en défendit expressément, ne visait à remettre en cause globalement le contrôle de constitutionnalité des lois rendu possible par l'article 61 de la Constitution et donc l'existence même du Conseil constitutionnel. La séquence ne mobilisa donc

¹⁰⁰ Selon l'expression popularisée par Edouard 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, 276 pages.

¹⁰¹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 236.

¹⁰² H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la constitution*, Paris, Michel Houdiard Éditeur, 2007, p. 86.

¹⁰³ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », art. cité, p. 241.

¹⁰⁴ Z. NICOLÒ, « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 5-1989, 1991, p. 188. Voir, dans le même sens, les développements de Renaud Baumert sur cette question, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Paris, LGDJ, 2010, p. 381-383.

nullement une défiance totale envers le contrôle de constitutionnalité des lois comme celle que pouvait exprimer Carl Schmitt, pour qui une cour constitutionnelle « décidant de tous les conflits d'interprétation des lois constitutionnelles, serait en réalité une instance de haute politique, puisqu'elle aurait à trancher aussi – et surtout – ces doutes et divergences d'opinions qui résultent des particularités du compromis dilatoire de façade ». Il ajoutait que « distinguer ici les problèmes juridiques et les problèmes politiques, supposer qu'une affaire de droit public pourrait être dépolitisée – c'est-à-dire en fait "désétatisée" – est une fiction douteuse¹⁰⁵ ». Loin de ces considérations, les titulaires du pouvoir constituant en 1993 reconnaissaient la légitimité de l'office du Conseil constitutionnel, même si c'était sur un mode minimaliste pour certains.

3) Par un ultime pied de nez, peut-être symptomatique des étranges particularités de la justice constitutionnelle française¹⁰⁶, quatre des parlementaires les plus virulents à l'endroit du Conseil constitutionnel lors de la séquence étudiée allaient en devenir membres quelques années plus tard. Étienne Dailly, le plus vigoureux défenseur des droits du Parlement et redoutable procureur des largesses interprétatives du Conseil constitutionnel, en fut nommé membre le 22 février 1995 par le président du Sénat. Il n'eut guère l'occasion de s'y illustrer, décédant le 25 décembre 1996. C'est Yves Guéna, un partisan de la grande prudence du juge constitutionnel dans l'interprétation de la Constitution, qui fut nommé pour le remplacer le 3 janvier 1997 par le président du Sénat avant de présider l'institution à partir de 2000 et d'être remplacé à ce poste par Pierre Mazeaud en 2004, lui qui avait été nommé membre du Conseil le 21 février 1998 par le président de la République malgré ses réserves, clairement exprimées, contre l'extension de la compétence *ratione materiae* de l'institution. Pour sa part, Michel Charasse, dont on a vu qu'il s'était singularisé à gauche pendant les débats étudiés, fut nommé membre du Conseil le 25 février 2010 par le président de la République. Tous les quatre furent nommés par des autorités politiques qui avaient appartenu, de près ou de loin, à la majorité parlementaire de 1993. Peut-être est-ce là finalement le destin des frondeurs que de les voir, plus ou moins tardivement, rentrer dans le rang et s'assagir, à l'image de celui qui est peut-être le frondeur le plus célèbre de l'histoire de France, le Cardinal de Retz¹⁰⁷.

Jean-Sébastien Boda

| Docteur en droit.

¹⁰⁵ C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 257. Voir également du même auteur : *Le Tribunal du Reich comme gardien de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2017.

¹⁰⁶ L. FONTAINE, *La constitution maltraitée : Essai sur l'injustice constitutionnelle*, Paris, Broché, 2023.

¹⁰⁷ S. BERTIÈRE, *La Vie du Cardinal de Retz*, Paris, Broché, 19 mars 2008 ; J.-F. PAUL DE GONDI, *CARDINAL DE RETZ, Mémoires*, rééd. Paris, Broché, 2013.

Idris Fassassi

La Cour neutralisée ou l'offensive du Congrès contre le contrôle de constitutionnalité des lois sous la *Reconstruction*

« Si la Cour abuse de son pouvoir afin de trancher des questions politiques et défie la volonté du peuple libre, alors il reviendra à ce peuple, insulté et défié, de prouver que le serviteur n'est pas au-dessus de son maître en adoptant un amendement qui mette un terme à l'usurpation judiciaire et supprime le tribunal lui-même ».

John Bingham, 1868¹

L critique du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis a longtemps opéré à la manière d'un phénix opportuniste, réapparaissant périodiquement en réaction à la jurisprudence de la Cour suprême. De *Marbury v. Madison*² aux décisions les plus récentes, en passant par *Dred Scott*³, *Lochner*⁴ ou *Roe v. Wade*⁵, les interventions controversées de la Cour ont ainsi cristallisé la critique du gouvernement des juges, mettant en lumière différents âges de la « difficulté contre-majoritaire », selon l'expression consacrée aux États-Unis⁶. Le moment présent du débat livre des enseignements qui invitent,

¹ Déclaration du représentant John BINGHAM en date du 16 janvier 1867, *Congressional Globe*, Senate and House debates, 39th Congress, deuxième session, p. 502.

² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

³ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁶ L'expression a été forgée par Alexander BICKEL : « La difficulté fondamentale est que le contrôle de constitutionnalité est une force contre-majoritaire dans notre système [...]. Lorsque la Cour suprême déclare qu'une loi ou un acte de l'Exécutif est inconstitutionnel, elle fait obstacle à la volonté des représentants du peuple réel d'ici et maintenant ; elle exerce son contrôle, non pas au nom de la majorité actuelle, mais contre elle », A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962, p. 16. L'expression est ambiguë car, s'agissant de la majorité à laquelle ce contrôle fait obstacle, l'auteur se réfère dans le reste de l'ouvrage tantôt à celle des représentants – auquel cas il s'agirait plutôt de la difficulté contre-représentative – tantôt à celle du peuple. Cette critique contre-majoritaire s'exprime en outre de manière différente en fonction du sens accordé aux termes « majoritaire », et donc « contre-majoritaire ». Elle comprend ainsi deux volets distincts, l'un substantiel et

en définitive, à revenir sur une période souvent délaissée s'agissant de la contestation du rôle de la Cour.

Le premier constat porte sur la mise en exergue d'un cycle dans le débat constitutionnel. Près de cent ans après la publication de l'ouvrage d'Édouard Lambert sur *Le gouvernement des juges*⁷, on assiste aujourd'hui⁸, comme sous l'ère Lochner, à la critique par des auteurs progressistes des excès d'une Cour dont l'orientation conservatrice a été profondément cimentée par les nominations de Donald Trump. Selon une belle formule, « l'histoire ne se répète pas mais elle rime »⁹. Il est ainsi singulier de voir aujourd'hui combien les arguments de la critique contemporaine riment et s'accordent avec ceux formulés un siècle auparavant par Louis Boudin, Walter Clark, William Ransom ou Gilbert Roe¹⁰. Les propositions formulées pour répondre aux travers actuels s'appuient d'ailleurs pour l'essentiel sur celles du début du XXe siècle, qu'il s'agisse de l'imposition d'une majorité qualifiée pour l'invalidation des lois fédérales ou de la possibilité de contourner les décisions de la Cour. Le tableau dressé par Édouard Lambert sur les dérives d'un mécanisme assurant « la suprématie politique du pouvoir judiciaire »

l'autre procédural, qui seront mobilisés tout au long de l'histoire des États-Unis pour remettre en cause l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois. Le premier versant met l'accent sur les *résultats* produits par le contrôle de constitutionnalité. C'est donc une conception substantielle, quantitative, de la difficulté contre-majoritaire qui est ici mobilisée. La Cour est ainsi contre-majoritaire lorsqu'elle rend des décisions qui vont à l'encontre de l'opinion majoritaire, c'est-à-dire, par exemple, des décisions qui s'opposent à l'opinion publique cristallisée sur un point donné. Le volet procédural a trait à l'intervention de la Cour dans un domaine dans laquelle elle n'est pas reconnue comme légitime en raison du fait que les juges (fédéraux) ne procèdent pas de l'élection et sont irresponsables politiquement. Le fait de ne pas être élus et d'être irresponsables politiquement, sur le plan procédural, dessine en effet, sur le plan matériel, une sphère dans laquelle l'intervention des juges de la Cour est réputée illégitime car la matière en question est présumée relever des branches *majoritaires*, c'est-à-dire politiques dans ce sens, et en particulier du législatif. Cette sphère est mouvante dans la mesure où elle est le reflet des conceptions de l'époque quant au champ approprié du contrôle de constitutionnalité. L'intervention de la Cour dans un domaine particulier à un moment *t* peut être considérée illégitime puis légitime à un moment *t1*. Qu'il nous soit permis de renvoyer à notre ouvrage, I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, 2017, notamment p. 33 et s.

⁷ É. 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*, Giard, 1921, 276 p.

⁸ Si la critique est particulièrement forte actuellement (voir, par exemple, M. Lemley, « The Imperial Supreme Court », *Harv. L. REV. F.*, Vol. 136, 2022, p. 97-118) et traduit la dénonciation d'une Cour présentée comme « réactionnaire », elle s'inscrit plus largement dans la lignée de celle qui, à partir de la fin des années 1990, avait dénoncé l'« activisme » de la Cour Rehnquist puis de la Cour Roberts, tel que matérialisé selon les critiques par les décisions *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997), *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000) ou *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). Voir *infra* note 14.

⁹ Selon les propos souvent attribués à Mark Twain. Voir H. RAWSON, M. MINER, *The Oxford Dictionary of American Quotations*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 305.

¹⁰ Voir L. BOUDIN, « Government by Judiciary », *Political Science Quarterly*, Vol. 26, 1911, pp. 238-270 ; W. CLARK, « Government by Judges. Address delivered at Cooper Union in New York City on January 27, 1914 » in Senate document n° 610, 63d Cong., 2d session, 1914, 20 p. ; W. RANSOM, *Majority Rule and the Judiciary*, New York, 1912, 183 p. ; G. ROE, *Our Judicial Oligarchy*, B.W. HUEBSCH, New York, 1912, 239 p.

et la domination des forces conservatrices est ainsi largement transposable et repris aujourd'hui¹¹.

Le deuxième constat renvoie à l'extrême versatilité d'une doctrine aux positions fluctuantes, parfois contradictoires, elle-même reflet des instabilités du contentieux constitutionnel. À titre d'exemple, il est manifeste aujourd'hui, en particulier après la décision *Dobbs*¹² dans laquelle la Cour a jugé que la Constitution fédérale ne garantissait pas le droit de recourir à l'avortement, que la contestation des *pouvoirs* de la Cour, et non pas simplement du *sens* dans lequel elle les exerce, se développe chez les auteurs progressistes¹³. Rappelons néanmoins qu'il y a quelques années à peine, lorsque ces mêmes thèses furent développées par des auteurs se réclamant du « constitutionnalisme populaire »¹⁴, elles furent largement et parfois très sèchement rejetées¹⁵. Que les arguments de Mark Tushnet ou Larry Kramer soient aujourd'hui *populaires* au sein de la doctrine illustre le fait que l'on a parfois tort d'avoir raison trop tôt. Les mêmes auteurs qui, encore récemment, louaient le rôle actif de la Cour, dénoncent aujourd'hui son intervention illégitime. Côté conservateur, on assiste également à des revirements abrupts, à travers les mutations de l'originalisme et un argumentaire prônant dorénavant un rôle accru du juge, délaissant l'attachement rhétorique à la retenue judiciaire sur lequel s'est pourtant construit le conservatisme juridique moderne¹⁶. Ces revirements tous azimuts traduisent le manque de cohérence d'une grande partie de la doctrine constitutionnaliste qui, fixée sur le sens dans lequel s'exerce le contrôle de

¹¹ É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, op. cit., p. 221.

¹² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

¹³ Voir par exemple N. BOWIE, « The Contemporary Debate over Supreme Court Reform: Origins and Perspectives », 30 juin 2021, Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, 30 juin 2021, accessible en ligne.

¹⁴ Regroupant des figures de la doctrine, ce courant prônait, comme son nom l'indique, un rôle accru du peuple dans l'interprétation et l'application de la Constitution et stigmatisait les dérives contre-majoritaires de la Cour. Selon ses tenants, le contrôle de constitutionnalité devrait être sinon aboli, au moins strictement encadré dans sa portée. Voir notamment L. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004, 376 p.; « The Supreme Court, 2000 Term – Foreword: We the Court », *Harv. L. Rev.*, Vol. 115, n° 1, 2001, pp. 5-169 ; M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, 235 p. ; J. WALDRON, « On Judicial Review », *Dissent*, 2005, Vol. 52, n° 3, pp. 81-86 ; « The Core of the Case Against Judicial Review », *Yale L. J.*, Vol. 115, 2006, pp. 1346-1406; *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, 344 p. ; *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, 224 p. ; R. PARKER, « Here, the People Rule ». *A Constitutional Populist Manifesto*, Harvard University Press, Cambridge-Londres, 1994, 144 p. Sur les thèses développées par les tenants de ce « mouvement », voir I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Etude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., pp. 241-326.

¹⁵ Voir le compte rendu de l'ouvrage de Larry Kramer rédigé par Laurence Tribe et leurs échanges ultérieurs dans les colonnes du *New York Times* : L. TRIBE, « The People's Court », *The New York Times*, 24 octobre 2004, p. 32 ; L. KRAMER, « To the Editor, Kramer v. Tribe », *The New York Times*, 21 novembre 2004 ; L. TRIBE, « To the Editor, Kramer v. Tribe », *The New York Times*, 21 novembre 2004.

¹⁶ Voir, entre autres, les thèses développées par A. VERMEULE in « Beyond Originalism », *The Atlantic*, 31 mars 2020, accessible en ligne ; *Common Good Constitutionalism*, Polity Press, 2022, 270 p. Sur ces évolutions au sein du mouvement conservateur, voir I. FASSASSI, « L'originalisme dépassé ? Tensions et transitions au sein du conservatisme juridique aux États-Unis », in J. ARLETTAZ (dir.), *Statu quo ? Constitution et conservatisme*, 2024, à paraître.

constitutionnalité, semble réagir à l'air du temps et non pas développer une position de principe sur les mérites du contrôle de constitutionnalité des lois¹⁷.

Enfin, on mesure que si la remise en cause du contrôle de constitutionnalité a longtemps été cyclique, revenant par vagues en fonction de l'« activisme » de la Cour, elle est aujourd'hui quasiment permanente. Elle s'est en quelque sorte *banalisée* depuis la fin du XX^e siècle, nourrie par un profond déséquilibre structurel au sein du constitutionnalisme américain résultant de deux mouvements de fond opposés : la montée en puissance de la Cour et l'érosion des moyens de contraintes externes sur celle-ci. C'est en effet ce déséquilibre qui produit la « suprématie judiciaire » en vertu de laquelle, entre autres, « les juges décident en dernier ressort et pour l'ensemble de la population ce que la Constitution signifie »¹⁸, qui, elle-même, suscite la critique.

Il est dès lors intéressant de prendre du recul et de s'extraire du contexte institutionnel actuel ainsi que du référentiel doctrinal présent, englué dans une répétition des arguments, pour envisager un moment singulier de la contestation du contrôle de constitutionnalité, parfois délaissé mais néanmoins porteur d'enseignements, à savoir la Reconstruction (1865-1877)¹⁹. À l'heure où, précisément, beaucoup militent pour la réhabilitation du Congrès et appellent, dans le cadre du débat sur la réforme de la Cour²⁰, à l'usage de mesures autrefois employées mais aujourd'hui discréditées²¹, la contestation à l'œuvre au cours des années 1870, à une époque caractérisée par la suprématie législative – c'est-à-dire une domination par le Congrès des deux autres branches du pouvoir – est particulièrement révélatrice.

¹⁷ Voir I. FASSASSI, « La doctrine et la réforme de la Cour : "Ce n'est pas la girouette qui tourne, c'est le vent" », in I. FASSASSI (dir.), *La Cour suprême des États-Unis en question*, 2024, à paraître.

¹⁸ L. KRAMER, « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle », *R.D.P.*, n° 4, 2005, p. 1027 ; L. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 125. 7 1867.

¹⁹ Il s'agit du nom donné à la période suivant la fin de la Guerre de Sécession, entre 1865 et 1877. Après quatre années de guerre civile, il fallait en effet « reconstruire » non seulement les États du Sud, mais aussi l'Union dans son ensemble. Voir E. FONER, *Reconstruction : America's Unfinished Revolution, 1863-1877*, Harper & Row, New York, 1988, 690 p. Deux sujets cristallisèrent plus particulièrement les oppositions. Le statut des États du Sud qui avaient voulu quitter l'Union et la protection des anciens esclaves, nouvellement affranchis, qui y vivaient. Elle donna lieu, entre autres, à l'adoption de trois amendements constitutionnels. Voir *infra*.

²⁰ Le Président Biden mit en place en avril 2021 une commission composée de 36 membres chargée notamment de fournir une « analyse des principaux arguments pour et contre une réforme de la Cour suprême ». Le rapport de 288 pages fut remis le 7 décembre 2021. Il analyse, entre autres, les arguments relatifs à la modification du nombre de juges siégeant à la Cour, à un encadrement de la durée de leur mandat, à un encadrement du pouvoir d'invalider une loi fédérale à travers l'exigence d'une majorité qualifiée ou encore à la réduction de leurs prérogatives à travers l'exclusion de certains contentieux. Signe des divisions parmi les membres de la commission, le rapport se limite pour l'essentiel à présenter les arguments en faveur et en défaveur des réformes sur ces différents thèmes, sans toutefois se positionner. Le rapport est disponible à l'adresse suivante : <https://www.whitehouse.gov/pscscotus/final-report>.

²¹ Voir N. BOWIE, D. RENAN, « The Supreme Court Is Not Supposed to Have This Much Power. And Congress should claw it back », *The Atlantic*, 8 juin 2022, accessible en ligne ; S. MOYN, R. DOERFLER, « Democratizing the Supreme Court », *Cal. L. Rev.*, Vol. 109, 2021, pp. 1703-1772 ; J. FISHKIN, W. FORBATH, *The Anti-Oligarchy Constitution*, Harvard University Press, 2022, 640 p. Voir les références mentionnées *supra* note 14.

Cette remise en cause du rôle de la Cour s'inscrit dans le contexte plus général de ce qui fut l'une des plus grandes crises constitutionnelles de l'histoire des États-Unis, à l'issue de la guerre de Sécession (1861-1865). En effet, en l'espace de quelques années, entre 1865 et 1870, les États-Unis connurent une série d'événements dont on ne saurait souligner suffisamment le caractère proprement fondamental. Il y eut tout d'abord l'assassinat du Président Lincoln, quelques jours seulement après l'arrêt des combats²², la ratification de trois amendements constitutionnels, dont l'un – le Quatorzième amendement – demeure la plus importante des modifications qu'ait connue le texte constitutionnel depuis 1791²³. En outre, pour la première fois, un Président fut soumis à la procédure de l'*impeachment*²⁴ tandis que la Cour suprême fut l'objet de mesures de contraintes particulièrement poussées, de la modification de sa composition à la neutralisation de sa compétence.

À travers l'affrontement entre le droit et la politique qui caractérisa la période²⁵, la Reconstruction offre ainsi un terrain privilégié pour analyser les relations entre les branches politiques et le contrôle de constitutionnalité incarné par la Cour. Plus précisément, avant la contestation du *gouvernement des juges* au début du XX^e siècle – l'ère Lochner (1897-1937) –, la Reconstruction révèle comment le spectre de l'intervention de la Cour suprême (I) a généré la formulation d'un argumentaire pointant l'illégitimité de son pouvoir et justifié des mesures visant à le neutraliser (II). Il s'agit, en quelque sorte, de l'anticipation d'une difficulté contre-majoritaire qui ne pouvait pleinement se manifester dans un contexte politique encore marqué par la suprématie du Congrès.

I. LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA RECONSTRUCTION EN QUESTION

Trois positions majeures se distinguaient concernant le programme de la Reconstruction. Les républicains radicaux défendaient une stratégie « d'occupation

²² Abraham Lincoln, tout juste réélu Président, fut assassiné le 15 avril 1865, six jours après la fin de la guerre de Sécession.

²³ Le Treizième amendement, ratifié en 1865, interdit l'esclavage. Le Quatorzième amendement, ratifié en 1868, modifie en profondeur la substance et la structure du corpus constitutionnel. Sa section 1 prévoit que : « toute personne née ou naturalisée aux États-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis et de l'État dans lequel elle réside. Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égalité de protection des lois ». C'est sur le fondement de la clause de *due process* (procédure légale régulière) que la Cour bâtit une jurisprudence qui sera au cœur de la controverse sur le « gouvernement des juges », sous l'ère Lochner entre 1897 et 1937. Voir R. BERGER, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard University Press, 1977. Une disposition quelque peu oubliée du Quatorzième amendement est récemment revenue sur le devant de la scène dans le cadre de la contestation de l'éligibilité de Donald Trump lors de l'élection présidentielle de 2024. La section 3 du texte prive en effet d'éligibilité certaines personnes, qui ayant prêté serment de défendre la Constitution, ont par la suite pris part à une insurrection ou à une rébellion. Le Quinzième amendement, ratifié en 1870, interdit les discriminations fondées sur la race s'agissant du droit de vote.

²⁴ Andrew Johnson fut mis en accusation par la Chambre des représentants en 1868 le 24 février 1868. À une voix près, la majorité des deux tiers nécessaire à sa destitution ne fut pas réunie lors du vote au Sénat.

²⁵ Voir *supra* note 1.

et de rigueur »²⁶. Selon eux, la guerre avait été menée pour mettre fin à l'esclavage et les États du Sud devaient donc se soumettre en acceptant l'imposition de conditions strictes avant de pouvoir être réadmis dans l'Union. Ils parviendront ainsi à adopter en 1867 trois *Reconstruction Acts*²⁷ qui divisèrent le sud en cinq zones militaires, chacune commandée par un gouverneur militaire. Pour être réintégrés dans l'Union, jouir d'une représentation au Congrès et mettre ainsi un terme à l'occupation militaire, les États du sud devaient rédiger de nouvelles constitutions, approuvées par la majorité des électeurs et garantissant le suffrage universel masculin, et [ils] étaient également tenus de ratifier le Quatorzième amendement. Les élus démocrates, minoritaires, souhaitaient quant à eux « un retour à la normale », en d'autres termes une paix négociée bouleversant le moins possible l'équilibre des rapports qui avaient cours dans le sud avant la guerre. Entre ces deux lignes défendues au Congrès, se trouvaient les républicains modérés et la Présidence qui soutenaient une position médiane, en faveur à la fois d'une Union forte et d'une Reconstruction qui puisse être « sans malice envers quiconque et avec charité pour tous »²⁸. Avec le remplacement d'Abraham Lincoln par Andrew Johnson, l'Exécutif s'éloigna encore plus des positions prônées par les républicains radicaux, ce qui accrut d'autant les tensions. Au cours de l'année 1866, la Cour rendit une série de décisions défavorables aux républicains radicaux. Ces derniers, alors en plein conflit avec le Président Johnson, s'inquiétèrent de ce que la Cour puisse déclarer inconstitutionnelles leurs mesures (A). Ils se prémunirent contre une telle éventualité en adoptant la mesure la plus radicale qui ait jamais été adoptée à l'encontre de la Cour (B).

A. Le spectre d'une invalidation du programme des républicains par la Cour suprême

En 1850, la Cour suprême jouissait d'une légitimité sans précédent auprès du peuple américain selon l'historien Charles Warren²⁹. Quelques années plus tard, elle était pourtant devenue une institution affaiblie, discréditée, dont le propre Président peinait à croire qu'elle puisse un jour « retrouver l'autorité et le rang que la Constitution lui avait conférés »³⁰. Deux facteurs liés expliquent ce déclin : la décision *Dred Scott*³¹ et la guerre civile, la première précipitant d'ailleurs la Nation dans la seconde. En l'espèce, la Cour invalida une loi du Congrès – le *Missouri Compromise* de 1820 – pour la deuxième fois seulement de son histoire, cinquante-

²⁶ J.-M. LACROIX, *Histoire des États-Unis*, P.U.F., Paris, 2010, p. 253.

²⁷ Le premier *Reconstruction Act* fut voté le 20 février 1867. Le Président opposa son veto et la loi fut revotée le 2 mars. Le deuxième *Reconstruction Act* fut voté le 23 mars 1867, et le troisième *Reconstruction Act* fut voté le 19 juillet.

²⁸ Abraham Lincoln, Second Inaugural Address (4 Mars 1865), in R. BASLER (ed.), *Abraham Lincoln: His Speeches and Writings*, Da Capo Press, 2001, p. 793.

²⁹ C. WARREN, *The Supreme Court in United States History, Volume 2 (1836-1918)*, Little, Brown and Company, 1926, p. 206.

³⁰ Dans une lettre adressée à un proche, le *Chief Justice* Roger Taney pouvait écrire en août 1863, soit un an avant sa mort : « Nor do I see any ground for hope that it will ever again be restored to the authority and rank which the Constitution intended to confer upon it. The supremacy of the military power over the civil seems to be established; and the public mind has acquiesced in it and sanctioned it. We can pray for better times, and submit with resignation to the chastisements which it may please God to inflict upon us », cité in C. SWISHER, *Roger B. Taney*, MacMillan, New York, 1935, p. 572.

³¹ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

quatre ans après l'arrêt *Marbury*. Elle jugea également que les Africains-Américains n'étaient pas des citoyens, qu'ils ne pouvaient donc pas agir en justice et que le Congrès ne pouvait pas interdire l'esclavage dans certains territoires. La décision est souvent présentée comme la « pire atrocité dans l'histoire de la Cour »³², ou l'illustration de ce que « le contrôle de constitutionnalité peut donner de pire »³³. Aux côtés de *Locher v. New York*³⁴, *Plessy v. Ferguson*³⁵ et *Korematsu*³⁶, *Dred Scott* est l'exemple de l'« anticanon », c'est-à-dire la décision érigée en repoussoir absolu³⁷. Pourtant, *Dred Scott* est davantage le reflet d'une Constitution viciée dès l'origine par le compromis sur l'esclavage que le point de départ du problème³⁸. En d'autres termes, la doctrine refuse souvent de remonter aux origines de l'« immoralité », en stigmatisant la décision, plutôt que le texte aux sources duquel celle-ci a puisé ses développements.

S'agissant de la guerre civile, il est peu surprenant de constater qu'elle a entraîné une mise à l'écart de la Cour suprême. Les mesures d'exception généralement prises par l'Exécutif dans ce type de circonstances laissent peu de prise à l'intervention du pouvoir judiciaire, même lorsque des libertés fondamentales sont en cause³⁹. D'ailleurs, en 1861, lorsque le Président Lincoln suspendit le recours en *habeas corpus* pour des impératifs de sécurité publique, le *Chief Justice* Taney fut impuissant à faire prévaloir la Constitution. Alors qu'il avait ordonné la libération d'un individu emprisonné, il se heurta au refus de l'administration d'appliquer sa décision⁴⁰. Il écrivit alors : « J'ai exercé le pouvoir que la Constitution et les lois me confèrent, mais j'ai été confronté à une force qu'il m'est impossible de vaincre »⁴¹.

L'activité réduite de la Cour lui permit néanmoins de rester à l'abri des critiques. En revanche, à partir de 1865, elle fut replongée dans le chaudron des querelles partisans parce que la nature même des questions qui divisaient la Nation rendait inéluctable son intervention. En effet, le caractère constitutionnel des questions sur lesquelles la Présidence et le Congrès s'affrontaient – le statut des États du Sud, l'occupation militaire et la protection des personnes affranchies – appelaient l'intervention de l'organe censé dire le droit. La pression sur la Cour était d'autant plus forte que les adversaires des républicains radicaux cherchèrent à favoriser l'intervention de la Cour, afin précisément qu'elle invalide les mesures adoptées

³² C. EISGRUBER, « Dred again: Originalism's Forgotten Past », *Const. Comment.*, Vol. 10, 1993, p. 41.

³³ M. FREELEY, S. KRISLOV, *Constitutional Law*, Scott Foresman, Glenview, 1990, p. 34.

³⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

³⁵ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

³⁶ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

³⁷ Voir J. GREENE, « The Anticanon », *Harv. L. Rev.*, Vol. 125, n°2, 2011, pp. 379-475; R. PRIMUS, « Canon, Anti-Canon and Judicial Dissent », *Duke L. J.*, Vol. 48, 1998, pp. 243 et s.

³⁸ Pour une relecture de *Dred Scott*, voir M. GRABER, *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2008, 264 p.

³⁹ Voir, par exemple, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) et en particulier l'opinion dissidente du juge Jackson.

⁴⁰ *Ex parte Merryman*, 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861).

⁴¹ « I have exercised all the power which the constitution and laws confer upon me, but that power has been resisted by a force too strong for me to overcome », cité in M. PAULSEN, « The Merryman Power and the Dilemma of Autonomous Executive Branch Interpretation », *Cardozo L. Rev.*, Vol. 15, 1993, pp. 81-112. Pour une étude en langue française sur l'*habeas corpus*, voir N. MATHIEU, *L'habeas corpus*, thèse de doctorat, Université Paris-Panthéon-Assas, 2023.

dans le cadre de la Reconstruction. La Cour était ainsi appelée au soutien des arguments du Président Johnson pour qui les mesures du Congrès étaient inconstitutionnelles.

De leur côté, les républicains radicaux n'avaient pas véritablement besoin de l'appui de la Cour pour légitimer leur politique. Parce qu'ils se considéraient comme « les gardiens de la souveraineté du peuple »⁴², ils avaient seulement besoin que la Cour ne se mette pas en travers de leur chemin. Comme l'a formulé l'hebdomadaire *The Nation*, « la majorité au Congrès ne peut mal faire [...] Pourquoi entraver cette assemblée de sages par quelques restrictions que ce soient ? »⁴³.

La première des décisions de la Cour qui inquiéta les républicains radicaux fut *Ex Parte Milligan*⁴⁴. L'affaire posait la question de la constitutionnalité de l'usage de tribunaux militaires pour juger des civils, lorsque les tribunaux ordinaires étaient accessibles. En l'espèce, un citoyen de l'Indiana avait été arrêté en 1864, pendant la guerre civile, et accusé de trahison. Il fut condamné à mort par un tribunal militaire. Il intenta un recours devant une juridiction fédérale au motif que le tribunal militaire n'était pas compétent pour le juger. Pour l'un des juges de la Cour suprême, l'affaire *Milligan* n'était rien de moins « que la question la plus importante jamais soumise à la Cour »⁴⁵.

La Cour suprême rendit sa décision en avril 1866, mais reporta la publication des opinions au mois de décembre. L'opinion majoritaire, rédigée par le juge Davis, annula la condamnation de Milligan au motif que, puisque les juridictions ordinaires étaient accessibles, la procédure ayant eu cours devant un tribunal militaire méconnaissait les garanties posées par la Constitution⁴⁶.

⁴² Déclaration du représentant Thaddeus Stevens en date du 16 janvier 1867, *Congressional Globe*, Senate and House debates, 39th Congress, deuxième session, p. 252.

⁴³ *The Nation*, 16 décembre 1869, cité in B. FRIEDMAN, *The Will of the People*, Farrar, 2009., p. 128.

⁴⁴ *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866).

⁴⁵ David Davis, cité in C. WARREN, *The Supreme Court in United States History, Volume 2 (1836-1918)*, *op. cit.*, p. 426.

⁴⁶ « The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times and under all circumstances [...] Every trial involves the exercise of judicial power, and from what source did the military commission that tried him derive their authority? Certainly no part of judicial power of the country was conferred on them, because the Constitution expressly vests it "in one supreme court and such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish," and it is not pretended that the commission was a court ordained and established by Congress. But it is said that the jurisdiction is complete under the "laws and usages of war." It can serve no useful purpose to inquire what those laws and usages are, whence they originated, where found, and on whom they operate; they can never be applied to citizens in states which have upheld the authority of the government, and where the courts are open and their process unobstructed. This court has judicial knowledge that, in Indiana, the Federal authority was always unopposed, and its courts always open to hear criminal accusations and redress grievances, and no usage of war could sanction a military trial there for any offence whatever of a citizen in civil life in nowise connected with the military service. Congress could grant no such power, and, to the honor of our national legislature be it said, it has never been provoked by the state of the country even to attempt its exercise. One of the plainest constitutional provisions was therefore infringed when Milligan was tried by a court not ordained and established by Congress and not composed of judges appointed during good behavior », *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2, 76 (1866).

Cette décision fut vivement critiquée. Elle fut en effet présentée dans la presse républicaine comme une décision « *Dred Scott* numéro 2 »⁴⁷. Un journal soutint ainsi que « comme *Dred Scott*, *Milligan* n'est pas une décision judiciaire, c'est un acte politique »⁴⁸. Pour un autre, « *Milligan* est annonciatrice d'autres décisions visant à mettre en échec la domination républicaine et à restaurer la domination du sud »⁴⁹.

La raison de ces critiques tient à ce que la Cour, dans son opinion, laissait entendre que le Congrès ne pouvait pas, même s'il l'avait voulu, établir des tribunaux militaires dans des États ayant reconnu le gouvernement fédéral et dans lesquels les cours ordinaires fonctionnaient régulièrement⁵⁰. Bien que la Cour se prononçait en l'espèce sur une situation passée, lors de la guerre civile, son raisonnement pouvait tout aussi bien être appliqué dans le présent, à l'encontre des tribunaux quasi-militaires établis dans le sud pour protéger les personnes affranchies. Le raisonnement développé par la Cour menaçait donc le programme de reconstruction des républicains radicaux. Le fait que peu de temps après la décision, le Président Johnson ait ordonné, sur le fondement de la décision *Milligan*, la libération d'un prisonnier qui avait été condamné par un tribunal quasi-militaire pour le meurtre d'une personne affranchie ne pouvait que renforcer les craintes des républicains.

La menace se fit encore plus forte lorsque la Cour invalida les serments de loyauté que les républicains avaient imposés dans les États du sud. Les républicains exigeaient en effet que les habitants des États du sud, avant de pouvoir prétendre prendre part aux affaires publiques, prêtent serment de loyauté à l'Union et jurent ne l'avoir jamais trahie. C'était là une manière d'exclure de la vie politique tous ceux qui avaient joué un rôle actif lors de la Sécession⁵¹. La Cour suprême déclara dans deux affaires⁵² que ces serments étaient inconstitutionnels, au motif qu'ils étaient assimilables à des lois pénales rétroactives⁵³.

Au moment où l'affrontement entre le Congrès et le Président Johnson s'intensifiait, la Cour suprême, à travers le contrôle de constitutionnalité, apparaissait ainsi comme un obstacle pour les élus républicains radicaux. Entre 1867 et 1868, différentes propositions de loi furent introduites au Congrès visant à limiter le pouvoir de la Cour. L'une d'entre elles prévoyait notamment que toute déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi fédérale ne puisse être établie qu'à la majorité des deux tiers des membres de la Cour. La mesure fut votée par la Chambre

⁴⁷ Cité in B. FRIEDMAN, *The Will of the People*, op. cit., p. 126.

⁴⁸ Harper's Weekly, « The New Dred Scott », cité in C. WARREN, *The Supreme Court in United States History, Volume 2 (1836-1918)*, op. cit., p. 432.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 429.

⁵⁰ Voir *supra* note 46.

⁵¹ Comme l'énonça le sénateur Howard, « les habitants du nord ne sont pas idiots au point de faire la guerre comme ils l'ont fait [...] et ensuite de se retourner et dire aux traîtres "tout ce que vous avez à faire pour revenir est de prêter serment que, dorénavant, vous serez loyaux envers l'État" », in E. FONER, *Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877*, op. cit., p. 264 et s.

⁵² *Ex parte Garland*, 71 U.S. 333 (1866) et *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. 277 (1867). Dans cette dernière affaire, la Cour suprême invalide pour la première fois une disposition de la Constitution d'un État pour violation de la Constitution fédérale.

⁵³ La Constitution interdit en effet ce type de lois : « Aucune loi emportant condamnation sans jugement ou effet rétroactif ne sera adoptée », Article I section 9.

des représentants mais fut bloquée au Sénat⁵⁴. Une autre mesure, plus radicale, prévoyait que la Cour ne pourrait invalider une loi fédérale qu'à l'unanimité de ses membres⁵⁵.

Il est intéressant de remarquer que ces propositions ne visaient pas à supprimer le contrôle de constitutionnalité. Malgré la menace qui leur semblait réelle, les républicains radicaux ne se résolurent pas à cette extrémité. Il s'agissait uniquement de rendre plus difficile l'exercice du *judicial review* afin de s'assurer que la Cour ne remette pas en cause la constitutionnalité des mesures adoptées par le Congrès.

Cette position traduit en réalité l'ambivalence du Congrès républicain face à cette Cour dont la majorité des membres avait été nommée par un Président républicain, à savoir Abraham Lincoln. D'un côté, les élus, parce qu'ils estimaient être la seule branche souveraine du pouvoir – surtout après leur triomphe lors des élections de 1866 – ne pouvaient accepter que les juges s'opposent à leurs projets. Après tout, s'ils déniaient ce droit au Président, pourquoi l'accorderaient-ils à la Cour⁵⁶ ? De l'autre, les élus républicains étaient conscients que le pouvoir judiciaire pouvait être un allié utile dans l'entreprise de reconstruction. Il s'agissait donc davantage d'aiguiller la Cour, de l'orienter, au besoin par la menace, que de la briser.

Ce n'est qu'au début de l'année 1868, lorsque la Cour accepta de connaître d'une affaire qui mettait directement en cause la constitutionnalité des mesures majeures du Congrès qu'ils votèrent une mesure radicale. Plutôt que de laisser la Cour se prononcer, ils prirent les devants en lui retirant sa compétence.

B. La suppression par le Congrès de la compétence de la Cour

Au cours de la Reconstruction, comme souvent dans son histoire, la Cour suprême fut l'espoir du parti vaincu aux élections. Selon un modèle toujours valable aujourd'hui, la bataille judiciaire succéda ainsi au combat politique, dont elle n'était en définitive que le prolongement sous une autre forme. Comme l'avait noté Alexis de Tocqueville en son temps, « il n'est presque pas de question politique aux États-Unis, qui ne se résolve tôt ou tard en question judiciaire »⁵⁷.

Les opposants à la Reconstruction, les démocrates du sud principalement, cherchèrent ainsi à soumettre à la Cour des affaires qui lui permettraient de déclarer l'inconstitutionnalité des mesures des républicains. Par deux fois, dans les affaires *Mississippi v. Johnson*⁵⁸ et *Georgia v. Stanton*⁵⁹, l'occasion fut donnée à la Cour, mais celle-ci refusa en dernière analyse de se prononcer. Elle rejeta les affaires

⁵⁴ Voir S. ENGEL, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, Cambridge University Press, 2011, p. 206.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ Un sénateur déclara ainsi : « It would be a strange thing if this nation, after all the wars we have had, after living for ninety years thinking we lived under republican democracy, should wake up and find that our Government was an aristocracy and that one or five members of the Supreme Court could regulate the political interests and relations of the country », déclaration du Sénateur Freylinghuysen, cité in B. Friedman, « The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Two : Reconstruction's Political Court », *Geo. L. J.*, Vol. 91, 2002, p. 23.

⁵⁷ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique, Souvenirs, L'Ancien Régime et la Révolution*, Robert Laffont, Paris, 1986, p. 258.

⁵⁸ *Mississippi v. Johnson*, 71 U.S. 475 (1867).

⁵⁹ *Georgia v. Stanton*, 73 U.S. 50 (1868).

au motif que les questions en cause étaient politiques et ne relevaient pas de la compétence du pouvoir judiciaire.

À la fin de l'année 1867, une affaire idoine remonta jusqu'à la Cour suprême : l'affaire *McCardle*⁶⁰. William McCardle était un journaliste hostile à la Reconstruction, originaire du Mississippi. Il fut arrêté sur le fondement des *Reconstruction Acts* adoptés par le Congrès au début de l'année 1867⁶¹. Il fut poursuivi pour incitation à l'insurrection et incarcéré dans une prison militaire. Il intenta alors un recours en *habeas corpus*, estimant que sa détention était contraire à la Constitution. Son recours fut rejeté, mais une cour fédérale ordonna sa libération sous caution en attendant que la Cour suprême se prononce sur l'appel⁶².

En contestant la régularité de sa détention, c'est la constitutionnalité de l'ensemble des mesures votées par les républicains, plus particulièrement le régime de l'occupation militaire du sud, que remettait en cause McCardle⁶³. La Cour reconnut sa compétence le 17 février 1868 et les plaidoiries orales furent fixées au 9 mars. Les républicains radicaux réagirent rapidement. Ils déposèrent tout d'abord des propositions de lois requérant l'unanimité pour toute décision d'invalidation d'une loi fédérale par la Cour suprême. Puis, alors que les plaidoiries orales de l'affaire avaient déjà eu lieu, ils votèrent un amendement relatif à la compétence de la Cour au cours d'une discussion sans rapport, aux termes duquel l'*Habeas Corpus Act* de 1867 fut abrogé. Autrement dit, le Congrès supprimait purement et simplement la loi sur laquelle reposait la compétence de la Cour dans l'affaire *McCardle*, alors même que la Cour avait déjà reconnu sa compétence et que les plaidoiries orales avaient déjà eu lieu.

Le représentant James Wilson, à l'origine du cavalier législatif, reconnut que le but de son amendement était « de rayer l'affaire *McCardle* du rôle de la Cour en retirant la compétence de la Cour [...] afin d'empêcher qu'une calamité ne s'abatte sur le pays »⁶⁴. La presse républicaine se réjouit de cette mesure : « Ce Congrès ne tolérera pas que la Cour s'oppose à lui sur des questions politiques. La sécurité de la Nation exige que les mesures du Congrès soient menées à bien. Et si la Cour s'interpose, elle ira droit dans le mur »⁶⁵.

Le Président Johnson, dont le procès devant le Sénat devait commencer quelques jours plus tard, opposa son veto à la loi, estimant qu'elle était contraire à

⁶⁰ *Ex parte McCardle*, 74 U.S. 506 (1869).

⁶¹ Voir *supra*.

⁶² Pour un exposé détaillé des faits et de la procédure, voir W. VAN ALSTYNE, « A Critical Guide to Ex Parte McCardle », *Ariz. L. Rev.*, Vol. 15, n° 2, 1973, pp. 229-270.

⁶³ L'affaire présente une certaine ironie. La voie de recours que McCardle utilisait pour contester sa détention, avait été établie par les républicains eux-mêmes. En effet, l'*Habeas Corpus Act*, qui donnait compétence aux cours fédérales pour connaître des recours en *habeas corpus* dès lors qu'une personne détenue contestait sa détention pour violation du droit fédéral, avait été adopté afin de protéger en particulier les droits des Africains-Américains et des *White Southern Unionists*, qui ne manqueraient pas d'être victimes d'abus du système judiciaire dans les États du sud et qui pourraient ainsi faire valoir leurs droits auprès des tribunaux fédéraux. Voir W. VAN ALSTYNE, « A Critical Guide to Ex Parte McCardle », art. cit., p. 234. Par un curieux concours de circonstance, c'est donc un sudiste, opposé à la Reconstruction, qui se servit de cette loi afin de remettre en cause l'œuvre réformatrice des républicains.

⁶⁴ Déclaration du représentant James Wilson en date du 21 mars 1868, in *Congressional Globe, Senate and House debates*, 40th Congress, deuxième session, p. 2062.

⁶⁵ *The Independent*, cité in C. WARREN, *The Supreme Court in United States History, Volume 2 (1836-1918)*, op. cit., p. 477.

la Constitution. Son veto fut renversé, de sorte que la loi abrogeant la compétence de la Cour fut finalement votée le 27 mars 1868.

En ce début d'année 1868, la suprématie du pouvoir législatif au sein des institutions ne pouvait pas mieux être symbolisée que par ce Congrès qui, concomitamment, tentait de destituer le Président et supprimait la compétence de la Cour, afin, dans les deux cas, de s'assurer que ses mesures ne soient pas entravées. En soumettant l'Exécutif et le Judiciaire, le Législatif traduisait en actes la suprématie dont il se réclamait.

L'attitude adoptée par la Cour suprême dans la suite de l'affaire *McCardle* est révélatrice. Les juges avaient la possibilité d'invalidier la mesure emblématique du programme de reconstruction des républicains, dont la constitutionnalité, au regard de la décision *Milligan*, était plus que douteuse. Ils étaient néanmoins conscients des contre-mesures auxquelles ils ne manqueraient pas de s'exposer. Les républicains radicaux n'avaient en effet pas fait mystère de leur intransigeance⁶⁶. Le représentant John Bingham, l'architecte du Quatorzième amendement, avait même brandi la menace d'un amendement constitutionnel supprimant la Cour⁶⁷. *Mutatis mutandis*, la Cour en 1868 se trouvait dans une situation proche de celle de 1803, lorsqu'elle devait juger de la constitutionnalité de la loi d'abrogation du *Judiciary Act* de 1801 dans l'affaire *Stuart v. Laird*⁶⁸. Dans les deux cas, la Cour était amenée, dans un contexte hostile, à se prononcer sur la constitutionnalité très incertaine⁶⁹ de la mesure phare de la coalition au pouvoir. Et dans les deux cas, la Cour s'inclina ou du moins, refusa de contrarier la coalition dominante.

Dans l'affaire *McCardle*, ce retrait fut opéré en deux temps. La Cour décida d'abord de repousser l'examen de l'affaire. Les juges auraient pu, en effet, rendre leur décision avant même que la loi leur retirant compétence n'entre en vigueur mais, selon les termes du *Chief Justice* Chase, il aurait été « indécent de se précipiter »⁷⁰. La Cour attendit ainsi que la loi entre en vigueur, puis décida de repousser l'examen de l'affaire à l'année suivante⁷¹. Et en 1869, lorsque vint le

⁶⁶ « I have lost confidence in the Supreme Court of the United States. Is not that plain enough? I believe they usurp power whenever they dare to undertake to settle questions purely political », *Congressional Globe*, Senate and House debates, 40th Congress, deuxième session, p. 1883 (déclaration du représentant Robert Schenck en date du 14 mars 1868).

⁶⁷ Voir *supra* note 1.

⁶⁸ *Stuart v. Laird*, 5 U.S. 299 (1803).

⁶⁹ Le *Chief Justice* Chase reconnut d'ailleurs que si la Cour s'était prononcée sur le fond de l'affaire, elle aurait sans aucun doute déclaré que l'emprisonnement de *McCardle*, avant son procès par un tribunal militaire était contraire au droit. Voir les propos rapportés in C. FAIRMAN, *History of the Supreme Court : Reconstruction and Reunion, 1864-88*, Part 1, Collier-Macmillan, New York, 1971, p. 385.

⁷⁰ « It would not have become the Supreme Court to hasten their decision of an appeal for the purpose of getting ahead of the legislation of Congress; It would have been, as we thought an indecency to run a race in the exercise of that jurisdiction with the legislature », propos du *Chief Justice* Chase, cité in W. LASSER, *The Limits of Judicial Power. The Supreme Court in American Politics*, *op. cit.*, p. 102.

⁷¹ Le juge Grier protesta contre cette décision et regretta que la Cour ait refusé d'exercer le devoir que lui imposait pourtant la Constitution. En esquivant son devoir, et en permettant au Congrès de la priver de sa compétence, la Cour se serait ainsi couverte d'opprobre. « This case was fully argued in the beginning of this month. It is a case which involves the liberty and rights, not only of the appellant, but of millions of our fellow citizens. The country and the parties had a right to expect that it would receive the immediate and solemn attention of the Court. By the postponement of this case, we shall subject ourselves, whether justly or unjustly, to the imputation that we have evaded the performance of a duty imposed on us by the Constitution,

moment de se prononcer, la Cour reconnut que le Congrès, conformément à la Constitution, avait le droit de modifier sa compétence d'appel⁷². La Cour rejeta donc l'affaire au motif qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer. La Cour entérinait en quelque sorte sa soumission au Congrès ; plus exactement, elle confirmait que le Congrès pouvait la réduire à l'impuissance à travers la modification de sa compétence d'appel⁷³.

Ex parte McCardle est l'arrêt de référence s'agissant du pouvoir du Congrès de restreindre la compétence d'appel de la Cour. Sa mise en œuvre ouvre un vaste champ de questions relatives au principe de séparation des pouvoirs, dont beaucoup demeurent débattues. Ce pouvoir sera invoqué et mis en œuvre à d'autres périodes mais l'affaire *Ex parte McCardle* est proprement unique dans la mesure où le Congrès a pu effectivement empêcher la Cour d'exercer son contrôle de constitutionnalité dans une affaire qu'elle avait déjà acceptée de connaître, et parce que la Cour a ultérieurement avalisé cette mesure.

Il est possible de voir dans cet arrêt à la fois l'expression de la puissance du Congrès mais également, paradoxalement, la reconnaissance du pouvoir de la Cour et du *judicial review*. En effet, à travers l'intensité des mesures prises contre la Cour, c'est le pouvoir que ses adversaires lui reconnaissent qui se révèle en creux. Il fut un temps où les décisions de la Cour étaient proprement ignorées, de sorte qu'il n'était même pas nécessaire de se soucier de ce qu'elle décidait⁷⁴. Le fait que les élus républicains adoptent une mesure aussi radicale témoigne du poids qu'ils concédaient à la décision de la Cour, et de l'importance qu'avait pris le contrôle de constitutionnalité.

Les républicains avaient d'ailleurs conscience du caractère radical de l'abrogation de l'*Habeas Corpus Act*. Lors des débats au Congrès, les démocrates avaient souligné qu'il s'agissait là d'un acte de « despotisme » et qu'il était dangereux que les cours soient soumises aux considérations partisans et politiques⁷⁵. La presse se fit également le relais de ces inquiétudes et un journal

and waited for Legislative interposition to supersede our action, and relieve us from responsibility. I am not willing to be a partaker of the eulogy or opprobrium that may follow. I can only say [...] that I am ashamed that such opprobrium should be cast upon the Court, and that it cannot be refuted », cité in C. WARREN, *The Supreme Court in United States History, Volume 2 (1836-1918)*, op. cit., p. 482.

⁷² « Dans tous les cas concernant les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls, et ceux auxquels un État sera partie, la Cour suprême aura juridiction de première instance. Dans tous les autres cas susmentionnés, elle aura juridiction d'appel, et pour le droit et pour le fait, avec telles exceptions et sous telles règles que le Congrès aura établis », Article III, section 2 de la Constitution. Cette disposition était également au centre de l'affaire *Marbury*.

⁷³ « Il ne nous appartient pas de rechercher les motivations du Congrès. Nous ne pouvons qu'examiner si ces pouvoirs lui sont bien conférés par la Constitution et le pouvoir d'établir des exceptions à la compétence d'appel de cette Cour lui est expressément donné. Quel est donc l'effet de la loi d'abrogation sur l'affaire devant nous ? Aucun doute n'est possible. Lorsqu'elle est incompétente, la Cour ne peut rien faire. La compétence fonde le pouvoir de dire le droit, et lorsqu'elle cesse d'exister, la seule chose que puisse faire la Cour est d'énoncer les faits et rejeter l'affaire [...] Il est ainsi patent que cette Cour ne peut prononcer de jugement en l'espèce, puisqu'elle n'est plus compétente », *Ex parte McCardle*, 74 U.S. 506, 514 (1869).

⁷⁴ Comme en témoignent les célèbres propos prêtés au Président Andrew Jackson après la décision *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832) : « John Marshall a pris sa décision. Alors qu'il l'exécute maintenant ». Sur la non-application des décisions de la Cour, voir I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Etude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., pp. 356-359.

⁷⁵ C. WARREN, *The Supreme Court in United States History, Volume 2 (1836-1918)*, op. cit., p. 479.

républicain reconnu qu'il ne saurait être porté atteinte aux cours ou à la Constitution, « que le coup provienne des traîtres du sud ou du Congrès »⁷⁶. Les élus républicains éprouvaient ainsi une gêne à l'égard de la mesure extrême qu'ils venaient d'adopter et rechignaient à apparaître comme le parti qui s'affranchissait du respect du droit. Ils neutralisèrent la Cour comme ils l'avaient fait dans l'affaire *McCardle* parce qu'ils estimaient cela nécessaire, mais s'abstinrent de rééditer la mesure. En effet, ce n'était pas la Cour en tant que telle qui gênait, par principe, les républicains, c'était plutôt cette Cour, qu'ils soupçonnaient de connivence coupable avec les sudistes. C'est pourquoi ils cherchèrent, dans un second temps, à s'en assurer le contrôle par des moyens moins extrêmes afin qu'elle puisse pleinement approuver leur programme.

II. LA SOUMISSION DE LA COUR AU CONGRÈS RÉPUBLICAIN

Outre la neutralisation de la compétence de la Cour dans l'affaire *McCardle*, les républicains adoptèrent une série de lois modifiant sa composition. La Cour représentait effectivement une menace pour le programme constitutionnel et législatif des républicains. À la manière d'un canon, elle risquait de mettre à bas celui-ci. Dans *McCardle*, les républicains agirent de manière préventive, en empêchant le canon de faire feu. À travers la modification du nombre de juges et l'ajout de nouveaux juges, il s'agissait cette fois-ci d'orienter le tir, afin qu'il appuie la politique des républicains (A). Cette Cour, « bien composée », valida ainsi le Quatorzième amendement, dont le processus de ratification n'avait pourtant pas été exempt d'irrégularités (B).

A. La modification de la composition de la Cour

Le nombre de juges siégeant à la Cour suprême n'est pas déterminé par la Constitution et relève ainsi de la compétence du législateur. Le premier Congrès fixa ce nombre à six dans le *Judiciary Act of 1789*. Il augmenta au cours du XIX^e siècle, à mesure que l'Union s'étendait et que de nouveaux circuits judiciaires furent créés. Entre 1863 et 1869, la taille de la Cour suprême fut modifiée à trois reprises, à chaque fois dans un sens qui servait les intérêts des républicains⁷⁷.

En 1863, le nombre de juges à la Cour fut porté de neuf à dix. L'addition d'un siège correspondait à la création d'un nouveau circuit mais c'était là également un moyen pour les républicains, en pleine guerre civile, d'augmenter leur influence à la Cour et de réduire celle du *Chief Justice* Taney⁷⁸. La nomination du juge Field, dont il était dit qu'« il n'y avait pas plus fervent défenseur de l'Union » corroborait cette lecture⁷⁹.

En 1866, en plein affrontement entre le Président Johnson et le Congrès républicain, ce dernier vota une loi prévoyant la réduction du nombre de juges à la Cour, de dix à sept membres. Plus précisément, il était prévu qu'aucun départ de

⁷⁶ *Ibid.*, p. 469.

⁷⁷ Pour la thèse selon laquelle ces modifications n'étaient pas motivées par des considérations partisans, voir W. LASSER, *The Limits of Judicial Power. The Supreme Court in American Politics*, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁸ Voir J. SAYLOR, « Court Packing Prior to FDR », *Baylor L. Rev.*, Vol. 20, n° 2, 1968, p. 160 ; J. Burns, *Packing the Court: The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*, Penguin Press, New York, 2009, pp. 66 et s.

⁷⁹ J. SAYLOR, « Court Packing Prior to FDR », *art. cit.*, p. 160.

juge ne serait compensé jusqu'à ce que le nombre de juges arrive à sept. Bien que certains motifs non partisans puissent justifier la mesure, elle signifiait concrètement que le Président Johnson ne pouvait procéder à aucune nomination. Les élus républicains privaient ainsi le Président d'un moyen d'action sur la Cour suprême. Celle-ci faisait les frais de la lutte menée par les républicains contre la Présidence. D'ailleurs, le ministre de la justice (*Attorney General*) Edward Bates pouvait déclarer que « la Cour suprême n'est qu'un appareil au service du parti ; elle doit être manipulée, façonnée et courbée en fonction des besoins du parti »⁸⁰.

Trois années plus tard, alors que le républicain Ulysse Grant avait remplacé Andrew Johnson à la Maison Blanche, le nombre de juges fut une nouvelle fois modifié. Il fut porté de sept à neuf et n'a d'ailleurs pas changé depuis. La réforme de 1869 peut se lire comme « un retour à la normale » ; Andrew Johnson étant parti, les républicains n'avaient plus à craindre que celui-ci ne nomme des juges favorables à ses idées. En conséquence, ils augmentèrent le nombre de juges, étant assurés que ceux-ci seraient choisis et approuvés par eux.

Il est difficile de ne pas voir dans ces trois modifications successives du nombre de juges siégeant à la Cour, qui épousent parfaitement les intérêts politiques des républicains, le signe d'une manipulation de la Cour suprême par le pouvoir dominant. Elles semblent représenter l'exemple même du « *court-packing* »⁸¹. Cette expression désigne le fait pour le Président ou, plus généralement, son parti politique, d'instrumentaliser le pouvoir de nomination des juges afin de s'assurer le contrôle de la Cour et ainsi la maîtrise de sa politique jurisprudentielle⁸². Cette « orientation » fut mise en lumière par deux décisions de la Cour, rendues à quelques mois d'intervalle, qui portaient sur la même question mais qui furent pourtant tranchées en sens contraire. La seule différence entre les deux affaires tenait à la composition de la Cour.

Durant la guerre civile, le gouvernement fédéral avait recouru à l'émission de papier-monnaie afin de financer l'effort de guerre. Le Congrès vota une loi (*Legal Tender Act of 1862*) établissant le cours forcé de ces billets, obligeant entre autres les crédateurs à accepter le paiement de leur créance par ce biais. Outre un large phénomène de spéculation, ces mesures générèrent des problèmes juridiques⁸³. La Cour suprême fut saisie d'une de ces affaires et dans l'arrêt *Hepburn v. Griswold*⁸⁴, elle déclara que l'obligation d'accepter le papier monnaie pour le remboursement de dettes antérieures au *Legal Tender Act* était inconstitutionnelle⁸⁵.

Hepburn v. Griswold fut rendue à la majorité de quatre voix contre trois, parce qu'il y avait deux sièges vacants à la Cour. Le Président Ulysse Grant proposa deux nouveaux juges – favorables au programme économique des républicains – dont la nomination fut rapidement confirmée par le Sénat, et la décision *Hepburn* fut

⁸⁰ « The Supreme Court is to be a mere party machine ; to be manipulated, built up and pulled down as party exigencies require », Edward Bates, cité in S. ENGEL, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, op. cit., p. 189.

⁸¹ Voir S. RATNER, « Was the Supreme Court Packed by President Grant? », *Political Science Quarterly*, Vol. 50, n° 3, 1935, pp. 343-358.

⁸² Voir J. BURNS, *Packing the Court: The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*, op. cit., p. 3.

⁸³ Voir E. FONER, *Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877*, op. cit., p. 22 et s.

⁸⁴ *Hepburn v. Griswold*, 75 U.S. 603 (1870).

⁸⁵ Un des paradoxes de cette décision était que le *Chief Justice* Chase, qui en fut l'auteur, avait lui-même défendu l'émission de papier monnaie en sa position de Secrétaire du Trésor en 1862.

renversée, quinze mois seulement après que la Cour l'eut rendue. En effet, dans la décision *Knox v. Lee*⁸⁶, par cinq juges contre quatre, dont les nouveaux juges Strong et Bradley, la Cour affirma que le *Legal Tender Act* était constitutionnel. L'ajout de deux juges fit donc basculer la majorité de la Cour et démontra qu'un changement de personnel suffisait à plier les interprétations constitutionnelles de la Cour.

Si les républicains furent satisfaits de voir leur mesure validée, l'image de la Cour fut néanmoins affectée⁸⁷. Comme l'écrivit l'hebdomadaire *The Nation*, « la confiance du peuple dans la Cour ne peut survivre aux additions, soustractions, multiplications et divisions [de juges] qui ont eu cours lors des cinq dernières années »⁸⁸.

La modification de la composition de la Cour, tout en étant une mesure plus subtile que la suppression abrupte de sa compétence, demeurait un moyen de contrainte controversé. Il était certes souhaité mais, une fois réalisé, il était critiqué. Ce paradoxe, qui se retrouve à différents moments de l'histoire des États-Unis, s'explique par les réticences du pouvoir politique à assumer ses actions coercitives envers la Cour. La majorité dominante, comme les républicains sous la Reconstruction, entend faire triompher la volonté « du peuple », y compris au détriment des résistances de la Cour lorsque celles-ci sont jugées illégitimes, mais elle ne souhaite pas porter un coup trop fort à l'indépendance du pouvoir judiciaire ou, plus précisément, elle ne souhaite pas *apparaître* comme le faisant.

À travers ce paradoxe, ce sont les tensions qui enserrant l'exercice de la justice constitutionnelle qui se révèlent. Dans le cadre de leur pouvoir de contrôler la loi, les juges sont censés faire prévaloir la norme constitutionnelle sur les lois votées par la majorité du moment. Ces mêmes juges ne peuvent néanmoins, de manière réaliste, s'opposer de manière trop durable à la volonté cristallisée de cette majorité, à peine d'être accusés de gouverner voire d'être soumis par les branches politiques. Les juges doivent donc être conscients des limites de leur pouvoir et ne pas être totalement insensibles au contexte politique. Mais ils ne peuvent pas non plus ployer sous celui-ci, à peine d'être accusés de manquer à leur devoir⁸⁹. Entre ces exigences contradictoires, la voie s'avère étroite. La Cour, et plus généralement le juge constitutionnel, doit ainsi être contre-majoritaire dans une certaine mesure afin de s'assurer que la majorité du moment ne méconnaisse pas la Constitution,

⁸⁶ *Knox v. Lee*, 79 U.S. 457 (1871).

⁸⁷ Charles Evan Hughes, qui fut membre de la Cour entre 1910 et 1916, puis *Chief Justice* de 1930 à 1941 déclarait ainsi : « The action of the Court, taken soon after their confirmation, in ordering a reargument of the constitutional question and then deciding that the legal tender act was constitutional, the two new judges joining with the three judges, who had dissented in the Hepburn case, to make a majority, caused widespread criticism. From the standpoint of the effect on public opinion, there can be no doubt that the reopening of the case was a serious mistake and the overruling in such a short time, and by one vote, of the previous decision shook popular respect for the Court [...] Stability in judicial opinions is of no little importance in maintaining respect for the Court's work », C.E. HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, Columbia University Press, New York, 1928, p. 52.

⁸⁸ *The Nation*, « The Reopening of the Legal Tender Case », 7 avril 1870, cité in S. ENGEL, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, op. cit., p. 213.

⁸⁹ Voir à titre d'exemple *supra* note 71.

mais il doit également savoir « jusqu’où ne pas aller trop loin »⁹⁰, afin d’être supporté, dans les deux sens du terme, par le corps social.

Les pressions exercées sur la Cour l’avaient empêchée d’invalider les législations majeures du programme républicain et, lorsqu’elle le fit, elle revint rapidement sur sa jurisprudence. Restait néanmoins à savoir quelle allait être l’attitude de la Cour à l’égard de la mesure phare de la Reconstruction : le Quatorzième amendement.

B. La validation du Quatorzième amendement

Avec le Treizième amendement interdisant l’esclavage et le Quinzième, interdisant les discriminations raciales concernant le droit de vote, le Quatorzième amendement incarnait l’œuvre de Reconstruction des républicains au plus haut point. Il revenait sur la jurisprudence *Dred Scott* en accordant à tous les individus nés aux États-Unis la citoyenneté, prévoyait l’égale protection des lois, ainsi que la garantie d’une procédure légale régulière.

Par la manière dont il fut ratifié, le Quatorzième amendement reflétait également la violence de l’époque et l’importance des enjeux, car c’est bien contraints et sous occupation militaire que les États du sud l’ont ratifié. La validité du Quatorzième amendement pouvait donc être sujette à débats, de la même manière que celle de la Constitution de 1787 puisque les constituants de Philadelphie se sont affranchis de leur mandat initial et n’ont pas respecté les Articles de la Confédération⁹¹. Dans les moments de création constitutionnelle – les « moments constitutionnels » pour reprendre la terminologie de Bruce Ackerman⁹² – les constituants s’affranchissent des formes constitutionnelles préexistantes et c’est l’acquiescement populaire qui, en dernière analyse, lave l’œuvre créatrice de ses irrégularités. Le rôle des cours est primordial dans ce processus d’acquiescement parce qu’elles viennent « consolider » l’entreprise réformatrice⁹³. En l’assimilant pleinement aux normes constitutionnelles préexistantes, les cours intègrent l’œuvre créatrice dans l’existant, la lie au passé et lui donnent pleine légitimité.

C’est précisément ce que fit la Cour suprême dans l’affaire des abattoirs (*Slaughter-House Cases*)⁹⁴. Rendu en 1873, il s’agit du premier arrêt dans lequel la Cour se prononçait sur les amendements de la Reconstruction, plus précisément sur le Quatorzième. Il ne s’agit pas ici de revenir sur le fond de la décision, ni sur l’interprétation neutralisante du Quatorzième amendement retenue par les juges.

⁹⁰ L. FAVOREU, « Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français », in J. LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, LGDJ, Paris, 1990, p. 84 ; M.- F. TOINET, *La Cour suprême : les grands arrêts*, Presses Universitaires de Nancy, Nancy, 1989, p. 32.

⁹¹ Sur ce point, voir, entre autres, B. ACKERMAN, N. KATYAL, « Our Unconventional Founding », *U. Chi. L. Rev.*, Vol. 62, 1995, pp. 475-574.

⁹² Voir B. ACKERMAN, « The Storrs Lectures : Discovering the Constitution », *Yale L. J.*, Vol. 93, 1984, p. 1013-1072 ; B. ACKERMAN, *We The People Volume 1 : Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1991, 384 p., traduit en français, *Au nom du Peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, Calmann-Lévy, Paris, 1998, ; *We The People Volume 2 : Transformations*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1998, 515 p. ; *We The People Volume 3 : The Civil Rights Revolution*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2014, 432 p.

⁹³ B. ACKERMAN, *We the People Volume 2 : Transformations*, *op. cit.*, p. 211.

⁹⁴ *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873). Voir E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, p. 101 et s.

Il s'agit plutôt d'envisager la manière dont la décision reconnaît et accepte la validité de l'amendement.

Dans les premières lignes de son opinion, le juge Miller prend en effet le soin de situer les amendements de la Reconstruction au sein du corpus constitutionnel et de les relier aux dispositions constitutionnelles préexistantes⁹⁵. En précisant que ces amendements ont été ajoutés par « la voix du peuple », le juge Miller clôt la controverse. Quelques années plus tôt, le Président Johnson avait effectivement dénié aux élus républicains la légitimité de s'exprimer au nom du peuple dont ils se réclamaient. La décision de la Cour suprême valide ainsi l'approche républicaine et reconnaît le Quatorzième amendement, pourtant imposé par la force aux États du sud, comme l'expression de la volonté du peuple. Le juge Miller mentionne certes que « [des hommes d'État] proposèrent au Congrès le Quatorzième amendement et décidèrent que les États qui s'étaient rebellés ne réintégreraient pleinement le gouvernement de l'Union qu'après avoir, par un vote formel de leurs assemblées législatives, ratifié l'amendement »⁹⁶, mais il ne discute pas plus avant la validité d'un tel procédé. Il agit comme si ce mode opératoire ne soulevait pas en lui-même des questions constitutionnelles⁹⁷.

*

**

Si la Reconstruction prend fin en 1877, l'arrêt *Slaughter-House* marque la fin de la période exceptionnelle au cours de laquelle se seront succédés *impeachment*, amendements, et mesures d'exception à l'encontre de la Cour. L'étude de cette période livre de précieux enseignements sur la formation du discours critiquant le gouvernement des juges et sur la traduction de ce discours en mesures coercitives à l'encontre de la Cour. Elle révèle en effet la manière dont une force politique, renforcée par des victoires électorales lors de scrutins décisifs, s'est attaquée à la Cour lorsque le contrôle de constitutionnalité des lois a représenté un obstacle à la mise en œuvre de ses réformes. C'est ici l'expression de la difficulté contre-majoritaire dans son sens littéral, dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité était tout simplement un obstacle à la volonté de la majorité ou, du moins, à celle d'un groupe qui prétendait s'exprimer en son nom. En d'autres termes, il s'agit de la tension entre l'exercice de la justice constitutionnelle et le principe majoritaire.

⁹⁵ « Douze amendements constitutionnels furent ajoutés à la Constitution fédérale, peu de temps qu'elle eut permis, en 1789, la première organisation du gouvernement. Tous ces amendements, à l'exception du dernier d'entre eux, furent adoptés si tôt, qu'on peut les considérer comme pratiquement contemporains du document original. Quant au Douzième amendement, adopté en 1803, il est encore si proche de cette période qu'il est devenu, comme les autres, historique et d'un autre âge. Mais, au cours des huit dernières années, trois autres amendements constitutionnels d'une importance considérable ont été ajoutés par la voix du peuple, à cet instrument aujourd'hui vénérable », *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, 67 (1873). Nous reprenons ici la traduction de l'arrêt figurant in E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, P.U.F., Paris, 1999, p. 240.

⁹⁶ *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, 70 (1873).

⁹⁷ Voir B. ACKERMAN, *We the People Volume 2: Transformations*, op. cit., p. 246.

La période révèle également le ressort rhétorique de l'offensive des républicains contre la Cour. C'est en effet en réaction à des décisions qualifiées de « politiques » que les républicains se sont mobilisés et ont crié à l'usurpation, à l'instar du représentant Robert Schenck : « J'ai perdu confiance en la Cour suprême. Je pense que les juges usurpent leur pouvoir dès lors qu'ils décident des questions politiques »⁹⁸. Dans le même sens, le représentant Wilson affirmait : « La Cour a décidé d'empiéter sur les pouvoirs politiques du Congrès et de déclarer inconstitutionnelles les lois relatives à l'administration des États rebelles [...] Il était de notre devoir d'intervenir »⁹⁹. C'est ici le deuxième aspect de la difficulté contre-majoritaire qui est mis en exergue, celui relatif à l'intrusion jugée illégitime des juges dans un domaine leur échappant. C'est en effet parce qu'ils ne sont pas élus ni responsables politiquement, à la différence des branches politiques, que les juges ne sauraient prendre de décisions « politiques » et empiéter sur les prérogatives des autres branches¹⁰⁰. Une des difficultés évidentes, illustrée par la Reconstruction, est qu'il n'y a pas de ligne de démarcation fixe entre les questions « politiques » et les questions « juridiques »¹⁰¹. Les élus républicains avaient ainsi une conception très large du *politique*, ce qui était un moyen pour eux de marginaliser la Cour et de délégitimer son contrôle de constitutionnalité. À l'inverse, le lent mouvement de juridicisation et de juridictionnalisation croissantes, observable tout au long du XX^e siècle aux États-Unis, ainsi qu'à l'échelle globale¹⁰², a conduit à ce que la portée du contrôle de constitutionnalité soit étendue à l'ensemble des sphères de la vie sociale.

L'argument contre-majoritaire était présent sous la Reconstruction, mais il était nécessairement limité en raison de la prééminence du Congrès. La Cour était dans une certaine mesure plus « active » qu'auparavant, puisque qu'elle invalida sept lois fédérales entre 1864 et 1870, alors qu'elle n'en avait invalidé que deux entre 1803 et 1857, mais elle s'était gardée d'invalider les mesures phares du programme républicain. En d'autres termes, la critique dénonçant le gouvernement des juges ne pouvait se déployer pleinement dans la mesure où la Cour ne pouvait « gouverner ». Les républicains veillaient en effet à assurer, dans leurs discours et leurs actes, la « nécessaire suprématie du pouvoir législatif »¹⁰³. La difficulté

⁹⁸ Voir *supra* note 66.

⁹⁹ Propos du sénateur James Wilson en date du 21 mars 1868, cité in W. LASSER, *The Limits of Judicial Power*, *op. cit.*, p. 107.

¹⁰⁰ Voir *supra* note 6.

¹⁰¹ Voir, à titre d'illustration, les évolutions du contenu de la doctrine des « questions politiques », qui renvoie aux actes que le juge reconnaît lui-même comme échappant à sa compétence. Voir R. BARKOW, « More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy », *Colum. L. Rev.*, Vol. 102, n° 2, 2002, pp. 237-336.

Pour une étude en langue française sur la question des doctrines politiques, voir C. SAUNIER, *La doctrine des « questions politiques » : étude comparée Angleterre, États-Unis, France*, LGDJ, 2023.

¹⁰² Voir R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2007, 296 p ; voir, concernant le cas français, A. MANOUGUIAN, *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français*, Dalloz, 2022, 584 p.

¹⁰³ « Aux termes de la Constitution, l'Exécutif est l'une des trois branches du pouvoir, mais il n'est pas l'égal du Congrès. Et la Cour suprême ne l'est pas non plus. Le Congrès constitue le pouvoir supérieur. L'exécutif et le pouvoir judiciaire ne sont que des « freins et contrepoids ». En permettant au Congrès de destituer le Président par la voie de l'impeachment, et de réorganiser la Cour suprême en augmentant le nombre de juges, la Constitution établit la nécessaire suprématie du pouvoir législatif », « Usurpation », *Harpers Weekly*, 9 février 1867, p. 82, cité in W. LASSER, *The Limits of Judicial Power. The Supreme Court in American Politics*, *op. cit.*, p.108.

contre-majoritaire posée par le contrôle de constitutionnalité était donc davantage anticipée que subie.

La contestation du contrôle de constitutionnalité des lois sous la Reconstruction, qui peut donc s'envisager comme la critique du *gouvernement des juges* avant le *gouvernement des juges*¹⁰⁴, se distingue également des temps présents par le fait qu'elle fut portée au plus haut point par des membres du Congrès¹⁰⁵. Si, par la suite, d'autres politiciens ont remis en cause à différents moments la portée ou l'extension des pouvoirs de la Cour - que l'on pense à Théodore Roosevelt et Robert La Follette au début du XX^e siècle, à Franklin Roosevelt lors de la crise du *New Deal*, à Richard Nixon ou encore à Edwin Meese, *Attorney General* sous la Présidence Reagan -, la critique a été, à partir de la fin des années 1930, essentiellement le fait de la doctrine, les élus s'interdisant d'apparaître comme remettant en cause les pouvoirs de la Cour tout en dénonçant, ponctuellement, le *sens* dans lequel ils étaient exercés dans certaines affaires¹⁰⁶.

Enfin, la Reconstruction illustre de manière concrète l'éventail des mesures que la Constitution autorise à l'égard de la Cour, des plus légitimes aux plus problématiques, qu'il s'agisse du contournement de ses décisions par la voie de l'amendement constitutionnel, de la modification du champ de sa compétence, de l'imposition d'une majorité qualifiée pour toute déclaration d'inconstitutionnalité ou de la modification opportuniste du nombre de juges¹⁰⁷. Le paradoxe est que si la plupart de ces mesures de contrainte sont tombées en désuétude, celle qui demeure employée - l'usage du pouvoir de nomination pour contrôler la Cour - renforce en réalité le pouvoir de la Cour en tant qu'institution. Une telle mesure de contrainte démontre en effet que le meilleur moyen de contrer la Cour consiste à la *réorienter*, ce qui est un formidable aveu de la puissance acquise par la Cour. En outre, elle brouille davantage les frontières entre droit et politique, puisqu'elle donne à voir

¹⁰⁴ Et ce à deux égards. Elle opère en effet, d'un point de vue matériel, dans un contexte marqué par la domination du Congrès, avant la maturation de la suprématie judiciaire, ce qui contraste avec l'image actuelle d'un Congrès largement handicapé par la polarisation et les divisions partisans. Elle se déploie en outre, d'un point de vu temporel, avant l'ère Lochner (1897-1937) que l'on connaît en France sous l'expression de période dite du « gouvernement des juges », cf. É. 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*, op. cit. ; R. PINTO, « La fin du gouvernement des juges », *R.D.P.*, 1950, pp. 833-1957.

¹⁰⁵ Voir *supra* note 1.

¹⁰⁶ Voir à titre d'exemple, la nature des critiques et le ton employé par le Président Biden à l'égard de la décision *Dobbs*, qu'il qualifie « d'erreur tragique » (*Remarks by President Biden on the Supreme Court Decision to Overturn Roe v. Wade*, 24 juin 2022, accessible en ligne), et de la décision *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), qualifiée de « déception sévère » (*Remarks by President Biden on the Supreme Court's Decision on Affirmative Action*, 29 juin 2023, accessible en ligne), à comparer avec les critiques d'Abraham Lincoln au sujet de *Dred Scott* « Si la politique du gouvernement, sur des questions fondamentales affectant le peuple tout entier, doit être irrévocablement établie par les décisions de la Cour suprême [...], le peuple aura alors cessé d'être son propre souverain, ayant abandonné ses prérogatives au profit de l'éminent tribunal », Abraham Lincoln, First Inaugural Address (14 Mars 1861), in R. Basler (ed.), *Abraham Lincoln : His Speeches and Writings*, op. cit., p. 585 ou celles de Franklin Roosevelt à l'égard de la jurisprudence remettant en cause le *New Deal* « Nous ne pouvons céder notre destinée constitutionnelle à l'opinion personnelle de quelques hommes qui, parce qu'ils ont peur de l'avenir, nous privent des moyens de régler les affaires présentes », *Fireside Chat*, 9 mars 1937, disponible sur le site de l'American Presidency Project.

¹⁰⁷ Dans le cadre du débat sur la réforme de la Cour suprême (voir *supra*), si de telles mesures étaient adoptées par voie législative, elles seraient *in fine* soumises au contrôle de la Cour elle-même qui pourrait les déclarer inconstitutionnelles.

au plus haut point que le sens de la Constitution change – parfois rapidement – avec les juges qui l’interprètent.

Idris Fassassi

Professeur de droit public à l’Université Paris-Panthéon-Assas.

Autour du livre de Christoph Schönberger

Olivier Beaud, Éric Buge

Présentation de la Table Ronde autour du livre de Christoph Schönberger

Les textes ici présentés aux lecteurs de la revue *Jus Politicum* sont issus d'une Table Ronde qui eut lieu le vendredi 12 mai 2023 dans la magnifique salle Monory du Sénat et qui fut organisée conjointement par l'Institut Michel Villey (Université Panthéon-Assas) et par le GEVIPAR (Groupe d'études sur la vie et les institutions parlementaires)(Sciences Po – Assemblée nationale – Sénat) représentés respectivement par Olivier Beaud (Professeur à l'Université Panthéon-Assas) et par Éric Buge (secrétaire général du GEVIPAR, membre associé de l'Institut Villey)¹.

Cette Table Ronde avait pour objet la discussion du livre écrit par le professeur Christoph Schönberger, *Auf der Bank. Die Inszenierung der Regierung im Staatstheater des Parlaments (Sur le banc. La mise en scène du gouvernement dans l'espace parlementaire)* paru aux éditions Beck en 2022. Le livre fut d'abord présenté en français par l'auteur du livre, professeur de droit public à l'Université de Cologne, et ensuite discuté successivement par le professeur Jacky Hummel, professeur de droit public à l'Université de Rennes et par le professeur Thomas Hochmann, professeur de droit public à l'Université de Paris Nanterre, et il fit enfin l'objet d'un débat avec le public.

L'association entre l'Institut Michel Villey et le GEVIPAR était tout indiquée pour un livre qui a la particularité d'aborder une question très peu étudiée, qu'on peut appeler « l'architecture interne » des assemblées parlementaires, afin d'en dégager la signification constitutionnelle. Ce point de vue a certes été adopté en France par la thèse de science politique de Jean-Philippe Heurtin (*L'espace public parlementaire*, Paris, PUF, 1999) que le Professeur Schönberger ne manque pas de citer. Toutefois, c'est surtout en juriste (constitutionnaliste et comparatiste) que ce dernier analyse la place du « banc du gouvernement » (banc sur lequel s'assoient les ministres dans les assemblées parlementaires), non seulement en Allemagne (hier comme aujourd'hui), mais aussi dans les grandes démocraties constitutionnelles. Un chapitre particulièrement informé est consacré à la France, mais le lecteur aura autant de profit à lire les autres chapitres consacrés à d'autres pays, et bien évidemment en premier à l'Angleterre.

On reste étonné de découvrir la richesse des développements que l'auteur a pu tirer de ce qui pourrait sembler une « tête d'épingle » et que les deux discutants de cet ouvrage ont su remarquablement mettre en évidence. Pour ceux qui

¹ Les organisateurs de cette manifestation tiennent à témoigner leur vive reconnaissance envers le Sénat qui a accueilli cette manifestation et plus particulièrement envers M. Mathieu Mugnier, administrateur au Sénat et également secrétaire général du GEVIPAR, qui fut leur interlocuteur et qui a eu la grande gentillesse d'organiser une visite de cette institution au profit du Pr Schönberger et de plusieurs doctorants ayant assisté à la Table Ronde.

s'intéressent au droit constitutionnel dans sa conception théorique, l'un des apports de ce livre magistral est de montrer l'importance de la dimension symbolique de ce droit et de sa spatialisation, phénomène qui va au-delà de ce que peut percevoir le droit constitutionnel positif, quand il est centré sur l'unique analyse des normes constitutionnelles. La discussion a montré tout l'intérêt qu'il y avait, dans cette perspective, à faire dialoguer autour de ce thème universitaires et praticiens de la vie parlementaire.

Un tel tour de force salué par les professeurs Hummel et Hochmann ne surprendra pas ceux qui connaissent les écrits antérieurs de Christoph Schönberger, parmi lesquels il faut signaler son *opus magnum* sur la citoyenneté européenne (*Unionsbürger*²). Le plus francophone et francophile des professeurs de droit public allemands vient d'ailleurs de publier, avec son épouse (Sophie Schönberger), un ouvrage sur des rebelles à la constitution allemande, les *Reichsbürger*, dont il a fait une courte présentation dans le dernier numéro de la revue *Pouvoirs*³.

Dans le texte publié ci-dessous, il fournit une explication de son livre ici discuté qui montre bien comment la science du droit constitutionnel, lorsqu'elle est parfaitement maîtrisée, peut éclairer de façon suggestive la vie politique et parlementaire. La traduction d'un tel ouvrage serait hautement souhaitable.

² Il s'agit de sa thèse d'habilitation, dont on peut trouver un résumé dans l'article suivant : « La citoyenneté européenne en tant que citoyenneté fédérale. Quelques leçons sur la citoyenneté à tirer du fédéralisme comparatif », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 1, 2010.

³ « Nier la constitution. Le cas des *Reichsbürger* », *Pouvoirs*, n° 187, novembre 2023, *La constitution*, p. 101-112.

Sur le banc. La mise en scène du gouvernement dans l'espace parlementaire*

INTRODUCTION

La démocratie a besoin de lieux. Les citoyens ou leurs représentants doivent se réunir pour délibérer et décider des choses communes. Les salles plénières parlementaires sont les lieux principaux de la démocratie. Certes, ces salles constituent tout d'abord une tâche pratique pour l'administration des bâtiments et les architectes qui doivent s'occuper des problèmes d'aération, de chauffage, de l'éclairage et de l'acoustique.

Mais les salles plénières dépassent ces problèmes pratiques. Leur topographie a toujours aussi une dimension symbolique. Les arrangements spatiaux interprètent le système constitutionnel sans mots, et cette interprétation influence la perception de l'agencement constitutionnel par les acteurs politiques et le public général. Ces arrangements font partie d'une « constitution des choses » qui complète la constitution écrite. On pourrait invoquer, comme support théorique de ce type d'analyse, la théorie de l'acteur-réseau telle qu'elle fut développée en France par des auteurs comme Bruno Latour et qui souligne à quel point l'action des acteurs humains est façonnée par les objets qui les environnent comme actants non humains. C'est cette perspective qui fut exprimée par Winston Churchill, à sa manière, dans un puissant discours à la Chambre des Communes de 1943¹ : « *We shape our buildings and afterwards our buildings shape us* » (« nous façonnons nos édifices puis nos édifices nous façonnent »).

I. LA DISPOSITION DES PLACES COMME ARRANGEMENT SYMBOLIQUE

Cette dimension symbolique des salles plénières ne se montre pas seulement dans la pompe et l'apparat qui caractérisent un grand nombre de ces salles. Elle est surtout présente dans la disposition des places des acteurs politiques. Leur co-présence physique rend nécessaire leur co-positionnement dans l'espace parlementaire. Si l'on dispose les sièges dans des rangées de chaises comme au concert ou dans une salle avec des gradins, si le sol de la salle est plat ou ascendant, si certains sièges sont surélevés par rapport à d'autres, de tels éléments spatiaux

* Texte de la conférence de l'auteur donnée à la salle Monory du Palais du Luxembourg le 12 mai 2023.

¹ Il s'agit du discours du Premier ministre à la Chambre des Communes le 28 octobre 1943 (*House of Commons Debates*, vol. 393, p. 403) qui plaidait pour une reconstruction essentiellement inchangée de l'ancienne salle des Communes détruite par un bombardement allemand en mai 1941.

influencent l'interaction politique et expriment des idées générales sur l'assemblée en question et le rang respectif des personnes présentes.

À cet accent mis sur l'espace des salles de séance, on objectera peut-être que ces salles ne sont qu'un lieu de théâtre, la surface publique d'autres pratiques gouvernementales plus déterminantes derrière les coulisses. Or, de tels arguments méconnaissent que toute interaction humaine comporte un élément théâtral inévitable, et que cette dimension théâtrale est particulièrement forte dans toute action politique. La scène du théâtre politique est un élément intégral de l'ordre constitutionnel.

Quant à la disposition des sièges, l'approche classique passe par l'opposition entre la forme rectangulaire de la Chambre des Communes, héritée des assemblées d'Ancien Régime, et l'hémicycle inventé par la Révolution française en reprenant l'architecture du théâtre anatomique des facultés de médecine. Sans négliger cette opposition classique, je voudrais insister ici, comme je le fais dans mon livre, sur un élément central des salles plénières qui est souvent négligé : la place du gouvernement et des gouvernants dans les salles de séance. Il me semble qu'en étudiant ces salles à partir de l'emplacement des représentants du gouvernement, on gagne un angle de vue particulièrement instructif.

Dans toutes les démocraties parlementaires, le gouvernement est le facteur de puissance politique le plus important à côté du parlement. L'interaction dans les salles plénières s'y caractérise principalement par les échanges entre les parlementaires et les représentants du gouvernement. C'est notamment le cas dans un système de gouvernement parlementaire où le gouvernement repose sur la confiance de la majorité parlementaire tel qu'il prévaut, avec des différences nationales, dans les pays européens. La manière dont les salles sont agencées physiquement façonne non seulement cette interaction, mais également la perception de celle-ci par le public.

Dans une typologie comparatiste simplifiée, les deux extrémités du spectre sont marquées par les salles de type autoritaire et celles de type discursif :

Les *salles autoritaires* se trouvent classiquement dans les pays communistes. Les représentants de l'exécutif y sont placés dans des travées surélevées derrière le bureau de l'assemblée en face du plénum placé dans des rangées d'une salle de classe traditionnelle. La salle est orientée vers les organes de puissance.

Les *salles discursives* sont caractérisées par un face-à-face à pied d'égalité entre les députés et les membres du gouvernement. Ce type d'interaction directe s'illustre de manière distincte, que ce soit à travers les bancs opposés de Westminster, la disposition du banc du gouvernement au centre de l'arène en Italie (où les députés s'expriment exclusivement depuis leur siège) ou encore à travers les bancs des deux premiers rangs des travées centrales du plénum où siègent les ministres français en face de la tribune.

Les salles allemandes et autrichiennes sont situées entre ces deux extrêmes avec, en Autriche, deux bancs qui entourent la tribune en face du plénum et en Allemagne, quatre rangées à la droite du président de l'assemblée derrière la tribune.

II. LE CONTRASTE FRANCO-ALLEMAND

Laissez-moi insister ici un peu plus sur le contraste franco-allemand en la matière qui me semble particulièrement instructif. Dans les deux pays, les

arrangements spatiaux en question sont nés au XIX^e siècle, en France sous la Restauration et la monarchie de Juillet, en Allemagne, État national tardif, après la fondation de l'Empire allemand en 1871. En France, il y a une grande continuité du lieu et de l'arrangement spatial depuis 1832. En Allemagne, dû aux vicissitudes du XX^e siècle – incendie du Reichstag au début du régime nazi en février 1933, établissement du gouvernement de la RFA à Bonn en 1949, déménagement du Bundestag à Berlin après la réunification –, il n'y a pas de continuité matérielle. Il est d'autant plus remarquable que l'essentiel de l'arrangement spatial créé en 1871 a été préservé dans la salle de séances du Bundestag telle qu'elle a été réaménagée derrière les murs épais du bâtiment du Reichstag wilhelminien lors de son « retour » à Berlin en 1999.

III. L'ARRANGEMENT SPATIAL EN FRANCE

En France, l'aménagement actuel du banc des ministres est le résultat d'un processus sinueux dans les décennies après la Révolution française que j'étudie de près dans mon livre. En simplifiant, on peut dire que les salles des assemblées révolutionnaires écartent les ministres du Roi de leurs salles de séance pour les recevoir seulement à la barre de l'assemblée comme des étrangers qui devaient leur rendre compte. Cela ne change que sous Napoléon, quand les orateurs du Conseil d'État qui présentent les projets législatifs aux députés à la tribune sont introduits solennellement par les huissiers et prennent place dans la première travée de l'hémicycle. À l'époque, cet arrangement ne dénote aucune responsabilité devant l'assemblée mais, au contraire, rabaisse symboliquement les députés en leur imposant au premier rang des fonctionnaires irresponsables. Cela change sous la Restauration quand l'arrangement bonapartiste est repris avec une autre signification. On garde d'abord l'habitude que les commissaires du Roi se placent au premier rang ; progressivement, les ministres du Roi, responsables devant l'assemblée, prennent l'habitude d'y prendre place. Sous la monarchie de Juillet, cet arrangement s'incruste, pour s'établir définitivement avec la Troisième République. Avec toutefois une interruption significative sous Napoléon III. À l'époque, on enleva la tribune pour y placer les commissaires du gouvernement. L'historien Ernest Lavisse, sous la Troisième République, décrit ainsi le contraste entre l'intervalle bonapartiste et l'arrangement spatial rétabli avec le banc du gouvernement dans les premiers rangs des travées centrales :

Dans la salle de notre Corps législatif, au début du Second Empire, un large banc était placé au-dessous du fauteuil présidentiel : là s'asseyaient les commissaires du gouvernement. Le pouvoir exécutif regardait en face et de haut le pouvoir législatif : c'était le style de 1852. Aujourd'hui, dans cette même salle, les ministres descendus dans l'arène occupent les premiers bancs d'une travée. Des députés siègent à côté d'eux et au-dessus d'eux ; la tribune les domine : quand un orateur dressé sur le piédestal s'adresse aux représentants du pouvoir exécutif, son geste de haut en bas est d'un supérieur. Le pouvoir législatif a pris sa revanche : c'est ainsi qu'en France les deux rivaux tour à tour donnent leurs ordres à l'architecte².

Certes, sous la V^e République, on n'affirmera plus comme Lavisse dans les débuts de la Troisième que le pouvoir législatif y aurait pris sa revanche. Néanmoins, la France a gardé un gouvernement parlementaire responsable devant

² E. LAVISSE, « Une visite au parlement de l'Allemagne », in *id.*, *Essais sur l'Allemagne impériale*, Paris, Hachette, 1888, p. 101.

l'Assemblée nationale et les députés continuent à parler aux ministres du haut de la tribune ou du haut des gradins lors des questions au gouvernement.

IV. L'ARRANGEMENT SPATIAL EN ALLEMAGNE

Contrastons cela avec le banc du gouvernement au Bundestag. Cet arrangement, lui aussi, fut inventé au XIX^e siècle, en été 1871, pour le Reichstag de l'Empire nouveau-né. En face de l'hémicycle, presque au niveau du fauteuil présidentiel et derrière la tribune, l'architecte avait construit un balcon surélevé des deux côtés avec une cinquantaine de places. Techniquement, il s'agissait non pas des sièges du gouvernement qui n'existait pas officiellement, mais du Conseil Fédéral, la représentation des gouvernements des Länder allemands dont, bien sûr, la Prusse. Je n'entrerai pas ici dans la structure constitutionnelle particulièrement compliquée de l'Empire allemand. Qu'il suffise de dire qu'on cachait ainsi l'exécutif impérial derrière une façade fédéraliste, et que Bismarck voulait ainsi empêcher toute tendance vers une parlementarisation du régime. Il s'agissait du reflet spatial d'un exécutif caché et irresponsable. Je donne encore une fois la parole à Ernest Lavisse qui visita le Reichstag dans la période bismarckienne :

Mandataires des princes et mandataires du peuple se regardent, et les premiers ont de meilleurs et plus hauts sièges, comme il convient à leur dignité. Au-dessous de ce balcon seigneurial, la tribune fait triste mine... L'orateur qui s'y aventure a derrière lui le conseil fédéral et le chancelier. Il faut de l'héroïsme pour critiquer la politique de M. de Bismarck en lui tendant l'échine... L'architecture de la salle de Reichstag est une première leçon de droit constitutionnel³.

Cet arrangement spatial resta intact aussi sous la courte période de la République de Weimar. Celle-ci continuait à utiliser la salle plénière du Reichstag héritée de l'Empire allemand bien qu'il existât, depuis 1919, un gouvernement parlementaire responsable. Si l'arrangement spatial resta inchangé, il y avait pourtant une modification au niveau de l'utilisation de l'espace gouvernemental des deux côtés de la présidence. Comme on avait maintenant établi un vrai gouvernement national séparé de son lien constitutionnel antérieur avec la structure fédérale, le côté droit et le côté gauche de l'ancien banc du Conseil Fédéral se séparèrent : le gouvernement national utilisait maintenant les places sur la droite du président – Bismarck déjà avait siégé sur la droite du président, au fauteuil du premier rang le plus proche de la présidence, qui est resté la place du chancelier à ce jour – et le côté gauche était réservé aux représentants des gouvernements des Länder allemands. Cette disposition des places prévaut encore aujourd'hui, cent ans après la fin de la monarchie en Allemagne, au Bundestag réaménagé dans les années 1990.

Le rapport spatial entre les parlementaires et les membres du gouvernement au Bundestag peut toujours être décrit dans les termes utilisés jadis par Ernest Lavisse pour le Reichstag bismarckien : l'orateur qui parle à la tribune a toujours derrière lui le chancelier. Certes, il n'est plus nécessaire de faire preuve d'héroïsme pour critiquer le chancelier à la tribune, mais l'interaction critique avec le gouvernement reste toujours encombrée et difficile dans cet arrangement spatial.

Cet arrangement fut souvent contesté pendant les premières décennies de la RFA par l'opposition parlementaire, les journalistes ou la jeune science politique.

³ *Ibid.*, p. 102 sq.

On objecta qu'il s'agissait d'un arrangement pour une séparation stricte des pouvoirs ente l'exécutif et le Parlement tel qu'elle avait prévalu en Allemagne avant 1918, sous la monarchie constitutionnelle. On fit remarquer que cette disposition spatiale était en tension avec le gouvernement parlementaire établi par la Loi fondamentale et le rapport de confiance étroit entre le gouvernement et la majorité parlementaire. On souligna que la Loi Fondamentale permettait la compatibilité entre le mandat parlementaire et la fonction de membre du gouvernement et que le Chancelier et les ministres étaient même typiquement membres du Bundestag, ce qui est toujours le cas. On rêva, autour de 1960, de suivre l'exemple britannique, sans pourtant jamais passer à l'acte. On s'attaqua au moins, en 1969, au problème posé par la surélévation traditionnelle du banc des ministres par rapport aux sièges des députés et rabaisa celui-ci pour éviter toute impression de supériorité hiérarchique. Enfin, dans les années 1980, sans deviner la réunification imminente du pays, on fit construire à Bonn une nouvelle salle des séances en forme de cercle, vision de l'unité et du consensus égalitaires et post-hiérarchiques. Quand le Bundestag y emménagea en 1992, cette salle était déjà dépassée par la réunification qui entraîna le retour du Parlement à Berlin et l'abandon du cercle au profit d'une version elliptique de la configuration spatiale traditionnelle, avec l'opposition marquée entre les députés et les représentants du gouvernement. Décidément, l'Allemagne a beaucoup expérimenté depuis 1949 pour enfin revenir aux traits principaux établis depuis 1871, tandis qu'en France, Guizot ou Tocqueville pourraient facilement retrouver leur siège dans la salle des séances du Palais Bourbon.

CONCLUSION

Vous m'objecterez peut-être que nos salles plénières sont le produit d'une pure inertie, qu'elles restent figées dans leurs formes du XIX^e siècle malgré les changements des régimes constitutionnels. Il y a du vrai dans cette observation, bien sûr, et certains observateurs contemporains pensent qu'il faudrait réinventer complètement les salles plénières pour les adapter aux besoins du XXI^e siècle⁴. Néanmoins, il me semble que le fait que les pays restent largement fidèles aux enceintes parlementaires inventées au XIX^e siècle exprime aussi le fait que leur disposition des sièges respective correspond toujours à certains traits caractéristiques des systèmes constitutionnels contemporains.

C'est particulièrement le cas de nos deux pays. En Allemagne, l'arrangement spatial du Bundestag est toujours révélateur de certaines tendances lourdes du constitutionnalisme allemand qui persistent malgré la parlementarisation du régime : le rôle politique central du gouvernement, l'image toujours répandue d'un exécutif neutre et consensuel au-dessus des disputes partisans, le manque d'une culture politique qui soumettrait le chancelier et ses ministres à un questionnement hebdomadaire au Bundestag. En France, en revanche, la persistance du banc des ministres au milieu de l'hémicycle montre que la V^e République reste, malgré tout, un gouvernement parlementaire avec un gouvernement responsable qui ne peut se maintenir contre la méfiance de l'Assemblée nationale. L'évolution du système

⁴ Voir l'ouvrage instructif sur les différents types de salles des séances dans les Parlements du monde par des architectes néerlandais : D. MULDER VAN DER VEGT, M. COHEN DE LARA, *Parliament*, Amsterdam, XML 2016, p. 8 sq. Cet ouvrage insiste sur la nécessité de repenser l'espace parlementaire devant les défis du présent.

politique français depuis la réélection d'Emmanuel Macron comme président de la République en avril 2022 ne semble pas démentir mon propos.

En tout cas, profitons de la « lecture » approfondie de nos salles plénières pour mieux comprendre nos systèmes constitutionnels, nos cultures politiques et, pourquoi pas, nous-mêmes.

Christoph Schönberger

Christoph Schönberger est professeur de droit constitutionnel, de philosophie du droit et de droit politique à l'Université de Cologne. Le texte présente son livre : *Auf der Bank. Die Inszenierung der Regierung im Staatstheater des Parlaments*, Munich, C. H. Beck, 2022.

**Le Bundestag, théâtre parlementaire habité par
des fantômes de l'histoire constitutionnelle.**
Sur l'ouvrage de Christoph Schönberger, *Auf der Bank.*
*Die Inszenierung der Regierung im Staatstheater des
Parlaments, Munich, C. H. Beck, 2022.*

Sous le plafond vitré soutenu par les colonnes de marbre du Palais Bourbon, Theodor Herzl, alors correspondant à Paris du quotidien autrichien la *Neue Freie Presse*, assiste, en 1893, à la chute d'un gouvernement de la III^e République. À la vue de ce spectacle, il contemple, au sein de la vaste enceinte de la Chambre des députés, « les grandes choses comme les petites » dont l'entremêlement explique en profondeur, selon lui, la manière dont fonctionne l'Assemblée nationale :

les grandes [choses] incluent les abstractions de la politique, les principes et leur falsification, les institutions et leurs déformations, ainsi que tous les mouvements de l'âme collective du parlement¹.

Il est également plaisant d'observer les « petites [choses] », à savoir « les convictions et la manière dont elles s'altèrent, les masques des hommes politiques, les intrigues cocasses, les trahisons et les fidélités hélas si rares² ». Si Theodor Herzl décrit cette scène de la vie parlementaire du haut de la tribune de presse de la Chambre des députés au sein du Palais Bourbon, ce dernier bâtiment n'a pas toujours accueilli l'Assemblée nationale qui a siégé, après l'armistice franco-allemand et durant la Commune de Paris, dans la salle de l'Opéra royal du château de Versailles après avoir quitté Bordeaux. En effet, élue le 8 février 1871 par la volonté de Bismarck, l'Assemblée nationale, alors « chambre introuvable » composée de notables et étrangère à la dynamique républicaine du corps électoral s'était réunie au Grand Théâtre de Bordeaux (on se souvient de la phrase de Joseph Barthélemy selon laquelle la III^e République « née dans un théâtre [...], est morte dans un casino³ »). Les députés y étaient assis à la place des spectateurs, sur des bancs à dossier, sans pupitre, la tribune occupant l'emplacement de la scène et les bureaux étant installés dans les loges des acteurs. Le choix d'un lieu aussi singulier n'était d'ailleurs pas inédit : on sait que, pour l'ouverture des États-

¹. T. HERZL, *Le Palais-Bourbon. Tableaux de la vie parlementaire française*, Paris, Éditions de l'Aube, 1995, p. 155.

². *Ibid.*

³. J. BARTHÉLEMY, *Cours de droit constitutionnel comparé 1943-1944*, Paris, Les Cours de droit, 1944, p. 5.

généraux, la salle rectangulaire des Menus-Plaisirs, ancien entrepôt des décors de l'Opéra de Versailles réaménagé en amphithéâtre, avait constitué, à l'instar de celle du Manège à partir du mois de novembre 1789, l'enceinte parlementaire nationale. De l'autre côté du Rhin (qu'il nous faut franchir pour en venir à l'ouvrage ici présenté), on sait que l'Église Saint-Paul de Francfort a accueilli les séances de l'Assemblée nationale élue au printemps 1848 et que le Théâtre national de Weimar a abrité celles de l'Assemblée nationale constituante de 1919.

Ce sont de telles images ou moments historiques qui viennent à l'esprit à la lecture de l'ouvrage du Professeur Christoph Schönberger qui invite nos regards à se détourner du débat parlementaire pour se porter sur les formes architecturales qui l'abritent. Qualifiées parfois de théâtres d'ombres au regard de la marginalisation institutionnelle qui les affecte désormais, les enceintes parlementaires n'en demeurent pas moins, encore aujourd'hui, l'espace d'élection de la délibération publique (que celle-ci s'exerce, à Paris, dans une « maison sans fenêtres » ou, à Berlin, sous une coupole de verre symbole de la transparence démocratique). Depuis le commencement de la modernité politique, ces enceintes donnent à voir « l'écart du symbolique et du réel » qui a accompagné l'institutionnalisation du pouvoir comme lieu désormais « vide⁴ ». En effet, elles présentent souvent, en leur centre ou en leur axe central, un espace vacant (ainsi, au sein du Palais de Westminster, le cœur de l'hémicycle et le couloir qui traverse la *House of Commons* demeurent inoccupés et viennent, en quelque sorte, signifier ce rapport désincarné du pouvoir). Concernant le Parlement allemand, l'idée d'un lieu vacant peut aussi évoquer le souvenir du fronton du Reichstag demeuré vide de toute inscription de son inauguration en 1894 jusqu'au mois de décembre 1916 où y seront coulées, dans le bronze des canons des Guerres de Libération de 1813, les lettres « *Dem Deutschen Volke* (Au peuple allemand) ». Ce fronton resté vierge de toute inscription semblait alors exprimer, en creux, toutes les ambiguïtés et déficiences du parlementarisme wilhelminien.

En se proposant de montrer que l'ordonnement spatial et le mobilier de la salle plénière de l'actuel Bundestag font partie d'une « constitution des choses (*Verfassung der Dinge*)⁵ » qui complète la Constitution écrite et contribue à en faciliter la compréhension, le Professeur Schönberger emprunte, en juriste, historien et penseur du droit politique, la voie d'une appréhension culturelle des lieux de pouvoir pour montrer ce que l'architecture des parlements, restés au centre de la scène du théâtre politique, peut nous dire des pratiques et cultures démocratiques. Dans la postérité d'un Ernest Lavisse⁶ qui avait observé, lors d'une visite du Reichstag en 1877, que l'architecture de la Salle des séances du Reichstag constitue « une première leçon de droit constitutionnel », il observe que le Bundestag de la République parlementaire a repris, en 1949, la tradition wilhelminienne, maintenue sous Weimar, qui fait siéger le gouvernement en face des députés sur un « banc gouvernemental (*Regierungsbank*) » situé à la droite du président de la Chambre⁷. En effet, dès 1871, après la fondation de l'Empire, les

⁴ C. LEFORT, *Essais sur le politique*, Paris, Seuil, 1986.

⁵ C. SCHÖNBERGER, *Auf der Bank. Die Inszenierung der Regierung im Staatstheater des Parlaments*, München, C. H. Beck, 2022, p. 16. L'ouvrage sera désormais cité *Auf der Bank*..

⁶ *Essais sur l'Allemagne impériale*, Paris, Hachette, 1888, p. 101. Cet ouvrage contient, p. 99-130, un chapitre intitulé « Une visite au Parlement d'Allemagne » qui est la reprise d'un article paru, le 15 juin 1877, dans la *Revue des Deux Mondes*.

⁷ Les membres du Bundesrat siègent également en face des députés ; le *Bundesratsbank*, placé à gauche du président, leur étant réservé.

sièges du gouvernement, intégrés du côté du Présidium vis-à-vis du plénum, semblaient traduire, par leur disposition architecturale, le face-à-face opposant alors l'État monarchique à la société civile bourgeoise.

I. L'USAGE DE LA SALLE PLÉNIÈRE COMME MISE EN SCÈNE DU POUVOIR

En ce qu'ils abritent les représentants du peuple et sont associés à l'imaginaire national, les édifices abritant les parlements nationaux possèdent une forte charge symbolique. En Angleterre, le Palais de Westminster constitue, depuis la Glorieuse Révolution et l'affirmation du parlementarisme victorien, et cela bien davantage que le Palais de Buckingham, le lieu où s'exerce et se met en scène le pouvoir politique. Cependant, au XIX^e siècle, si l'apprentissage du régime constitutionnel s'accompagne, dans la France de la Restauration, de la publicité des débats parlementaires qui exige l'aménagement de loges réservées aux auditeurs au sein des hémicycles, les membres du Parlement de Westminster ont, quant à eux, longtemps partagé la crainte que la publicité de leurs débats ne soit un frein à leur liberté de parole⁸, inquiétude dont les délivrera le Reform Act de 1832 inspiré par les thèses benthamiennes.

Par-delà cette question de l'exposition publique des débats, l'étude des enceintes parlementaires qu'a menée le Professeur Schönberger porte, au premier chef, sur la place qu'elles réservent aux sièges des membres du gouvernement. Une telle attention était déjà celle d'Ernest Lavisse⁹ qui observait que la tâche la plus ardue revenant à l'architecte ayant construit la Salle des séances du Reichstag avait consisté à « bien disposer les sièges et, pour ce faire, à étudier la Constitution impériale ». En effet, la présence des sièges gouvernementaux ne s'impose pas à l'évidence : ainsi, en France, la crainte d'une possible domination du gouvernement sur le parlement les a écartés des assemblées révolutionnaires. De même, la Chambre des communes n'autorise les membres du Cabinet que sur le *banc de la Trésorerie* réservé aux « serviteurs confidentiels de sa Majesté ». Aux États-Unis, des sièges réservés au Président ou aux membres de son cabinet n'ont jamais existé dans les salles de réunion du Congrès. Quant au respect de cette séparation physique des pouvoirs en France, on se souvient que, lors de la commémoration du centenaire du Sénat en mai 1975, le président de la République Valéry Giscard d'Estaing avait pris soin de prononcer son discours dans un hémicycle banalisé, dé-parlementarisé par l'absence de tribunes.

Toutefois, malgré cette ancienne circonspection relative à la présence des sièges gouvernementaux, l'histoire constitutionnelle de l'Europe continentale a montré que les gouvernements ont toujours été soucieux, depuis la Révolution française, de pouvoir utiliser la salle plénière comme une scène propre à faire connaître leurs intentions. À cet égard, la particularité de l'Allemagne contemporaine consiste dans le fait – et l'ouvrage du Professeur Schönberger contribue grandement à expliquer cette singularité – que le gouvernement, bien qu'il soit désormais soutenu par sa majorité parlementaire, ait été, en quelque sorte, élevé en majesté à la faveur d'un agencement de l'enceinte parlementaire hérité de l'époque de la monarchie constitutionnelle. En effet, la disposition des sièges entre députés et membres du gouvernement semble reproduire la structure qui distinguait, avant l'avènement des gouvernements politiquement responsables, le gouvernement des

⁸. Cette suspicion écarte le public des débats de la Chambre des communes jusqu'en 1845.

⁹. *Essais sur l'Allemagne impériale, op. cit.*, p. 101.

assemblées. Ainsi, à l'instar de la structure formelle demeurée inchangée de nombreuses constitutions libérales, une telle disposition architecturale forme, en quelque sorte, une présentation, si ce n'est erronée, du moins fallacieuse de la réalité d'outre-Rhin : d'une part, sur le plan *juridique*, bien qu'il procède constitutionnellement du parlement, le gouvernement semble, en vertu du droit strict, rester le plus souvent fondamentalement extérieur au Parlement ; de même, les assemblées apparaissent souvent distinctes de l'Exécutif. D'autre part, sur le plan *architectural*, la disposition des choses semble infirmer la réalité de la pratique politique.

En effet, à la lecture de l'ouvrage du Professeur Schönberger, on mesure combien l'agencement des sièges au sein du Bundestag participe, encore aujourd'hui, d'un certain classicisme des formes constitutionnelles. En tant que façade architecturale de la réalité politique, cet agencement ne rend pas compte du « changement de paradigme » emporté par la parlementarisation de l'Exécutif. Bien que le dualisme *bloc majoritaire/opposition* se soit désormais substitué au dualisme classique *gouvernement monarchique/parlement*, la Salle plénière du Bundestag continue de mettre en scène l'ancien ordre des choses. De ce fait, elle est le lieu d'une déficience de dialogue et d'un défaut d'interaction entre les acteurs. À l'instar des députés du Reichstag wilhelminien qui devaient, afin de défendre leurs opinions, s'armer de courage pour monter dans l'espace réservé au gouvernement (et à qui il fallait, comme l'écrit E. Lavis, « de l'héroïsme pour critiquer la politique de Bismarck alors que vous l'avez derrière vous¹⁰ »), les députés de l'actuel Bundestag, quelque peu « inhibés », ne posent que très rarement des questions au Chancelier fédéral ou aux ministres fédéraux. Ce sentiment d'une relation atrophiée était déjà éprouvé par les députés du *Vormärz* (1815-1848) désireux de faire des parlements le lieu d'un véritable débat public. C. Schönberger observe, à cet égard, que la salle plénière du Grand-duché de Bade, dont le centre était occupé par le trône du Grand-Duc formant la véritable contrepartie d'une représentation en demi-cercle des députés¹¹, exprimait bien davantage « la coexistence (*Nebeneinander*) de deux sphères différentes que leur relation mutuelle (*wechselseitige Beziehung*)¹² ». En effet, la disposition architecturale plaçant le gouvernement non pas en face des députés, mais à l'écart de ces derniers, rendait extrêmement difficile une interaction critique avec les membres du gouvernement depuis la tribune ou les sièges.

Cependant, le Professeur Schönberger prend soin de préciser qu'il serait quelque peu imprudent de tirer de cette réalité allemande du XIX^e siècle un enseignement universel. En effet, l'opposition frontale des bancs établie à la Chambre des communes ne produit pas, en tant que telle, des débats animés entre le gouvernement et l'opposition. De même et inversement, la disposition des sièges en demi-cercle n'est pas l'assurance d'une culture politique consensuelle (en témoigne le fait que cette disposition ait été retenue, en France, durant la Terreur). Il n'existe donc pas, à cet égard, de parallélisme des formes architecturales et délibératives.

L'actuel hiatus entre la mise en scène du gouvernement au sein du Bundestag et la réalité du système de gouvernement n'est pas sans rappeler un autre décalage

¹⁰. *Essais sur l'Allemagne impériale*, op. cit., p. 103.

¹¹. Le Grand-Duc n'était présent que pour la séance d'ouverture. En son absence, le trône était tourné de dos à l'Assemblée.

¹². C. SCHÖNBERGER, *Auf der Bank...*, op. cit., p. 85.

formel que certains députés d'outre-Rhin ont éprouvé à la fin du XIX^e siècle. En effet, le Reichstag, après s'être réuni plus de vingt ans dans un Congrès « provisoire » installé dans l'ancienne manufacture de porcelaine de la *Leipziger Strasse*, n'a occupé qu'en 1894 son propre bâtiment sur la *Königsplatz*. Au moment de cette installation, de nombreux acteurs ont constaté une contradiction manifeste entre un bâtiment destiné à une assemblée élue au suffrage universel et des salles intérieures bardées de symboles impériaux et dominées non pas par une iconographie parlementaire, mais par l'historiographie des princes et des dynasties. Dans un ouvrage retraçant ses seize années de vie parlementaire dans les *coulisses du Reichstag*, l'abbé alsacien Émile Wetterlé constate qu'on chercherait en vain, « dans cette accumulation d'ornements, un seul emblème qui révèle au visiteur la destination du palais. [...] Que font là [...] les énormes vitraux qui nous rappellent les aventures galantes de Roméo et Juliette, comme les destinées tragiques d'Othello et de Desdémone ?¹³ » Il est étonnant et éloquent de constater que ce débat sur la discordance entre l'assemblée et la forme architecturale du bâtiment au sein duquel elle siège ait été remobilisé un siècle plus tard, en 1991, lors de la réintégration du Bundestag au sein du Palais du Reichstag. La question était alors la suivante : ce Palais intimidant, chargé de toute l'histoire du *deutscher Konstitutionalismus* et témoin d'un parlementarisme inaccompli, pouvait-il accueillir et honorer la démocratie parlementaire de la République fédérale ?

Toutefois, dans l'histoire constitutionnelle européenne, la correspondance s'est souvent opérée entre la forme architecturale des parlements nationaux et leur fonction politique : l'architecture classique anglaise répondait ainsi aux affinités politiques d'une oligarchie *whig* sensible au modèle de la République romaine et comprenant le régime parlementaire comme une forme aboutie du régime vénitien. Après l'incendie du Parlement en 1834 (événement dont J. M. W. Turner a su magistralement rendre les tragiques lumières vues de la Tamise dans ses deux célèbres tableaux !), le triomphe du gothique accompagnant la reconstruction du Palais de Westminster procède de la volonté des élites traditionnelles des années 1830-1840 d'associer l'institution parlementaire au passé national par l'intermédiaire de l'architecture gothique¹⁴. En France, il est curieux de constater qu'un processus d'intégration de l'héritage historique par les acteurs républicains ait conduit, à la fin du XIX^e siècle, l'État républicain à renoncer à créer ses propres architectures prestigieuses. En effet, comme en témoignent les bâtiments érigés par la Troisième République pour loger l'Exécutif et d'autres institutions étatiques, la République a décidé, en quelque sorte, d'habiter « en meublé » dans les anciens palais de l'Empire et de la monarchie¹⁵.

¹³. E. WETTERLÉ, *Les coulisses du Reichstag. Seize années de vie parlementaire en Allemagne*, Paris, Bossard, 1918, p. 32-33.

¹⁴. Voir, sur ce point, J. CARRÉ, « L'architecture du pouvoir : projets et réalisations de palais du Parlement, de Dublin à Westminster », *Revue française de civilisation britannique*, XIII-4, 2006, qui souligne que, lors de ces travaux de reconstruction du Parlement, le classicisme architectural du XVIII^e siècle, propre au cosmopolitisme aristocratique, est écarté par les nouvelles élites issues du monde du commerce et de l'industrie et par une opinion puisant désormais son identité dans un protestantisme national.

¹⁵. Voir, sur ce point, M. DAUSS, « Architectures gouvernementales de l'Empire allemand et de la Troisième République. Essai d'iconologie politique et comparée », *Livraisons d'histoire de l'architecture*, 8, 2004, p. 9-22.

II. LES ASSEMBLÉES REPRÉSENTATIVES DU XIX^e SIÈCLE À L'OMBRE DES TRÔNES

Si des trônes ne sont, de nos jours, érigés au sein des chambres plénières que dans de rares monarchies parlementaires telles que la Grande-Bretagne ou le Japon, ils ont cependant laissé une empreinte durable sur la disposition des espaces parlementaires. Cet héritage date surtout de l'époque de la monarchie constitutionnelle durant laquelle les salles plénières accomplissaient leur office à l'ombre (intimidante) du trône auquel les sièges du gouvernement étaient souvent rattachés conformément à la situation constitutionnelle de gouvernements monarchiques dont l'existence ne dépendait pas de la confiance des parlementaires. De nos jours, le mobilier du trône a été remplacé par la tribune du président de la Chambre devenue le nouveau centre de l'hémicycle parlementaire. Quant au perchoir de l'Assemblée nationale, dont le fauteuil et le bureau n'ont pas changé depuis Lucien Bonaparte, alors président du Conseil des Cinq-Cents, on peut rappeler que l'élection de Léon Gambetta à la présidence de la Chambre, le 30 janvier 1879, a d'emblée conféré à cette fonction une importance politique majeure. La volonté de donner du lustre à cette fonction s'était traduite dans le choix fait par Gambetta de résider en l'hôtel de Lassay dès son élection, alors que l'Assemblée siégeait encore à Versailles. Dans ses « tableaux » de la vie parlementaire française, Theodor Herzl¹⁶ remarque que « les Français savent [...], mieux que quiconque, inventer et organiser des manifestations solennelles », comme celle de l'entrée du président de la Chambre dans la Salle des pas perdus où se tiennent deux rangées de soldats, baïonnette au canon. De même, outre-Rhin, le président du Bundestag constitue, de nos jours, la « personnification » symbolique et officielle du Parlement. Il est vrai que l'autonomie organique a toujours consisté dans la capacité des assemblées parlementaires à former librement leurs propres organes. Cette liberté organique est née en Grande-Bretagne avec l'apparition, au sein du « Good Parliament » de 1376, du *speaker* qui se tient sur la chaire présidentielle de la Chambre devant laquelle se trouve la table des « clerks » où repose la « Masse » (alors que le lord Chancellor, présidant la Chambre des Lords, siège, quant à lui, aux pieds du trône sur le fameux « sac de laine »). Le rôle du *speaker* a été grandissant à partir du milieu du XIX^e siècle : l'évolution du parlementarisme britannique explique que cette fonction (exercée brièvement en 1523 par Thomas More) soit devenue, bien que libérée de la domination du monarque, la proie de nombreux enjeux partisans au sein même des Communes. La Constitution américaine de 1787 prévoit, quant à la nomination du président des Chambres, une modalité atypique : si la Chambre des représentants choisit librement son président et les autres membres de son bureau, c'est le vice-président des États-Unis qui devient le président du Sénat.

III. LE BANC DU BUNDESRAT SOUS L'EMPIRE WILHELMIEN

Sous l'Empire wilhelminien, la place traditionnellement réservée au trône a été remplacée, au Reichstag, par le banc gouvernemental, massif et élevé, du Bundesrat qui s'élevait des deux côtés du *Præsidium*. L'office symbolique des sièges du Bundesrat consistait, en quelque sorte, à dissimuler le gouvernement *de facto* du Reich (et, ce faisant, l'idée d'un gouvernement politiquement responsable devant le Reichstag) derrière l'imposante représentation d'un banc gouvernemental à plusieurs têtes. L'absence du trône ne pouvait surprendre car les droits de

¹⁶ T. HERZL, *Le Palais-Bourbon. Tableaux de la vie parlementaire française*, op. cit., p. 57.

l'Empereur ne procédaient pas d'une souveraineté propre, mais de la Constitution de 1871 qui ne définissait pas explicitement l'Exécutif monarchique. Il est vrai que l'Empire, établi par une fondation d'État imparfaite à faible autonomie institutionnelle, reconnaissait son organe central non pas dans le *Kaiser*, mais dans le Bundesrat qui n'était pas une assemblée délibérative, mais un conseil d'ambassadeurs des États membres (représentés, pour chacun d'entre eux, par une délégation de fonctionnaires désignés votant conformément aux directives de leur gouvernement). À cet égard, convaincu que la Constitution de l'Empire avait uniquement procédé de négociations entre gouvernements particuliers, Bismarck avait fait savoir, pour faire pièce à une interprétation défendue par Paul Laband selon laquelle la volonté de l'Empire ne saurait être la somme des volontés des États particuliers, qu'il ne se laisserait pas « convaincre par un professeur de droit allemand, lorsqu'il s'agit de choses [qu'il avait créées lui-même]¹⁷ ».

Comme on le sait, le Bundesrat était surtout l'instrument destiné à dissimuler l'ascendant de l'État prussien qui était parvenu, en résistant à la médiatisation des États particuliers, à masquer les difficultés inhérentes à la fondation interne de l'Empire. Puisque nous parlons ici de la Prusse et des sièges au sein d'une assemblée, qu'il nous soit permis de citer un mot d'esprit de Joseph Barthélémy : invoquant le comte Kuno von Westarp, représentant de l'oligarchie conservatrice ayant réussi à imposer l'empreinte durable d'une Allemagne prussianisée, député du Reichstag weimarien et rédacteur de la *Kreuzzeitung* dans les années 1920, il le décrit comme l'« incarnation même de ce que la vieille Prusse compte de plus réactionnaire et de plus militariste, un homme tel que s'il venait dans [la Chambre des députés parisienne], on ne trouverait pas de banc assez à droite pour lui : il siégerait sûrement dans le couloir¹⁸ ».

Les espaces parlementaires apparaissent souvent comme le conservatoire des anciens usages de la royauté. Ainsi, en Angleterre, l'ouverture de la session parlementaire a toujours mis en évidence, sous les hautes boiseries gothiques et les moulures dorées du Palais de Westminster, le faste de la monarchie (comme on le sait, pendant que Sa Majesté, en grand arroi et du haut du trône, fait lecture, dans une demi-pénombre, de son « gracieux discours », un élu de la Chambre des Communes est retenu en otage au Palais de Buckingham). De même, sous le *Reich* wilhelminien, plusieurs cérémonies (tout particulièrement celles organisées après la fondation de l'Empire en mars 1871 et lors du changement de trône de Guillaume II en juin 1888) ont montré combien le *Kaiser* était soucieux de rappeler publiquement sa position constitutionnelle par le biais de l'ouverture solennelle du Reichstag dans la Salle blanche du château de Berlin. Cependant, alors qu'en Grande-Bretagne, le monarque se rend aux Communes, ce sont, outre-Rhin, les députés du Reichstag qui se rendaient au Palais royal. En effet, le rituel de cette cérémonie, lors de laquelle les parlementaires se dirigeaient vers la Cour, était mobilisé au soutien d'une mise en scène symbolique de la primauté de la monarchie sur ces derniers. C'est bien là ce que ressent Émile Wetterlé qui souligne, dans un ouvrage de 1916, *L'Allemagne qu'on voyait et celle qu'on ne voyait pas*, que les députés convoqués pour assister au discours du Trône sont conduits à la Salle blanche « par un escalier de service, le grand escalier étant réservé pour les

¹⁷. Cité par E. HOFFMANN, *Fürst Bismarck 1890-1898*, I, Stuttgart, Union Deutsche Verlagsgesellschaft, 1913, p. 227.

¹⁸. Cité par F. SAULNIER, *Joseph-Barthélemy (1874-1945). La crise du constitutionnalisme libéral*, Paris, LGDJ, 2004, p. 191.

réceptions de la Cour¹⁹ »... Quand le Professeur Schönberger rappelle que la promenade que devaient faire les députés vers la Cour impériale lors de l'ouverture du Reichstag a été boycottée, en février 1912, par les députés sociaux-démocrates et libéraux de gauche et, pendant le *Kulturkampf*, par les membres du Parti du centre catholique, un autre épisode de l'histoire constitutionnelle vient à l'esprit de son lecteur. En effet, en Russie, après la défaite essuyée lors de la guerre russo-japonaise, le Tsar Nicolas, encouragé en ce sens par son Premier ministre Serge Witte, s'était trouvé contraint de convoquer une assemblée élue. En avril 1906, lors de l'inauguration de cette première Douma à Saint-Pétersbourg, de nombreux députés, contemplant avec hostilité l'étalage de splendeurs médiévales du Palais d'Hiver où ils avaient été convoqués pour la *Grande ouverture*, estimaient que Nicolas II aurait dû, pour reconnaître leur nouvelle légitimité, se déplacer au Palais Tauride où ils siégeaient en assemblée.

IV. LA TENEUR BUREAUCRATIQUE DU BANC GOUVERNEMENTAL

Le secret de l'économie architecturale du Reichstag résidait, sous l'Empire, dans le fait que l'espace du trône se trouvait désormais occupé par la haute bureaucratie. Comme le montre avec acuité le Professeur Schönberger, le charisme de la salle du Trône se trouve, au sein de la salle plénière, remobilisé par les nécessités d'un « Empire sans couronne²⁰ » au profit d'une autorité bureaucratique gouvernementale par l'établissement du *Bundesratsbank* (en effet, surélevées à l'instar du trône, les longues rangées de bancs réservés aux excellences ministérielles du Bundesrat se tenaient du côté du *Présidium*). Un correspondant parlementaire décrit, dès octobre 1871, la salle plénière provisoire du Reichstag dans les termes suivants : « Pas une chapelle comme la Chambre des communes au Palais de Westminster, pas un entre-deux entre théâtre et salle de concert comme au Palais Bourbon à Paris, mais plutôt un bureau idéalisé dans lequel des affaires importantes sont conclues²¹. » Encore aujourd'hui, dans la continuité d'une monarchie constitutionnelle qui ne distinguait que très faiblement entre l'administration et la direction politique (les ministres étant, le plus souvent, des fonctionnaires de carrière accompagnés à la session parlementaire par des fonctionnaires subordonnés), le gouvernement fédéral n'apparaît pas, au sein du Bundestag, sous la forme d'une direction politique resserrée, mais sous celle d'un appareil administratif. Leurs fonctionnaires se tenant derrière eux, les Chanceliers et les ministres semblent soucieux de « bénéficier, par cette présence, du soutien, d'une certification et, même, de la protection de l'administration ministérielle²² ». Deux figures contrastées du gouvernement se disputent ainsi notre perception des régimes anglais et allemand : si le gouvernement apparaît, au regard de la disposition des sièges au sein de la Chambre des communes, comme le chef de la majorité parlementaire, il apparaît bien davantage, au sein du Bundestag, comme le chef d'un appareil administratif²³. À cet égard, entre 1949 et 1969, à un moment

19. E. WETTERLÉ, *L'Allemagne qu'on voyait et celle qu'on ne voyait pas*, Paris, L'Édition française illustrée, 1916, p. 56-57.

20. C. SCHÖNBERGER, *Auf der Bank...*, *op. cit.*, p. 104.

21. *Ibid.*, p. 106.

22. *Ibid.*, p. 144.

23. Contrairement à la Charte de 1814 dont elles ont souvent suivi le modèle, les constitutions allemandes du XIX^e siècle ne limitaient pas le droit des représentants du gouvernement d'être présents et de parler au sein des parlements aux seuls ministres, mais accordaient aussi un tel

où le banc gouvernemental n'avait pas encore été abaissé, les acteurs d'outre-Rhin étaient en droit de se demander si le modèle hégélien d'un État rationnel de fonctionnaires ne continuait pas à dispenser ses leçons sur la réalité politique allemande. Quoi qu'il en soit, aussi longtemps que souffle l'esprit de Hegel, le Parlement semble être appréhendé comme un espace où, tout à la fois, les intérêts privés sont élevés à l'universel et la volonté universelle agrégée à l'adhésion des particuliers.

Si la pratique wilhelminienne avait été caractérisée par un non-cumul des fonctions parlementaire et ministérielle (non-cumul condamné par Max Weber en ce qu'il serait propre à encourager un gouvernement « au-dessus » de partis figés dans une posture d'opposition), l'enchevêtrement du gouvernement et de la représentation nationale s'exprime désormais, au sein du Bundestag, par la compatibilité de ces fonctions dont une des traductions institutionnelles les plus notables est la présence des secrétaires d'État parlementaires. Ces derniers sont des députés au Bundestag rattachés à un ministre, sans être membres du gouvernement fédéral au sens de la Loi fondamentale. Toutefois, cette idée généralement reçue de l'actuel régime parlementaire d'outre-Rhin, à savoir le fait d'être une des traductions les plus accomplies du parlementarisme anglais en raison d'un entrelacement des pouvoirs que n'aurait pas renié Walter Bagehot, se trouve, si ce n'est modifiée, du moins quelque peu troublée par la lecture de l'ouvrage du Professeur Schönberger. En effet, cette réalité constitutionnelle et politique, pourtant souvent célébrée pour les facultés de coopération qu'elle offre à ses acteurs, donne à voir un gouvernement situé dans un espace de neutralité non partisane. Cette discordance troublante entre l'espace parlementaire et le jeu politique qui s'y déploie se mesure tout particulièrement à l'aune de l'élection du Chancelier fédéral par le Bundestag et de son possible renversement par un vote de défiance constructive. De fait, nonobstant ces procédures, la Loi fondamentale semble appréhender le gouvernement fédéral comme un organe étatique quelque peu distancié dont les membres possèdent un droit indépendant (non lié à un mandat parlementaire) d'être présents et de s'exprimer au sein du Bundestag. Une culture administrative du politique, procédant du modèle historique d'un État neutre se tenant au-dessus des partis et garantissant l'unité nationale au-delà des querelles politiques, semble ainsi, si ce n'est empêcher, du moins entraver toute confrontation ouverte et ostensible entre les acteurs.

Le lecteur français de *Auf der Bank* peut d'ailleurs se surprendre à penser que si, outre-Rhin, c'est la mise en scène du gouvernement dans l'espace parlementaire qui surprend l'observateur au regard de la pratique parlementaire, c'est au contraire, en France, la pratique observée sous la V^e République (un processus de rationalisation administrative du pouvoir) qui est de nature à étonner au regard de la discrète présence du « banc des ministres » au sein de l'hémicycle²⁴.

droit aux fonctionnaires en tant que représentants du gouvernement. Voir à cet égard, concernant la situation française durant la Restauration, E. de WARESQUIEL, *C'est la Révolution qui continue ! La Restauration 1814-1830*, Paris, Tallandier, 2015, p. 352. L'auteur observe que « l'enjeu politique et l'attention de l'opinion éclairée passent progressivement de l'enceinte fermée de la salle du Conseil d'État aux Tuileries à celle ouverte, libre et bruyante de l'hémicycle de la Chambre des députés. Désormais, la loi l'emporte sur les décrets. Un détail ne trompe pas, c'est celui de la tribune spécialement réservée aux membres du Conseil d'État à la Chambre des députés ».

²⁴. Voir J. HUMMEL, « L'institution gouvernementale au sein d'une République administrative (une lecture haurioutiste de l'article 20) », *Jus Politicum, Le droit politique face à la V^e République*, 2020, n° 24, mai 2020.

Les lieux de pouvoir, et plus généralement l'histoire constitutionnelle, sont peuplés de fantômes. En l'occurrence, parmi ces derniers, la Charte de 1814, clef de déchiffrement des constitutions allemandes du XIX^e siècle qui avait offert aux princes d'outre-Rhin le modèle d'une éducation constitutionnelle se tenant aux marges de la modernité politique, semble projeter une ombre non totalement dissipée. Observant un processus de fossilisation des formes constitutionnelles du XIX^e siècle, Charles Seignobos²⁵ souligne, quant à l'empreinte laissée par le dualisme des pouvoirs, que « les lambeaux des institutions détruites sont restés accrochés dans les textes de loi officiels et dans les commentaires officiels, et empêchent d'apercevoir la réalité ». De même, et l'ouvrage que consacre le Professeur Schönberger à « l'architecture signifiante » de la salle plénière du Bundestag contribue assurément à souligner ce singulier contraste, la représentation architecturale et symbolique de certaines assemblées témoigne encore aujourd'hui, par-delà l'action partagée des corps constitués, de la prégnance de cet ancien imaginaire politique.

Jacky Hummel

Jacky Hummel est Professeur agrégé de droit public à l'Université de Rennes. Il est notamment l'auteur de *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, 2002 ; *Carl Schmitt. L'irréductible réalité du politique*, Paris, Michalon, 2005 ; *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard, 2010. Dernier ouvrage dirigé : *Historiographies constitutionnelles et identités nationales*, Paris, Mare & Martin, 2023.

²⁵. C. SEIGNOBOS, « La séparation des pouvoirs », in C. SEIGNOBOS, *Études de politique et d'histoire*, Paris, PUF, 1934, p. 183.

Thomas Hochmann

Feng shui au Bundestag.

**À propos de C. SCHÖNBERGER, *Auf der Bank. Die Inszenierung der Regierung im Staatstheater des Parlaments*,
Munich, Beck, 2022.**

Certains livres répondent à des questions que l'on s'était toujours posées, d'autres à des questions que l'on ne se posait même pas. C'est au premier abord dans la seconde catégorie qu'on croit pouvoir ranger l'ouvrage de Christoph Schönberger qui étudie, de manière comparée dans le temps et dans l'espace, l'emplacement des sièges réservés au gouvernement dans les enceintes parlementaires. Prenant au mot l'idée d'une « architecture parlante », l'auteur rappelle que l'architecture est un langage et en examine les moindres détails, la localisation du banc surtout, mais aussi la couleur des coussins ou la hauteur d'un dossier. Il montre toute l'importance de la topographie parlementaire. D'abord, la répartition des meubles au sein d'une pièce, et donc des places au sein d'une assemblée parlementaire, favorise ou limite les interactions : il sera plus aisé pour un député de l'opposition de critiquer un ministre qui lui fait face. Les parlementaires, notait un observateur français de l'Allemagne à la fin du XIX^e siècle, montent rarement à la tribune : « L'orateur qui s'y aventure a derrière lui le conseil fédéral et le chancelier. Il faut de l'héroïsme pour critiquer la politique de M. Bismarck en lui tendant l'échine¹. » Ensuite, et surtout, l'agencement des pouvoirs au sein du parlement révèle l'idée qu'une société se fait des rôles de chacun. Comme l'écrivait encore Lavissee, « l'architecte qui a transformé la manufacture de porcelaine en palais de parlement a bien compris les données que la politique lui fournissait² ». Ce n'est pas parce que d'imposants sièges lui sont réservés au-dessus des députés que le gouvernement en impose au parlement. C'est parce qu'il le domine politiquement qu'on lui octroie une telle position. Or, la conception du gouvernement que donne à voir aujourd'hui l'architecture du Bundestag ne manque pas de surprendre le lecteur français : elle communique l'image d'un gouvernement neutre, extérieur aux querelles partisans.

En le démontrant et en l'expliquant, Christoph Schönberger traite donc aussi, bien qu'il ne l'aborde pas directement, d'une question qui préoccupe beaucoup les observateurs du droit constitutionnel allemand contemporain³. Depuis quelques

¹ E. LAVISSE, *Essais sur l'Allemagne impériale*, Paris, 1888, p. 103 (cité par C. Schönberger, p. 102).

² *Ibid.*, p. 102.

³ Voir en particulier M. PAYANDEH, « Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger im öffentlichen Meinungskampf », *Der Staat*, vol. 55, 2016, p. 519-550 ; et en français T. HOCHMANN, « L'expression des ministres et le devoir de neutralité. À propos des arrêts *Schwesig* (2014),

années, suite à des recours formés par les partis d'extrême droite NPD et AfD, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe affirme en effet que l'expression des ministres est soumise à un devoir de neutralité. Pour ne pas nuire à l'égalité des chances entre les partis, il serait interdit aux ministres de dénoncer les néonazis et l'extrême droite⁴.

Cette jurisprudence a par exemple été confirmée en 2022 à propos d'une déclaration de la chancelière Angela Merkel. En voyage officiel en Afrique du Sud, interrogée sur une élection où son parti s'était joint à l'extrême droite pour désigner le chef d'un Land, la chancelière avait qualifié ce comportement d'« impardonnable » et avait évoqué une « mauvaise journée pour la démocratie ». Saisie par l'AFD, la Cour constitutionnelle a perçu dans ces propos la violation inconstitutionnelle d'une obligation de neutralité qui porte atteinte à l'égalité des chances des partis politiques⁵.

La Cour constitutionnelle fonde cette position sur un raisonnement qui s'apparente à une distinction entre les « deux bouches du Roi » : le ministre pourrait s'exprimer librement en tant que particulier ou personnage politique, mais serait soumis à une obligation de neutralité lorsqu'il prend la parole en tant que titulaire de sa fonction. Cette argumentation ne semble néanmoins tenable ni en pratique ni en théorie. Il semble d'abord que les deux rôles sont toujours mêlés : personne n'oublie jamais que le ministre est un personnage politique, et que le personnage politique est ministre. Ensuite, même à supposer la distinction possible, pour quelle raison le gouvernement devrait-il être neutre politiquement ? Ce qui est défendu au gouvernement, on le comprend aisément et Christoph Schönberger le rappelle (p. 193)⁶, c'est d'utiliser ses ressources pour fausser la compétition politique. L'arrêt fondateur de la Cour constitutionnelle sur ce point, auquel elle se réfère systématiquement dans la jurisprudence récente, portait sur la campagne d'autopromotion dans la presse que le gouvernement avait financée sur fonds publics quelques mois avant les élections législatives de 1977. Un tel comportement, avait jugé la Cour, fausse la compétition électorale et l'égalité des chances des partis politiques. Mais peut-on vraiment voir dans cette décision un précédent pertinent ? Critiquer publiquement une formation politique n'a pas grand-chose à voir avec l'utilisation importante de sommes d'argent pour vanter l'action du gouvernement. Comme l'écrit le juge Wallrabenstein dans l'opinion dissidente qu'elle joint à l'arrêt rendu par la Cour sur la déclaration d'Angela Merkel, la décision de 1977 ne visait pas le contenu de l'expression des ministres, mais l'utilisation des ressources gouvernementales à des fins partisans⁷.

Bref, cette idée de « neutralité » gouvernementale paraît incompréhensible à première vue. L'enquête de Christoph Schönberger sur « la mise en scène du gouvernement au sein du théâtre parlementaire » (comme l'indique le sous-titre de l'ouvrage) permet d'éclaircir le mystère. Mais voyons d'abord en quoi la position du banc gouvernemental traduit en Allemagne cette image de neutralité.

Wanka (2018) et Seehofer (2020) de la Cour constitutionnelle allemande », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n° 84, 2020.

⁴ BVerfGE 138, 102, *Schwesig* (16 décembre 2014) ; BVerfGE 148, 11, *Wanka* (27 février 2018) ; BVerfG, 2 BvE 1/19, *Seehofer* (9 juin 2020).

⁵ Cour constitutionnelle fédérale, 15 juin 2022, BVerfGE 162, 207.

⁶ Les références entre parenthèses renvoient à l'ouvrage de Christoph Schönberger.

⁷ Cour constitutionnelle fédérale, 15 juin 2022, Wallrabenstein diss., § 20.

Premièrement, les ministres sont historiquement assis aux côtés de la présidence de l'assemblée, censée veiller avec impartialité à la bonne tenue des débats. Le gouvernement est en quelque sorte « contaminé » par cette apparence de neutralité (p. 100, 139, 162). Deuxièmement, le député qui s'exprime à la tribune tourne le dos au gouvernement, ce qui place ce dernier « hors-jeu » (p. 138), en dehors du débat parlementaire. Cette organisation spatiale présente le gouvernement comme s'il était indépendant du parlement (p. 188), comme s'il n'était pas lié aux partis. Assis à l'écart des parlementaires, les ministres seraient en dehors de la politique.

Cette position présente plusieurs difficultés. À la fin de l'ouvrage, en décrivant de manière très vivante la tentative de coup d'État du 23 février 1981 à Madrid, Christoph Schönberger émet l'hypothèse qu'un agencement comme celui du Bundestag n'aurait guère permis l'héroïque acte de solidarité avec le parlement accompli par le chef du gouvernement Adolfo Suárez qui, face aux balles des putschistes, resta assis sur son siège, « non seulement devant tous les députés, mais aussi pour tous les députés » (p. 201). Mais de manière moins romantique, on peut s'interroger sur l'impression, conférée par cette localisation du banc des ministres, d'une stricte séparation, ou en tous cas d'une indépendance, entre le parlement et le gouvernement, situation qui ne correspond évidemment pas du tout au fonctionnement réel d'un régime parlementaire comme la République fédérale d'Allemagne.

Cette mise à l'écart, ou en surplomb, du gouvernement exprime en revanche certaines réalités et certaines représentations persistantes dans la société allemande (p. 189). Les réalités tiennent au peu de discussions politiques au sein du parlement. Une fois qu'il a déposé un projet de loi, le gouvernement n'intervient pas directement dans la procédure législative. Son engagement politique n'apparaît pas de manière évidente. Plus généralement, explique l'auteur, le parlement allemand abrite davantage des discussions techniques que des controverses politiques (y compris d'ailleurs entre les élus). Les échanges entre les ministres et le parlement sont donc très rares : l'installation du gouvernement à l'écart n'est peut-être pas tant la cause du manque de conversation avec les députés que sa conséquence (p. 193).

Ces aspects de fonctionnement du régime allemand contribuent à entretenir les représentations qui fondent le mythe de la neutralité politique du gouvernement. Mais cette conception est ancrée plus profondément dans une représentation traditionnelle du gouvernement en Allemagne. Cette vision indique deux idées, liées entre elles, qui impliquent toutes deux une certaine neutralité : le gouvernement est perçu à travers le modèle d'un monarque irresponsable entouré d'une administration (p. 146). Il est donc d'une part un pouvoir neutre, au-dessus des partis et des luttes politiques, qui s'efforce de faire régner une certaine harmonie (p. 194), et d'autre part une administration (p. 144). À lire Christoph Schönberger, on comprend que dans la conception dominante en Allemagne, la distinction entre gouvernement et administration s'estompe. Le gouvernement est assimilé à la haute administration, ils ne forment qu'un dans l'imaginaire social. Évidemment, cette perception bureaucratique empêche de concevoir le gouvernement comme un organe politique. L'Allemagne serait une République des fonctionnaires, non pas au sens où la plupart des ministres sont des fonctionnaires (même si tel est bien le cas), mais au sens où le gouvernement n'est rien d'autre qu'une administration. En France, le poids et l'influence de la haute fonction publique ne sont pas contestables. Mais il existe un gouvernement, des ministres politiquement responsables et politiquement engagés. Personne n'en

douterait. En Allemagne, l'idée plus ou moins inconsciente demeure selon laquelle le gouvernement n'est qu'une administration, qui n'a pas grand-chose à voir avec le parlement. Cette conception traditionnelle (p. 191) subsiste jusqu'à aujourd'hui, alors même que la parlementarisation a eu lieu et qu'il existe sans aucun doute un gouvernement politique en Allemagne.

L'ouvrage commenté ne se contente pas d'expliquer les origines de cette image de neutralité du gouvernement, que vient exprimer en silence l'emplacement des sièges qui lui sont réservés au Bundestag. Il donne aussi des éléments d'explication au maintien de cet agencement spatial, quand bien même le message qu'il communique contredit fondamentalement le parlementarisme. La raison principale, on vient de le voir, est que cette image neutre du gouvernement correspond à une représentation sociale répandue. Mais il existe également des raisons plus spécifiques. D'abord, aucune incompatibilité n'existe dans la Loi fondamentale entre les fonctions gouvernementales et le mandat parlementaire. En pratique, le ministre allemand est souvent député. On peut d'autant plus facilement l'installer sur un banc gouvernemental marqué par la neutralité, qu'il lui est loisible de rejoindre son siège de député pour participer au débat (p. 164). Cette situation a donné lieu à une intéressante pratique en matière disciplinaire. Il n'existe en effet pas de possibilité de sanctionner le ministre, y compris celui qui détient un mandat de député, pour un comportement qui a eu lieu sur le banc gouvernemental. La vie parlementaire a néanmoins vu naître une réprimande symbolique sous la forme d'une sanction hypothétique, qui consiste à informer le ministre qu'il se serait exposé à une sanction disciplinaire s'il avait tenu des propos semblables en tant que député. Peut-être ce dédoublement, qui permet au même individu de s'exprimer en tant que membre du gouvernement ou du parlement, a-t-il joué un rôle dans le développement de la jurisprudence de la Cour qui croit pouvoir distinguer entre la chancelière et la présidente de la CDU ?

Ensuite, et peut-être surtout, le maintien de l'architecture parlementaire du Bundestag s'explique aussi par le fait qu'elle avantage le gouvernement, soutenu par une majorité parlementaire qui seule pourrait décider d'un chamboulement. Il est commode, pour le gouvernement, d'apparaître placé au-dessus des conflits. Il est en mesure d'éviter presque autant qu'il le souhaite la confrontation avec l'opposition (p. 187).

L'ouvrage permet donc de comprendre d'où vient le mythe de la neutralité du gouvernement et pourquoi il subsiste. Mais l'élucidation de l'origine d'une légende ne la transforme pas en vérité. Christoph Schönberger souligne à plusieurs reprises que l'emplacement des sièges des ministres allemands est un camouflage (p. 86, p. 96). On cache le gouvernement en l'installant sur le côté, avec le Bundesrat, en le noyant parmi les fonctionnaires. Durant les années où le parlement siégeait à Bonn, de nombreuses discussions eurent lieu sur une modification de l'architecture du parlement. Certaines réformes s'imposèrent, par exemple celle qui fit descendre les ministres de leur piédestal et les installa au même niveau que les députés (p. 123). D'autres restèrent à l'état de projet, telle l'opposition face à face de deux camps politiques, selon le modèle de Westminster (p. 119). D'autres, enfin, se concrétisèrent trop tardivement : l'idée d'un parlement réuni en cercle, proposée dès 1948, aboutit en 1992, mais ne fut pas reprise pour le nouvel aménagement du Reichstag à Berlin, où le Bundestag siège depuis 1999 (p. 124). Or, durant tous ces débats, il est révélateur qu'aucun partisan de la mise en retrait du banc gouvernemental n'ait jamais prétendu que le gouvernement était véritablement au-dessus ou en dehors des partis. Personne n'a jamais affirmé que cette organisation spatiale correspondait à la réalité du pouvoir. Son caractère trompeur n'est pas

contesté. Le plan du parlement allemand est le fruit d'une « architecture du comme si » (p. 196) : il se présente comme si le gouvernement n'était pas responsable devant le parlement, comme s'il était un pouvoir neutre extérieur aux luttes partisans, mais sans prétendre qu'il en va effectivement ainsi.

Si on la comprend mieux, on peut donc demeurer sceptique face à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : de cette apparence d'impartialité, de cette « mise en scène précaire » (p. 167), elle prétend faire une obligation juridique, en astreignant le gouvernement à un devoir de neutralité. Quoiqu'il en soit, cette question n'est qu'une des nombreuses pistes de réflexion vers lesquelles mène l'enquête de Christoph Schönberger. En étudiant de fond en comble un sujet aussi divertissant qu'inattendu, l'auteur éclaire sous un jour nouveau des questions fondamentales. Et si c'était la définition d'un bon livre ?

Thomas Hochmann

Professeur de droit public, Université Paris Nanterre (CTAD).
Institut Universitaire de France.

Varia

La liberté d'expression à l'ère digitale : des conceptions américaines et européennes réconciliables, en pratique ?

La liberté d'expression est sans aucun doute l'une des libertés les plus importantes de nos démocraties libérales. Toutes les démocraties libérales protègent cette liberté comme un droit constitutionnel ou quasi constitutionnel, car elle est perçue comme nécessaire pour que les citoyens d'une société donnée s'acquittent de leur droit à l'auto-détermination politique. Un État dans lequel les élections sont libres, mais dans lequel le gouvernement restreint le débat politique de sorte que les électeurs soient en incapacité d'exprimer des opinions qui sont inconfortables pour le pouvoir en place ne pourrait être considéré comme démocratique. La liberté d'expression n'est pourtant pas absolue : les contours, et par conséquent les limites de ce droit peuvent varier selon les États et les systèmes juridiques.

À cet égard, le Premier amendement américain tel qu'interprété par la Cour suprême et par la doctrine est souvent perçu à l'étranger comme « exceptionnel¹ ». Il protège l'expression plus largement, et il perçoit toute sorte de régulation étatique comme un danger pour la mise en œuvre de cette liberté. Une telle théorisation n'a pas de parallèle dans les autres démocraties libérales. En Europe, la liberté d'expression est en effet vue comme devant être mise en balance avec d'autres droits fondamentaux, comme la dignité ou la vie privée et cette balance est assurée en dernier lieu par l'État. Alors que les Américains regardent les normes européennes régulant la liberté d'expression avec dédain, ou même crainte du totalitarisme, les Européens ont du mal à comprendre pourquoi, alors que le Premier amendement américain est la clause la plus protectrice du monde, les universités, les médias et les réseaux sociaux peuvent décider de mettre en œuvre des règles de civilité de manière apparemment arbitraire, en vertu d'un processus que d'aucuns ont appelé *cancel culture*, « la culture de l'annulation ».

Jusqu'à récemment, ces oppositions doctrinales étaient avant tout théoriques : elles intéressaient avant tout les juristes comparatistes, qui étaient à la fois amusés et étonnés devant une conceptualisation de la liberté d'expression si différente de l'autre côté de l'Atlantique². Mais ces différences n'avaient pas d'impact pratique : chaque État conceptualisait et appliquait sa propre théorie de la liberté d'expression à l'intérieur de ses frontières, sans prendre en compte la conceptualisation qui était faite par un autre État de l'autre côté de l'Atlantique, de la Manche, ou des Alpes.

La création des réseaux sociaux a fait ressurgir la tension existante entre les différentes conceptions de la liberté d'expression et en a fait un problème pratique,

¹ F. SCHAUER, « *The Exceptional First Amendment* », in M. IGNATIEFF, *American exceptionalism and human rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005

² *Ibid.*

et pas seulement théorique³. Les réseaux sociaux, qui opèrent sans condition de frontières ou de nationalité, ont été inventés aux États-Unis, où les entreprises ont bénéficié de la conception très généreuse du Premier amendement selon lequel l'État n'est pas autorisé à intervenir pour réguler l'expression des personnes privées. Ceci inclut, selon la conception la plus répandue, leurs algorithmes. La section 230 du « Communications Decency Act » de 1996 a rendu possible une gouvernance privée de la liberté d'expression⁴, qui a fortement affecté les utilisateurs des réseaux sociaux partout dans le monde. Ceci a créé d'importants malentendus entre les Européens et les Américains. Alors que les utilisateurs français des réseaux sociaux ne comprenaient pas pourquoi certains contenus tels que des seins (postés volontairement par la personne) étaient censurés sur Facebook, Angela Merkel critiqua ouvertement la suspension permanente du compte de Donald Trump après les émeutes du capitole. Elle considérait que l'État, et non les compagnies privées, devait être compétent pour limiter la liberté d'expression⁵.

Toutefois, parce que les plateformes opèrent sans limitation de frontières, les propriétaires de ces réseaux sociaux ne sont pas soumis seulement au droit du pays dans lequel leur siège social est implanté. Ils sont aussi soumis au droit des pays dans lesquels ils opèrent, et où résident leurs utilisateurs⁶. Dans un second temps, les entreprises américaines opérant partout dans le monde ont donc dû faire face au développement de législations plus strictes que la législation américaine. Ceci a notamment été le cas dans l'Union européenne. Les législations européennes ont eu un effet de débordement (aussi appelé « Bruxelles effect⁷ »), car les entreprises ont dû changer les designs de leurs plateformes pour se conformer aux obligations européennes. Le dialogue entre Européens et Américains sur les conceptions juridiques de la liberté d'expression est donc devenu indispensable.

³ N. FELDMAN, « Free Speech in Europe Isn't What Americans Think », *Bloomberg*, March 19, 2017 : « À une époque, les différentes visions existaient en isolation totale. Désormais, internet et la globalisation les font entrer en conflit. » H. BLOCH-WEHBA, « Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State », *SMU Law Review*, 72, 2019, p. 27 : « Le contexte global met en valeur les désaccords substantifs sur la portée de la liberté d'expression, la vie privée et les protections de la propriété. » K. EL HILALI, *De la surveillance à la vigilance de l'État. Le contrôle des informations et des plateformes aux États-Unis*, Thèse (Droit public), dirigée par O. Beaud, Univ. Paris-Panthéon-Assas, septembre 2022, Dalloz, à paraître, printemps 2024, Partie 2.

⁴ K. EL HILALI, *De la surveillance à la vigilance de l'État. Le contrôle des informations et des plateformes aux États-Unis*, op. cit., p. 263-294.

⁵ S. Bokan-Lindell, « Deplatforming Trump Could Work. But at What Cost? », *The New York Times*, 14 janv. 2021 [En ligne : <https://www.nytimes.com/2021/01/14/opinion/trump-deplatform-twitter.html>].

⁶ H. Bloch-Wehba (« Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State », art. cité) note que « quand les plateformes s'engagent dans la modération de contenus en ligne, elles s'engagent dans une forme de gouvernance privée qui traverse les frontières géographiques ». Elle ajoute que l'espoir des cyber-exceptionnalistes de transcender la juridiction des États, dont la souveraineté est basée sur le territoire, ce faisant éludant les désaccords substantifs entre États, a échoué. Pour la littérature cyber-exceptionnaliste, voir J. P. BARLOW, « A Declaration of Independence of the Cyberspace », *Electronic Frontier Foundation*, February 8, 1996 [Online : <https://www.eff.org/cyberspace-independence>] ; D. JOHNSON, D. POST, « Law And Borders. The Rise of Law in Cyberspace », *Stanford Law Review*, 48, 1996, p. 37 ; J. REIDENBERG, « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », *Emory Law Journal*, 45, 1996, p. 911.

⁷ A. BRADFORD, « The Brussels Effect », *Northwestern University Law Review*, 107, n° 1, 2013, 1-68.

Ceci est d'autant plus vrai qu'alors que l'expression sur les réseaux sociaux est devenue la forme dominante d'expression dans l'espace public, les sociétés américaines et européennes font face aux mêmes difficultés liées à la multiplication de la désinformation et des contenus toxiques. Ces deux phénomènes ont fragilisé les théorisations européennes et américaines de la liberté d'expression. Devant le déferlement de haine et de discours mensongers sur les réseaux sociaux, la doctrine états-unienne est forcée de reconnaître les limites de la métaphore du « marché des idées non entravé ». En Europe, au contraire, la participation spontanée des citoyens sur les réseaux sociaux a affaibli l'idée habermassienne d'un débat rationnel devant être supervisé par l'État. L'une des façons de résoudre les problèmes nés de ces errements théoriques est le dialogue entre ordres juridiques.

Cet article affirme qu'en dépit de leurs différences, les conceptions états-uniennes et européennes de la liberté d'expression sont réconciliables à l'ère digitale. Non seulement ces conceptions sont réconciliables, mais les différentes conceptualisations permettent également de résoudre, en pratique, des questions concernant les limites matérielles du contrôle, et la compétence pour adopter un tel contrôle, à travers une perspective pluraliste.

La distinction entre la « sphère publique » (*public discourse*) et la « sphère privée » est essentielle pour comprendre comment les États-Unis résolvent la tension entre l'absolutisme du Premier amendement et les normes de civilité qui rendent possible toute conversation – sans parler du processus de délibération. Parce que le Premier amendement s'applique à l'État mais pas aux acteurs privés (à l'exception des cas dits de « quasi-espaces publics⁸ »), les acteurs privés sont libres d'appliquer leurs propres standards à l'intérieur des espaces qu'ils possèdent⁹. Les espaces privés sont souvent qualifiés de « communautés ». Cette distinction entre espace privé et espace public est essentielle pour comprendre non seulement le processus de modération des contenus sur les réseaux sociaux, mais aussi pourquoi les conceptions européennes et américaines de la liberté d'expression sont en pratique réconciliables. Alors que le Premier amendement laisse une grande place aux acteurs privés (ce qui inclut les réseaux sociaux) pour s'organiser à l'intérieur de chaque communauté, la doctrine américaine n'est pas d'une grande utilité pour contraindre les acteurs privés ni pour prendre en compte et atténuer les différences de pouvoir dans l'espace public. Le législateur européen a pris acte de cet état de fait et a tiré parti de la liberté laissée aux acteurs privés dans le système américain pour les forcer à mettre en œuvre des règles de civilité et de vie privée. Les citoyens américains ont en retour bénéficié et continueront de bénéficier des régulations imposées par le législateur européen, alors que la conceptualisation du Premier amendement rend difficile une telle intervention. Les interactions entre systèmes juridiques est ce qui a rendu possible le système actuel, menant à ce que Jack Balkin appelle « la liberté d'expression en triangle¹⁰ ».

⁸ Voir États-Unis, Cour suprême, *Marsh v. Alabama*, 326 US 501 (1946) dans lequel la Cour suprême considère que le propriétaire privé d'une ville gérée par cette entreprise ne pouvait pas interdire la distribution de matériaux religieux par un témoin de Jéhovah dans une rue de la ville. Voir aussi *Food Employees Union v. Logan Valley Plaza*, 391 US 308 (1968), dans laquelle la Cour considéra qu'un centre commercial était l'équivalent fonctionnel de la ville privée dont il était question dans *Marsh*. Ces deux arrêts constituent les fondements de la doctrine du « public forum ».

⁹ K. EL HILALI, *De la surveillance à la vigilance de l'État. Le contrôle des informations et des plateformes aux États-Unis*, op. cit., p. 271-283 et 367-375.

¹⁰ J. BALKIN, « Free Speech Is a Triangle », *Columbia Law Review*, 118, 2018 [2011], 56.

Pour étayer cet argument, l'article est structuré de la façon suivante : la partie I revient sur les différentes justifications philosophiques pour protéger la liberté d'expression en Europe et aux États-Unis. La partie II revient sur les deux principales distinctions dans la mise en œuvre de la liberté d'expression entre l'Europe et les États-Unis. La partie III explique pourquoi ces différences sont réconciliables – et même bénéfiques – à l'ère des réseaux sociaux.

I. DES JUSTIFICATIONS PHILOSOPHIQUES DIFFÉRENTES POUR LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

La métaphore du marché des idées non entravé (*uninhibited marketplace of ideas*) a dominé l'interprétation du Premier amendement au XX^e siècle aux États-Unis. Cette métaphore reflète le fait que tous les types de discours, même ceux potentiellement néfastes, sont vus comme nécessaires pour garantir la légitimation démocratique (A). En Europe, le fondement philosophique de la liberté d'expression est le processus de délibération dans la recherche d'un compromis ou d'une prise de décision (B).

A. Le marché des idées non entravé aux États-Unis

Au XX^e siècle, le Premier amendement a progressivement été conceptualisé à travers la métaphore dominante du « *marketplace of ideas* », une métaphore qui avait été formulée pour la première fois par Justice Holmes en 1919, dans son opinion dissidente de l'arrêt *Abrams vs United States*¹¹ :

Quand les Hommes auront réalisé que le temps a bouleversé leurs nombreuses croyances, ils pourront en venir à croire, plus encore qu'ils ne croient aux fondements mêmes de leur propre conduite, que le bien ultime qu'ils recherchent est mieux atteint par le libre-échange des idées – que le meilleur test pour la vérité est le pouvoir de la pensée de se faire accepter dans la compétition du marché, et que la vérité est le seul fondement sur lequel leurs souhaits peuvent être réalisés en toute sécurité¹².

Les fondements théoriques de cette métaphore remontent notamment au livre de John Stuart Mill, *On Liberty*¹³, dans lequel l'auteur défend la liberté d'expression. Dans le second chapitre du livre, Mill explique qu'une société doit accueillir tous les discours, même ceux qu'elle trouve répréhensibles. En effet, l'expression d'opinions, même fausses, peut aider, à travers le débat, à accéder à la vérité plus facilement¹⁴. Les justifications de Mill et dans une moindre mesure, d'Holmes, sont épistémologiques plus que politiques. Mill et Holmes font de la recherche de la vérité la justification la plus importante de la liberté d'expression et de discussion.

¹¹ États-Unis, Cour Suprême, *Abrams vs United States*, 250 U.S. 616 (1919).

¹² États-Unis, Cour Suprême, *Abrams vs United States*, 250 U.S. 630 (Holmes, opinion dissidente).

¹³ J. S. MILL, *On Liberty*, Mineola, NY, Dover Publications, 2002.

¹⁴ Cette conception fut retenue par la Cour suprême dans l'arrêt *Dennis v. United States* 341 US, 494, 550 (1951): « L'histoire de la civilisation est, dans une large mesure, l'histoire du remplacement d'une erreur, autrefois considérée comme une vérité officielle, par des croyances, qui à leur tour ont succombé à d'autres vérités. Par conséquent, la liberté de l'homme de chercher la vérité ne doit pas être entravée, quelle que soit l'orthodoxie qu'il souhaite contester. »

Dans cette perspective, la vérité est vue comme objective et absolue¹⁵. Cette conception pose évidemment problème puisque la majorité des opinions ne sont ni vérifiables ni objectives : elles sont relatives. Justice Holmes était cependant conscient de cette tension. Dans une lettre à son ami Sir Frederick Pollock, datant de 1908, il écrit que « la vérité pour une personne est un mensonge pour une autre personne¹⁶ ». Il semble donc concevoir la vérité non pas comme objective et unanime, mais comme l'opinion la plus forte qui subsiste après un vigoureux débat. Holmes considère donc la liberté d'expression comme la condition nécessaire pour qu'une société puisse faire des choix pragmatiques et qu'elle détermine la direction dans laquelle elle souhaite s'engager¹⁷.

Dans l'arrêt *Whitney v. California*¹⁸, Justice Brandeis, joint en concurrence par Justice Holmes, adopta une vision politique – et non épistémologique, du marché des idées :

Ceux qui gagnèrent notre indépendance croyaient que le but final de l'État était de rendre les Hommes libres de développer leurs facultés, et que dans le gouvernement, les forces de délibération devaient prévaloir sur l'arbitraire. Ils valorisaient la liberté à la fois comme un but et comme un moyen [...]. Ils reconnaissaient les risques auxquels toutes les institutions humaines sont sujettes. Mais ils savaient que l'ordre ne pouvait être atteint par la peur de la punition des infractions ; qu'il est dangereux de décourager la pensée, l'espoir, l'imagination ; que la peur conduit à la répression ; que la répression conduit à la haine ; que la haine menace la stabilité du gouvernement ; que le chemin de la sécurité repose dans l'opportunité de discuter librement les prétendus griefs et les solutions proposées ; et que les solutions appropriées aux mauvais conseils sont les bons conseils.

Cette opinion, passionnante et fondamentale dans l'histoire de la liberté d'expression aux États-Unis, envisage la liberté d'expression comme nécessaire à la fois pour la formation de l'opinion publique et pour la légitimation du gouvernement. Si les citoyens sont libres de s'exprimer, de participer à la formation de l'opinion publique à laquelle le gouvernement est réceptif, ils peuvent par la suite se considérer comme les auteurs de l'action gouvernementale. La liberté d'expression permet donc la légitimation démocratique, à travers la réconciliation entre l'autonomie individuelle et collective. Alors que le phénomène majoritaire est parfois vu comme en tension avec l'autonomie individuelle, car il impose la volonté de la majorité sur la minorité¹⁹, la liberté d'expression permet de résoudre cette tension car il situe la légitimation sur des processus antérieurs à la prise de décision²⁰.

¹⁵ S. DOUGLAS-SCOTT, « The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches », *William & Mary Bill of Rights Journal*, 7, 1999, p. 335.

¹⁶ Letter from Holmes to Pollock (July 6, 1908), 1 *Holmes-Pollock letters: The correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932*, p. 104 (ed. by M. De Wolfe Howe, 1961).

¹⁷ I. TEN CATE, « Speech, Truth, and Freedom: An Examination of John Stuart Mill's and Justice Oliver Wendell Holmes's Free Speech Defenses », *Yale Journal of Law and the Humanities*, 22, 2010, p. 35-82.

¹⁸ États-Unis, Cour Suprême, *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

¹⁹ R. POST, « Between Democracy and Community: The Legal Constitution of Social Form », *Nomos* 35, 1993, p. 163-90.

²⁰ *Ibid.*, p. 170.

B. Le fondement européen : le processus de délibération

En Europe, l'idéal rousseauiste a eu plus de force qu'aux États-Unis. Rousseau résout la tension entre les choix individuels et collectifs en créant la fiction de la « volonté générale ». Selon cette théorie, la volonté générale est distincte de l'addition des volontés privées :

Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières : mais ôtez de ces volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent reste pour somme des différences la volonté générale²¹.

Cette distinction entre volonté de tous et volonté générale est fondée sur l'idée, ou l'utopie, que les citoyens peuvent décider de ne pas penser à leurs intérêts privés, mais à l'intérêt général, c'est-à-dire au bien commun, lorsqu'ils prennent une décision. Dans la théorie de Rousseau, c'est la volonté générale qui fonde la légitimité du pouvoir politique. Des auteurs postérieurs ont mis l'accent sur les risques que cet engagement majoritaire poserait à la démocratie représentative : la conception de Rousseau nierait en effet qu'il peut exister plusieurs « volontés » légitimes et que la volonté des citoyens minoritaires, à défaut d'être suivie, est aussi légitime à être exprimée et débattue. Alexis de Tocqueville a utilisé le terme de « despotisme » de la majorité²² pour décrire ce risque.

Pour remédier à cette tension, les théoriciens européens de la démocratie ont généralement considéré que la démocratie devait impliquer la participation de tous les citoyens au processus menant à la prise de décision. Hans Kelsen a par exemple expliqué l'importance de l'opinion publique pour la démocratie : « La volonté d'une communauté, en démocratie, est toujours créée à travers une discussion permanente entre majorité et minorité, à travers la considération libre d'arguments pour et contre une régulation. Cette discussion a lieu non seulement au parlement mais aussi lors de meetings politiques, dans les journaux, livres, et autres véhicules de l'opinion publique. Une démocratie sans opinion publique est une contradiction en soi²³. »

Contrairement à Rousseau, qui est préoccupé par la substance de la volonté générale (la volonté générale est légitime parce que les citoyens ont mis de côté leurs intérêts privés), Kelsen se focalise sur la procédure : la décision est légitime parce qu'elle a été prise à l'issue d'un processus valide de délibération²⁴. Au sein de cette procédure, tous les participants doivent être à même de s'exprimer librement et sont considérés comme des égaux²⁵. C'est ici que les conceptions américaines et

²¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, 2011, p. 61 (1^{ère} version 1762).

²² A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, T1, Paris Flammarion, 1981, p. 230 (1^{re} version 1835) : « Les démocraties sont naturellement portées à concentrer toute la force sociale dans les mains du corps législatif. Celui-ci étant le pouvoir qui émane le plus directement du peuple, est aussi celui qui participe le plus de sa toute-puissance. On remarque donc en lui une tendance habituelle qui le porte à réunir toute espèce d'autorité dans son sein. Cette concentration des pouvoirs, en même temps qu'elle nuit singulièrement à la bonne conduite des affaires, fonde "le despotisme de la majorité". »

²³ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1997, p. 289.

²⁴ R. POST, « Between Democracy and Community », art. cité.

²⁵ F. I. MICHELMAN, « Law's Republic », *Yale Law Journal*, 97, 1988, p. 1493-1538 ; J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987.

européennes tendent à diverger. Alors que dans la conception européenne, le débat a une finalité, celui de la prise de décision et la recherche du bien commun²⁶, le but attaché à la liberté d'expression dans la conception états-unienne est beaucoup plus ouvert. L'opinion publique, dans la conception américaine, n'est pas seulement protégée pour légitimer la mise en œuvre des décisions par le gouvernement, après un débat public rationnel²⁷. La formation de l'opinion publique est au contraire toujours en mouvement, agonistique et sans but particulier²⁸. Elle joue un rôle même lorsque la décision a déjà été prise²⁹. Dans cette conception, la démocratie n'est pas seulement délibérative, elle est surtout réactive, et la liberté d'expression ne protège pas seulement la formation de la volonté générale, mais aussi et surtout l'autonomie des individus à l'intérieur de la société. Le débat public est plus individualiste aux États-Unis qu'il ne l'est en Europe, parce que les buts poursuivis sont différents. En Europe, le but du débat public est avant tout la formation d'une décision considérée comme légitime, éventuellement à travers la formation d'un consensus. Aux États-Unis, le but du débat public est la réactivité du gouvernement à la volonté du peuple, mais aussi la réconciliation de l'autonomie individuelle et de l'autonomie collective. L'autonomie individuelle est une valeur beaucoup plus importante pour la liberté d'expression aux États-Unis qu'en Europe parce que c'est ce qui permet, dans la conception américaine, de créer la fiction selon laquelle le peuple est l'auteur des décisions gouvernementales. Il en résulte qu'aux États-Unis, la possibilité pour n'importe quel individu de s'exprimer de la manière dont il le souhaite prime sur les externalités négatives que ce discours peut créer pour d'autres personnes³⁰. Le Premier amendement protège généralement les prérogatives des individus contre le groupe³¹. Cette protection est légitimée par le postulat que le discours d'un individu pourrait pousser un autre individu à changer d'avis, mais aussi parce que l'impossibilité de s'exprimer est perçue comme une

²⁶ *Ibid.*, p. 81. J. Habermas explique que la structure de communication est façonnée par une volonté d'atteindre « une volonté commune, façonnée par la communication et clarifiée par le discours dans la sphère publique politique ».

²⁷ Même si c'est parfois le cas. La procédure de « *notice and comment* » en droit administratif américain est à mon avis représentative de cette vision. Toute « règle législative » prise par une autorité administrative n'est légale et constitutionnelle que si l'autorité a répondu à tous les commentaires substantiels émis par les parties prenantes.

²⁸ R. POST, « *Between Democracy and Community* », art. cité.

²⁹ Voir l'opinion dissidente de Brandeis dans *Whitney v. California*.

³⁰ Voir États-Unis, Cour Suprême, *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940), p. 310: « Dans le domaine de la foi religieuse, et dans celui des croyances politiques, de fortes différences se font jour. Dans ces deux domaines, le credo d'un homme peut sembler, pour son voisin, l'erreur la plus importante. Dans le but de persuader les autres de son propre point de vue, le plaideur, nous le savons, recourt parfois à l'exagération, à la diffamation des hommes qui ont été ou sont éminents au sein de l'Église ou de l'État, et même aux fausses déclarations. Mais les individus de cette Nation ont établi, à la lumière de l'histoire, qu'en dépit des possibilités d'excès et d'abus, ces libertés sont, sur le long terme, essentielles à l'avis éclairé et à la conduite juste de la part des citoyens d'une démocratie. Les caractéristiques essentielles de ces libertés sont que sous leur protection, de nombreuses formes de vie, caractères, opinions et de croyances peuvent se développer sans entrave ni obstruction. Cette protection n'est nulle part plus importante que dans notre propre pays, composé d'individus de plusieurs races et croyances. »

³¹ Voir par exemple États-Unis, Cour suprême, *Snyder v. Phelps* 562 US 443 (2011) dans lequel la Cour suprême considère que le Premier amendement interdit l'imposition d'une responsabilité civile envers les membres d'une Église qui manifestèrent à l'enterrement d'un marine pour contester son homosexualité. R. POST, « *Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment* », *California Law Review*, 76, 1988, p. 320.

intrusion dans l'autonomie individuelle et politique du citoyen, intrusion qui remet en cause par essence la fiction selon laquelle les citoyens sont les auteurs des décisions gouvernementales.

Ces différentes théorisations ont eu un impact très important sur la façon dont le débat public est organisé en pratique.

II. LES INCOMPRÉHENSIONS PRATIQUES ENTRE DROITS AMÉRICAIN ET EUROPÉEN DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

Il existe deux types de différences, que l'on peut même qualifier d'incompréhensions, entre les deux systèmes. L'incompréhension substantielle concerne la régulation par l'État des discours néfastes (A). L'incompréhension structurelle concerne l'application verticale ou horizontale des droits fondamentaux (B).

A. L'incompréhension substantielle : la régulation des discours néfastes

En Europe, l'État est compétent pour mettre en œuvre des règles de civilité qui incluent l'interdiction des propos perçus comme entravant le processus de délibération politique (1). Ce n'est pas le cas aux États-Unis (2).

1) *En Europe, la mise en œuvre par l'État des règles de civilité*

a) L'exemple de la CEDH et de l'Allemagne

Nous avons vu que la théorie européenne de la liberté d'expression est justifiée par la participation du peuple à la prise de décision gouvernementale à travers la délibération publique. Cependant, dans la conception européenne, certains types de discours sont vus comme perturbant plutôt qu'encourageant le processus de délibération publique. La conception européenne a été résumée, entre autres, par le concept d'agir communicationnel d'Habermas. Ce concept permet d'expliquer les conditions nécessaires à la formation d'un consensus rationnel. Habermas est lui-même inspiré par Kant, qui a eu beaucoup d'influence sur le droit allemand. La conception de dignité humaine dégagée par Kant peut expliquer pourquoi certains discours sont jugés néfastes par essence, et peuvent donc être légitimement interdits. L'architecture des droits peut aussi expliquer pourquoi il est légitime de restreindre certains discours en Europe, sans pour autant remettre en cause l'essence de la liberté d'expression³². Dans les modèles non américains, lorsqu'un droit est identifié, le juge procède généralement à un contrôle de proportionnalité entre ce droit et d'autres intérêts concurrents. Ceci n'est pas le cas du modèle américain, dans lequel l'arbitrage judiciaire est résolu par la délimitation de ce droit. Une fois qu'un acte verbal a été qualifié de discours au sens du Premier amendement, cet acte jouit d'une protection très importante, presque absolue³³.

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme est un exemple parfait de la vision non absolutiste de la liberté d'expression. L'alinéa 2 de cet

³² F. SCHAUER, « Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture » in G. NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, 1st ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 49-69.

³³ *Ibid.*

article dispose que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et la prévention du crime ». Cet alinéa permet la mise en balance des intérêts. La Cour européenne des droits de l'Homme résout généralement la balance en se demandant si la restriction est « nécessaire dans une société démocratique » comme le requiert l'alinéa 2³⁴. La Cour a généralement exigé qu'il existe un « besoin social impérieux³⁵ » pour la restriction et a considéré que la restriction ne devrait pas être plus intrusive que nécessaire pour accomplir ce but³⁶. Les lois qui régulent les insultes et le racisme sont généralement considérées comme nécessaires et répondant à ce besoin social impérieux. La Cour a par exemple jugé que la condamnation en droit allemand de David Irving, qui avait affirmé que l'existence des chambres à gaz était un mensonge, n'était pas contraire à l'article 10 de la Convention³⁷. Selon la Cour, cette condamnation était nécessaire dans une société démocratique et l'intérêt public que constitue la prévention des crimes en droit allemand supplantait la liberté d'expression du requérant. Dans l'arrêt *Jersild*³⁸, un journaliste danois avait été condamné pour avoir transmis à la télévision une interview avec un groupe de skinheads qui y exprimaient des opinions racistes et extrêmement offensantes³⁹. La Cour considéra que la condamnation de ce journaliste était contraire à l'article 10 de la Convention. Il faut toutefois noter que la condamnation du groupe de skinheads n'était pas contestée devant la cour⁴⁰. L'opinion majoritaire était par ailleurs assortie d'une substantielle opinion dissidente, à laquelle sept juges sur dix-neuf se joignirent. Cette opinion considérait que les propos haineux diffusés à la télévision, même si elle visait à provoquer une réaction de rejet auprès des téléspectateurs, constituait un risque important pour les jeunes téléspectateurs qui pourraient être séduits par ces propos⁴¹.

De la même façon que l'article 10 de la Convention, l'article 5(1) de la loi fondamentale allemande garantit la liberté d'expression, mais prévoit dès l'article 5(2) les limites à cette liberté. L'article 5(2) dispose que : « ces droits sont limités par les dispositions des lois générales, les dispositions législatives pour la protection des mineurs et le droit de l'inviolabilité de la dignité humaine. » La loi fondamentale allemande accepte les restrictions aux droits fondamentaux, tant que

³⁴ S. DOUGLASS-SCOTT, « The Hatefulness of Protected Speech », art. cité.

³⁵ Cour Européenne des droits de l'Homme, *Handyside contre Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, p. 754.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ CourEDH, Affaire 26551/95 *David Irving contre Allemagne*, 26 juin 1996. Voir aussi CourEDH, Affaire 25991/94 *Nationaldemokratische Partei Deutschlands contre Allemagne*, 23 avril 1994.

³⁸ CourEDH, Affaire 15890/89, *Jersild contre Danemark*, 25 juillet 1989, p. 7-11.

³⁹ Ces affirmations incluaient qu'« un Nègre n'est pas un être humain, c'est un animal et ceci vaut pour tous les autres travailleurs étrangers, Turcs, Yougoslaves, quel que soit leur nom », *Ibid.*, p. 5.

⁴⁰ L'article 130 du Code pénal allemand requiert que les journalistes qui reproduisent de telles déclarations le fassent avec un commentaire critique.

⁴¹ *Jersild*, 19 Eur. H.R. Rep. at 32 (G6lcoklfl, Russo & Valticos, JJ., dissenting).

ces restrictions sont explicites, prévues par une loi générale, et d'une façon qui préserve l'essence même du droit⁴².

L'article 130 du Code pénal interdit les attaques à la dignité humaine qui sont susceptibles de troubler la paix publique, par des propos diffamatoires ou injurieux. Il interdit également l'incitation à la haine⁴³. L'article 131 punit la production ou la dissémination d'écrits incitant à la haine raciale. Dans le cas Irving, jugé en Allemagne, le tribunal constitutionnel mit en avant que l'article 5(1) n'était pas une protection absolue de la liberté d'expression, mais que des limitations à cette liberté étaient possibles en vertu de l'article 5(2) et que certaines règles avaient été développées pour effectuer cette balance. La Cour considéra que la protection de l'identité personnelle prévalait normalement sur la liberté d'expression, dans les cas où l'expression prenait la forme d'abus ou d'insultes.

En plus de la référence traditionnelle à Kant, il est assez courant d'expliquer la primauté du concept de dignité sur la liberté d'expression par la période historique nazie de l'Allemagne. Des 1937, Karl Loewenstein, un professeur allemand qui avait fui aux États-Unis, forgea le terme de « démocratie militante⁴⁴ » pour faire référence à la nécessité de protéger la démocratie contre elle-même. Il s'agissait notamment d'empêcher les ennemis de la démocratie d'utiliser les institutions démocratiques et les droits prévus par la Constitution dans le but de faire tomber la démocratie. Les défenseurs du concept font souvent référence à Goebbels, qui s'enorgueillissait que les nazis soient arrivés au pouvoir démocratiquement⁴⁵. Après la guerre, le concept de démocratie militante fut adopté par le droit positif. L'idée selon laquelle la République de Weimar n'avait pas pu empêcher la chute de la démocratie du fait de sa tolérance envers ses ennemis a même été mise en avant par la Cour constitutionnelle allemande dans un arrêt de 1956 concernant l'interdiction du parti communiste allemand⁴⁶. La Cour considéra que le régime de Weimar avait abandonné toute solution, et qu'elle avait maintenu son indifférence politique et avait donc succombé au plus agressif des partis totalitaires⁴⁷. Ces affirmations semblent toutefois inexactes, et ce pour plusieurs raisons⁴⁸.

D'un point de vue historique d'une part, de nombreux auteurs ont maintenant démontré que la chute du régime de Weimar avait des racines politiques et économiques, plus que juridiques. Contrairement aux idées reçues⁴⁹, l'arrivée au pouvoir des nazis peut être expliquée non par un excès de démocratie, mais par les

⁴² Article 19 de la loi Fondamentale allemande.

⁴³ Section 130, Incitation à la haine (*Volksverhetzung*) (§ 130 StGB, 1985 BGBl. I S. 965).

⁴⁴ K. LOEWENSTEIN, « Militant Democracy and Fundamental Rights, I », *The American Political Science Review*, 31, n° 3, 1937, p. 417-32.

⁴⁵ A. SAJÓ, « Militant Democracy and Transition towards Democracy », in A. SAJÓ (dir.), *Militant Democracy*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2004, p. 47.

⁴⁶ T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Étude de droit comparé*, Paris, Pedone, 2012, p. 272.

⁴⁷ Allemagne, Tribunal Constitutionnel Fédéral, BVerfGE 5, 85, KPD-Verbot, 17 août 1956, p. 138 (Traduction Hochmann).

⁴⁸ T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Etude de droit comparé, op. cit.*, p. 272.

⁴⁹ P. Cadwell (*Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham, N.C, Duke University Press, 1997) met en lumière le fait que les causes réelles de l'arrivée des nazis au pouvoir ont été masquées par une historiographie conservatrice qui soutenait que la République de Weimar était sans défense à cause d'un excès de parlementarisme.

excès du libéralisme économique et l'affaiblissement des pratiques démocratiques sous Weimar⁵⁰.

D'autre part, comme plusieurs auteurs l'ont montré, l'interdiction par la loi de certains types d'expression a existé bien avant l'adoption de la Loi fondamentale allemande en 1947. L'article 118 de la constitution du Reich protégeait déjà la liberté d'expression « dans les limites des lois générales ». Une loi générale est une loi qui protège un intérêt juridique pour lui-même : l'intérêt dont il est question peut être violé par l'expression comme par d'autres moyens, et la loi qui entend le protéger n'est pas dirigée en particulier contre la liberté d'expression⁵¹. Selon Thomas Hochmann, l'exigence d'une loi générale pour restreindre la liberté d'expression ne s'oppose pas à des restrictions visant à protéger un intérêt qui ne pourrait être enfreint que par l'expression, tel que la diffamation ou la calomnie⁵². L'apparent paradoxe qui en découle peut être expliqué, selon cet auteur, par la double signification de la « généralité » de la loi. Dès le début du XIX^e siècle, il a été affirmé en France et en Allemagne que les lois régulant la presse devaient être générales, c'est-à-dire qu'elles devaient s'appliquer non seulement à la presse mais à tous types d'expression. Les contenus interdits dans la presse devaient l'être aussi dans la vie courante. Les lois de presse étaient alors considérées comme générales, par opposition à « sectorielles ». Mais une loi régulant la diffamation, dans la presse, et en dehors, pouvait toujours être considérée comme « spéciale » puisqu'elle ne régulait que l'expression. En réalité, l'exigence de « généralité » était considérée comme remplie à partir du moment où la loi régulait l'expression pour protéger un autre intérêt, et ne visait pas l'expression en soi. Il devait y avoir un lien entre l'expression et la conséquence de cette expression sur une autre personne⁵³. L'idée que l'expression pouvait être limitée pour protéger l'intérêt d'une autre personne ne peut pas être expliquée seulement par le concept de démocratie militante. Certains auteurs remettent également en cause l'origine kantienne des limites de la liberté d'expression, qui trouveraient plutôt leurs sources dans les concepts féodaux d'honneur et de respect personnel.

b) Un processus d'extension des honneurs et du respect personnel aux classes non aristocratiques

Comme le démontre James Whitman, la conceptualisation différente de la liberté d'expression entre les États-Unis et l'Europe au XX^e siècle repose sur des différences historiques profondes. L'idée que certains types de discours ne peuvent pas faire partie de la discussion repose, en Europe, sur une conception féodale de

⁵⁰ Voir en général M. WILKINSON, « Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce? », *European Law Journal*, 21, n° 3, 2015, p. 313-39 ; K. POLANYI, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, 2nd Beacon Paperback ed, Boston, MA: Beacon Press, 2001, p. 246. M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Herman Heller a inventé le terme de « libéralisme autoritaire » pour décrire la fin de la République de Weimar (1930-1932). Cette période fut dominée par l'utilisation des « pouvoirs présidentiels d'urgence, par le contournement du Parlement et par l'exercice d'une violence paramilitaire ». Voir H. HELLER, « Authoritarian Liberalism? », *European Law Journal*, 21, n° 3, 2015, p. 295-301.

⁵¹ K. ROTHENBÜCHER, « Das Recht der freien Meinungsäußerung », in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin/Leipzig, Walter de Gruyter, 1928, p. 6-43, cité par T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Étude de droit comparé*, op. cit., p. 225.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, p. 226.

l'honneur et du respect personnel⁵⁴. Les règles de déférence, qui s'appliquaient jusqu'au XVIII^e siècle seulement aux aristocrates, ont été étendues progressivement, selon James Whitman, aux classes inférieures. L'engagement pour l'égalité qui caractérise le XIX^e siècle en Europe a mené à la généralisation des règles de déférence concernant non pas la dignité mais surtout l'honneur. Cette nouvelle culture du respect, antérieurement liée au statut et désormais élargie à toute la population, aurait, selon James Whitman, contribué à la régulation de la haine et aux autres formes d'incivilités. Alors que l'égalité s'est concrétisée en Europe par un nivellement par le haut, c'est-à-dire par l'extension des privilèges du passé à toutes les classes sociales, ce même principe d'égalité s'est concrétisé aux États-Unis par un nivellement par le bas, c'est-à-dire en rejetant toute marque de respect imposée par le droit⁵⁵. Ceci découle sans doute de l'absence d'une classe aristocratique aux États-Unis, et l'absence conséquente d'une éthique féodale comme celle qui existait en Europe⁵⁶ et peut expliquer, en partie, le rejet des lois régulant la diffamation de groupe (qui aurait pu être la base juridique d'une régulation des propos haineux et discriminatoires, visant en particulier les minorités raciales).

2) Aux États-Unis, l'absence de mise en œuvre par l'État des règles de civilité

Comme nous l'avons expliqué dans la première partie, la métaphore du « marché non-entravé des idées » a guidé l'interprétation du Premier amendement dans la seconde moitié du XX^e siècle aux États-Unis. Selon la théorie sous-tendant cette métaphore, le remède aux faux discours est « plus de discours⁵⁷ ». Pour cette raison, il est communément admis que le Premier amendement ne permet pas au gouvernement d'intervenir pour distinguer les discours qui sont protégés et ceux qui ne le sont pas en se fondant sur le point de vue, ou même le contenu du discours. Cette interdiction de ce qu'on appelle techniquement « la discrimination selon les points de vue » (*viewpoint discrimination*) ou encore « la discrimination selon le contenu » (*content discrimination*), s'étend même aux points de vue selon lesquels certaines races ou religions sont inférieures, que la haine envers les minorités est désirable, ou encore que certaines actions illégales ou violentes se justifient contre des personnes au nom de leur race, de leur ethnicité, ou de leurs croyances religieuses⁵⁸.

Dans l'arrêt *Beauharnais v. Illinois* de 1952⁵⁹, la Cour suprême avait d'abord accepté de considérer constitutionnelle une loi de l'État de l'Illinois qui

⁵⁴ J. WITHMAN, « Enforcing Civility and Respect: Three Societies », *Yale Law Journal*, 109, n° 6, 2000, p. 1279-1398.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ L. HARTZ, *The Liberal Tradition in America: An Interpretation of American Political Thought since the Revolution*, San Diego, Harcourt Brace Jovanovich, 1991.

⁵⁷ Voir *Whitney v. California*, précité : « S'il y a du temps pour exposer à travers la discussion les supercheries et les erreurs, pour éviter le mal par les processus d'éducation, alors la solution à appliquer est plus d'expression, pas le silence forcé. »

⁵⁸ États-Unis, Cour Suprême, *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). G. STONE, « Content Regulation and the First Amendment », *William and Mary Law Review*, 25, n° 2, 1983, p. 189-252 ; F. SCHAUER, « Slippery Slopes », *Harvard Law Review*, 99, n° 2, 1985, p. 361-83 ; J. ELY, « Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis », *Harvard Law Review*, 88, 1975, p. 1482.

⁵⁹ États-Unis, Cour suprême, *Beauharnais v. Illinois* 343 U.S. 250 (1952).

criminalisait la publication ou l'exposition de tout écrit ou image qui dépeignait « la dépravation, la criminalité, l'immaturation ou le manque de vertu d'une catégorie de citoyens de toute race, couleur, croyance ou religion ». Beauharnais avait été pénalement condamné sur le fondement de cette loi car il avait distribué des tracts demandant à ce que le maire de Chicago « mette un terme à l'empiètement, au harcèlement et à l'invasion des Blancs, de leurs biens, de leurs quartiers et de leurs personnes par les Noirs ». La Cour suprême déclara la loi et la condamnation pénale constitutionnelles. Justice Frankfurter, l'auteur de l'opinion majoritaire, expliqua que le discours en question n'était pas protégé par le Premier amendement parce qu'il avait violé « la diffamation de groupe » (*group libel*). La diffamation (*libel*) est l'un des seuls types de discours non protégé par le Premier amendement⁶⁰, et le fait d'établir qu'il pouvait exister une « diffamation de groupe » permettait donc de condamner les discours haineux et racistes.

L'exclusion de la diffamation de groupe de la protection du Premier amendement fut toutefois seulement de courte durée.

Dans l'arrêt *Brandenburg v. Ohio*⁶¹, en 1969, la Cour suprême revint partiellement sur ce principe. En l'espèce, un membre du Ku Klux Klan avait été incriminé en vertu d'une loi de l'Ohio qui interdisait l'appel à la violence lors des manifestations. Ce leader du KKK avait participé à une manifestation, lors de laquelle il proféra un discours incitant à la vengeance contre les « nègres » et les juifs, et appela à marcher sur le Congrès le 4 juillet. La Cour suprême annula la condamnation, et jugea la loi inconstitutionnelle. La Cour déclara que le gouvernement ne pouvait pas punir les discours incendiaires, à moins que ces discours ne visent à « inciter ou produire des actions illégales imminentes et soient susceptibles de provoquer ou de produire de telles actions ». Dans cet arrêt, la Cour considéra alors que les discours d'incitation à la haine, qui incluent la « diffamation de groupe » étaient protégés par le Premier amendement, tant qu'il n'existait pas de « danger clair et imminent » (*clear and present danger*), un standard établi par l'arrêt *Schenck v. United States*⁶².

Le rejet de l'interdiction de la diffamation de groupe se fonde, selon la doctrine dominante, sur le fait que dans les limites de la sphère publique, les personnes ne sont pas considérées comme faisant partie d'un groupe, mais comme des individus à part entière. Les individus doivent pouvoir se sentir libres de rejeter leur affiliation à tel ou tel groupe⁶³. La structure de la communication à l'intérieur de la sphère publique est individualiste : l'auto-détermination individuelle est primordiale. En conséquence, l'attaque contre un groupe ne peut être considérée comme une attaque personnelle. De la même façon, selon les théories américaines

⁶⁰ Dans l'arrêt *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942) la Cour suprême définit de manière étroite les « types » d'expression qui ne sont pas protégées par le Premier amendement. Cela inclut l'obscène, le profane, la diffamation, et les insultes susceptibles de troubler l'ordre public. Toutefois, dans l'arrêt *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1954), la Cour a restreint considérablement la portée de cette protection en considérant que lorsqu'il s'agissait d'une personne publique (*public official*), il était nécessaire que la déclaration ait été faite « avec l'intention de nuire » (*with actual malice*).

⁶¹ États-Unis, Cour Suprême, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

⁶² États-Unis, Cour Suprême, *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

⁶³ R. POST, « Racist Speech, Democracy, and the First Amendment », *William and Mary Law Review*, 32, n° 2, 1990, p. 267-328.

dominantes, la possibilité de critiquer les groupes, même dans des termes haineux, permet de soumettre la constitution de ces groupes à débat⁶⁴.

Ces justifications ne semblent pas satisfaisantes : elles minimisent grandement les préjudices psychologiques infligés aux personnes qui font partie des groupes historiquement opprimés aux États-Unis, telles que les personnes noires, les Amérindiens et les Juifs⁶⁵. Ces règles créent le contraire de l'effet désiré : elles sapent le principe d'égalité parce qu'elles participent à l'idée qu'il est légitime de s'attaquer à certaines personnes en raison de leur race ou de leur religion⁶⁶. Les discours de haine raciale peuvent empêcher les victimes de ces discours de s'exprimer, parce que ces personnes ne sont pas considérées comme égales à celles qui les insultent. Ces justifications minimisent également la violence potentielle qui peut découler de l'expression de la haine raciale⁶⁷ : les mots sont performatifs, c'est-à-dire qu'ils changent l'état de la société dans laquelle nous vivons⁶⁸. Une société dans laquelle les discours de haine raciale sont considérés comme légitimes donne l'impression qu'il est légitime d'exercer une violence du fait de la race.

Robert Post a appelé ceci « le paradoxe de la sphère publique » : il explique que le Premier amendement, au nom de l'égalité et de la démocratie, suspend l'application par le droit des règles de civilité qui rendent pourtant possible la délibération publique (et qui pourraient pourtant protéger la participation des catégories les plus fragiles à cette délibération)⁶⁹. L'exceptionnalisme américain concernant les discours de haine, et cette apparente opposition irréconciliable entre les perspectives européennes et américaines sur ce sujet peuvent être modérés, cependant, par un examen plus approfondi des aspects sociétaux dans lesquels ces discours se développent.

B. L'incompréhension structurelle : application verticale contre application horizontale des droits fondamentaux

Un autre aspect essentiel pour comprendre la distinction entre les traditions européennes et états-uniennes concerne l'effet vertical – ou horizontal – des droits fondamentaux. Alors qu'en Europe, les droits constitutionnels peuvent être opposés non seulement à l'État mais aussi aux personnes privées (ce qu'on appelle

⁶⁴ *Ibid.*, p. 297.

⁶⁵ R. DELGADO, « Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling », *Harv. C. R.-C. L. L. Rev* 17, 1982, p. 133: « Les réponses psychologiques à une telle stigmatisation prennent la forme de sentiments d'humiliation, d'isolation ou de haine de soi. En conséquence, il n'est ni inhabituel, ni anormal pour les individus stigmatisés de se sentir ambivalents quant à leur estime de soi et leur identité. Cette ambivalence découle de la prise de conscience, par l'individu stigmatisé, que d'autres personnes le perçoivent comme inférieur aux standards sociaux, standards qu'il a lui-même intériorisés. Les individus stigmatisés sont donc souvent hypersensibles et anticipent la douleur à l'idée du contact avec les "normaux" ». Voir aussi M. MATSUDA, « Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story Legal Storytelling », *Michigan Law Review*, 87, n° 8, 1989, p. 2320-81.

⁶⁶ R. DOUGLAS-SCOTT, « The Hatefulness of Protected Speech », art. cité, p. 331 ; R. DELGADO, « Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling », art. cité.

⁶⁷ M. MATSUDA, « Public Response to Racist Speech », art. cité.

⁶⁸ J. AUSTIN, *How to Do Things with Words: The William James Lectures Delivered at Harvard University in 1955*, Eastford, CT, Martino Fine Books, 2018.

⁶⁹ R. POST, « Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell* », *Harvard Law Review*, 103, n° 3, 1990, p. 641.

l'application horizontale⁷⁰) (1) ce n'est pas le cas aux États-Unis. Dans ce pays, les droits constitutionnels sont vus comme contraignants pour le gouvernement uniquement⁷¹ (2). Cette différence a des effets sociaux (et pratiques) très importants.

1) *En Europe, la possibilité pour l'État de faire respecter les droits fondamentaux entre personnes privées*

L'effet horizontal des droits constitutionnels signifie que l'État est compétent pour forcer les personnes privées à respecter les droits constitutionnellement protégés d'autres personnes. Cela signifie que le processus de délibération, même lorsqu'il a lieu à travers des moyens de communication appartenant à des personnes privées, peut être supervisé par l'État. Aux États-Unis, la sphère publique repose sur la fiction selon laquelle les individus sont libres et égaux quand ils agissent à l'intérieur de cette sphère publique. Au contraire, en Europe, le législateur et les Cours constitutionnelles ont souvent pris en compte les conditions concrètes d'exercice de cette liberté, et les différences de pouvoir pour intervenir dans la sphère publique.

Dans les années 1950, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a développé la doctrine connue comme *Drittwirkung* (effet des droits constitutionnels sur les tiers). Dans une décision Lüth de 1958⁷², la Cour déclara que : « Ce système de valeurs [créé par les droits constitutionnels], qui s'articule autour de la dignité humaine et le libre épanouissement de la personnalité de chacun à l'intérieur de la communauté sociale doit être regardé comme une décision constitutionnelle fondamentale qui affecte l'intégralité du système juridique. Ce système de valeurs influence le droit privé ; aucune règle de droit privé ne doit rentrer en conflit avec lui, et toutes les normes doivent être interprétées en accordance avec son esprit. » Par cette décision, la Cour constitutionnelle rend les droits constitutionnels opposables non seulement contre l'État mais également contre les tiers.

Dans une décision très importante du Conseil constitutionnel français, *Loi relative à la liberté de Communication*⁷³, le Conseil constitutionnel déclara que

la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information ; qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans

⁷⁰ Dans l'Union européenne, les deux cas les plus importants qui affirment l'application horizontale des droits fondamentaux sont CJCE, *Walrave, L.J.N. Koch contre Association Union cycliste internationale*, Affaire 36/74, 12 décembre 1974 In the European Union (l'article 7 du Traité de Rome, qui interdit les discriminations sur le fondement de la nationalité, s'applique aux organisations privées) et CJCE, *Defrenne contre Sabena*, Affaire 43/75, 8 avril 1976 (le principe d'égalité de traitement entre homme et femme pour un travail égal, contenu dans l'article 119 du Traité, s'applique aux employeurs privés).

⁷¹ S. GARDBAUM, « The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights », *Michigan Law Review*, 102, 2003.

⁷² Lüth, BVerfGE 7, 198 (205).

⁷³ Cons. Const., 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC.

que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché.

Dans cette décision, le Conseil indique clairement que les personnes publiques comme les personnes privées peuvent constituer une menace à la liberté d'expression des citoyens français. Pour cette raison, la régulation pesant sur les personnes privées, visant à protéger le pluralisme des idées et opinions n'est pas contraire à la Constitution. Tout comme en Allemagne⁷⁴ et en Italie⁷⁵, l'intervention de l'État pour garantir le pluralisme externe (incluant une intervention quant à la structure du marché) et le pluralisme interne (intervention quant au contenu fourni par le marché) est conforme à la Constitution.

2) *Le modèle américain : l'effet vertical et la constitution de communautés auto régulées*

Le modèle américain de la sphère publique ressemble plus à un « Hyde Park », c'est-à-dire à un espace de « bavardages incontrôlés » qu'à une assemblée générale. Au sein de cette dernière, l'agenda de la discussion est fixé en avance, et personne ne doit parler à moins que la parole ne lui ait été donnée par le président de l'Assemblée⁷⁶. L'État ne peut pas organiser le débat public de cette manière, parce qu'organiser le débat public reviendrait à imposer une version de l'identité nationale, ce qui est contraire au principe d'auto-détermination. Le principe d'auto-détermination impose, dans la théorie américaine, que l'identité collective, et donc l'organisation du débat public, soient indéterminées ; qu'ils restent sans garants et sans finalités⁷⁷. Justice Harlan a immortalisé cette vision de la sphère publique dans l'arrêt *Cohen v. California*⁷⁸. Il observa que le dialogue démocratique « peut souvent apparaître comme du tumulte verbal, de la zizanie, et même constitué seulement de propos injurieux ». Selon Justice Harlan, ce désordre, cette cacophonie verbale est un effet secondaire nécessaire « dans une société aussi diverse que les États-Unis⁷⁹ ». Cette vision repose sur le fait que la définition des alternatives est l'instrument suprême du pouvoir, car la définition des alternatives définit les conflits possibles, et le choix des conflits permet de distribuer le pouvoir⁸⁰. L'idée que l'État n'est pas compétent pour organiser le débat public, en imposant des obligations aux organisateurs privés de ce débat, repose également sur l'effet vertical des droits fondamentaux. Aux États-Unis, l'application verticale des droits fondamentaux signifie que les droits régulent seulement la conduite de l'action gouvernementale, mais pas les relations entre les citoyens. Cette distinction vis-à-vis du modèle européen résulte de la conception individualiste et libertarienne du droit public américain : la Constitution s'applique uniquement à l'État pour préserver la liberté, l'autonomie et la vie privée des citoyens à l'intérieur de la

⁷⁴ Italie, Cour constitutionnelle, décision 148/1981 du 21 juillet 1981.

⁷⁵ Allemagne, 57 BVerfGE 295 Troisième arrêt sur la télévision (1981).

⁷⁶ A. Meiklejohn (*Political freedom: the constitutional powers of the people*, 1960, p. 24-25) fait cette distinction entre le Hyde Park et l'Assemblée générale.

⁷⁷ R. POST, « Managing Deliberation: The Quandary of Democratic Dialogue », *Ethics*, 103, n° 4, 1993, p. 654.

⁷⁸ États-Unis, Cour Suprême, *Cohen v. California* 403 U.S. 15 (1971).

⁷⁹ *Ibid.*, p. 24-25.

⁸⁰ E. SCHATTSCHNEIDER, *The Semisovereign people: a realist's view of Democracy in America*, 66, 2nd ed., 1975.

sphère privée⁸¹. Les citoyens sont protégés de l'uniformité que produirait l'application obligatoire des normes – et ceci protège l'hétérogénéité constitutive de la société américaine. Cette conception résulte également d'un manque de confiance envers l'État pour organiser le débat public, manque de confiance constitutif de la théorie politique américaine.

Il résulte de ceci, toutefois, qu'à l'intérieur de la sphère privée, les personnes qui ont constitué une communauté sont libres d'appliquer les normes qu'elles pensent nécessaires et appropriées pour l'évolution du groupe qu'elles ont créé. Ceci a rendu possible une distinction très importante entre la sphère publique et la sphère privée, ou entre ce que Robert Post appelle démocratie et communauté. À l'intérieur de la communauté, les personnes privées sont libres d'appliquer des règles qui sont plus strictes que le Premier amendement, et de mettre en œuvre des règles de civilité, parce que le Premier amendement ne s'applique pas à eux. Comme l'a observé le philosophe John Dewey, il n'y a pas de délibération possible quand les individus utilisent leur liberté d'expression pour exercer une violence psychologique les uns contre les autres, ce qui inclut l'intimidation, ou les agressions verbales. Pour se développer et se sentir valorisés, les individus peuvent attendre des autres qu'ils les traitent avec du respect⁸². Alors que, comme nous l'avons vu dans le grand A, le droit du Premier amendement ne met pas en œuvre ces règles de civilité, ceci ne signifie pas que ces règles n'existent pas dans la société américaine.

En effet, les Américains sont généralement moins directs, et plus attentifs à ne pas heurter la susceptibilité d'autres personnes que ne le sont les Européens, encore moins des Français. Malgré leur Premier amendement absolutiste, ou peut-être à cause de celui-ci, les Américains ont généralement internalisé les règles de bienséance qui ne sont pas imposées par la loi, mais qui sont nécessaires et font partie de la socialisation primaire et secondaire. Comme le reconnaît Robert Post, « la conséquence du paradoxe de la sphère publique est que la séparation entre la sphère publique et les communautés dépend, dans une certaine mesure, de la persistance de la civilité. L'autonomie démocratique dépend de la persistance d'autres formes non démocratiques d'organisation sociale, comme l'est la communauté⁸³ ».

Puisque l'État n'est pas compétent pour imposer aux personnes privées les règles découlant du Premier amendement, les personnes privées ne s'attendent pas à ce que les règles du Premier amendement s'appliquent à toutes les parties de leur vie sociale⁸⁴. Les Européens sont habitués à respecter les mêmes règles de

⁸¹ S. GARDBAUM, « The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights », art. cité, p. 394-395. La seule application verticale des droits fondamentaux aux États-Unis résulte du 13^e amendement qui interdit aux personnes publiques comme aux personnes privées de s'engager dans des actes d'esclavage ou de servitude involontaire.

⁸² J. DEWEY, « Creative Democracy — The Task Before Us », in E. T. WEBER (ed.), *America's Public Philosopher*, New York, Columbia University Press, 2021, p. 59.

⁸³ R. POST, « Racist Speech, Democracy, and the First Amendment », art. cité.

⁸⁴ R. POST, « Community and the First Amendment Symposium: Free Speech and Community », *Arizona State Law Journal*, 29, n° 2, 1997, p. 482. « Les mécanismes de socialisation primaire, comme les écoles publiques ou la famille, ne sont pas sujettes aux contraintes constitutionnelles de la sphère publique. » Voir aussi E. Kagan (« Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine », 63 *The University of Chicago Law Review*, 1996) qui soutient que la majorité des États-Uniens voient la garantie du Premier amendement comme régulant seulement les motivations gouvernementales aux restrictions de la liberté d'expression.

bienséance selon qu'ils aillent au club de sport, à l'université, parlent à la télé, etc., parce que les règles découlant de la liberté d'expression s'imposent aux personnes publiques comme aux personnes privées. Au contraire, aux États-Unis, chaque université (privée), chaque école (privée) et chaque club de sport est compétent pour édicter les règles de bienséance qui s'appliqueront dans la sphère privée qu'ils ont fondée. Ceci crée une autre forme de paradoxe, non mentionnée par les auteurs : il est difficile de soutenir que le discours appartient à la sphère privée lorsqu'on s'exprime à l'université, et pourtant les normes de la communauté s'appliquent.

Ce nouveau paradoxe est résolu par ce que Robert Post appelle « le marché des communautés⁸⁵ ». Il existe une idée (et une pratique) répandue selon laquelle si un individu n'est pas satisfait des normes s'appliquant à sa communauté, il peut facilement changer d'Église, d'école, de chaîne de télévision ou même d'université pour trouver une « communauté » qui lui convienne mieux.

Résumons les observations que nous avons faites jusqu'à présent. Il existe deux grandes distinctions entre les conceptions européenne et américaine de la liberté d'expression. L'une peut être qualifiée de « substantive » et se réfère au type de discours pouvant être régulé par l'État ; l'autre peut être qualifiée de « structurelle » et se réfère à la possibilité ou l'impossibilité d'opposer la liberté d'expression aux personnes privées. Ces différences ont des impacts importants sur la façon dont chaque sphère géographique et juridique conçoit la régulation des plateformes⁸⁶, mais elles rendent aussi possible un dialogue important entre les deux ordres (III).

III. LA RÉGULATION DU CONTENU SUR LES RÉSEAUX SOCIAUX ET L'INFLUENCE RÉCIPROQUE ENTRE LES ORDRES JURIDIQUES

Alors que la création des réseaux sociaux aux États-Unis a donné lieu à la création de communautés qui doivent s'autoréguler (A), ceci a donné un pouvoir incommensurable aux plateformes que le droit américain n'est pas capable de saisir et d'encadrer. Les droits européens ont alors tenté d'encadrer le pouvoir des plateformes sur la modération des contenus de leurs utilisateurs, créant de ce fait une hybridation des modèles juridiques, en pratique (B).

A. La création aux États-Unis des réseaux sociaux « auto-gérés »

1) L'adoption de la Section 230 du Communication Act

Les réseaux sociaux, qui ont été créés aux États-Unis, ont profité du haut degré de protection de la liberté d'expression, et du fait que la protection du Premier amendement ne s'applique pas entre personnes privées⁸⁷. Du fait des deux importantes caractéristiques, les entreprises de réseaux sociaux ont eu le pouvoir d'organiser la modération de contenu sur leurs plateformes, et donc d'organiser la liberté d'expression d'autres citoyens. Ce pouvoir a été renforcé par l'adoption de

⁸⁵ R. POST, « Community and the First Amendment... », art. cité, p. 481.

⁸⁶ C. E. HAUPT, « Regulating Speech Online: Free Speech Values in Constitutional Frames », *Washington University Law Review*, 2021.

⁸⁷ K. KLONICK, « The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech », *Harvard Law Review*, 131, n° 6, 2018, p. 1601.

la Section 230 du Communications Act de 1934, introduit par le Communication Decency Act de 1996⁸⁸. La section 230 dispose qu'« Aucun fournisseur ou utilisateur d'un service informatique interactif ne peut être considéré comme l'éditeur ou le locuteur d'une information fournie par un autre fournisseur de contenu d'information ». Cette disposition est suivie d'une clause, connue comme la clause du « bon Samaritain », qui indique explicitement qu'« aucun fournisseur ne peut être tenu pour responsable en raison d'une action prise pour restreindre l'accès à tout matériel, ou toute action prise pour rendre ce matériel disponible ».

L'adoption de cet article de loi constitue une réaction à deux arrêts importants au début des années 1990. L'interprétation conjointe de ces arrêts suggérait que les fournisseurs d'internet agissant en tant qu'intermédiaires seraient considérés comme juridiquement responsables des contenus illicites postés sur leurs sites web, dès lors qu'ils avaient exercé une quelconque discrétion éditoriale, en supprimant les discours qu'ils considéraient comme offensants. Dans le premier cas, *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.*⁸⁹, la Cour de district considéra que CompuServe Inc, le propriétaire du site web en question, n'avait pas examiné activement les contenus postés sur son site, et agissait en conséquence comme un distributeur de contenu, et non un éditeur⁹⁰. Pour cette raison, en l'état du droit américain, il ne pouvait pas être considéré comme responsable pour un contenu illicite dont il n'avait pas connaissance⁹¹.

Dans le second cas, *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co.*⁹², une Cour avait décidé que Prodigy devrait être considéré responsable en tant qu'éditeur pour toutes les publications effectuées sur le site qu'il détenait, et ce parce qu'il avait exercé une activité de modération en effaçant certaines des publications. Il avait pour ce faire utilisé un logiciel automatique, ce qui signifiait qu'il désirait exercer de manière presque systématique un contrôle éditorial⁹³. Ces deux décisions, interprétées conjointement, créaient une situation d'insécurité juridique pour les fournisseurs internet à partir du moment où ils choisissaient d'exercer une quelconque décision éditoriale sur certains contenus publiés par des tiers sur leur site⁹⁴. Ils auraient pu être considérés comme responsables pour un éventail large, et assez imprévisible, d'actes délictueux⁹⁵. La doctrine et le législateur américain

⁸⁸ Amendment to the Communications Act of 1934 by the Communication Decency Act 1996, codified as Section 230 of Title 47 of the US Code. Voir K. EL HILALI, *De la surveillance à la vigilance de l'État. Le contrôle des informations et des plateformes aux États-Unis*, op. cit., p. 264-293.

⁸⁹ États-Unis, District Court for the Southern District of NY, *Cubby Inc. v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

⁹⁰ *Ibid.*, p. 139-140.

⁹¹ Le RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS 581(1) dispose que les distributeurs de contenus ne sont pas responsables du contenu qu'ils distribuent, à moins qu'ils ne connaissent, ou auraient dû connaître le contenu illicite. Voir aussi États-Unis, Cour Suprême, *Smith v. California*, 361 U.S. 147, 153 (1959) dans lequel la Cour considère que rendre un libraire responsable pénalement d'un livre qu'il distribuait mais dont il ne connaissait pas le contenu aurait pour conséquence de dissuader la distribution de la littérature protégée par le Premier amendement.

⁹² États-Unis, Cour suprême de New York, *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co* 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995).

⁹³ *Ibid.*, p. 4.

⁹⁴ ⁹⁴ K. EL HILALI, *De la surveillance à la vigilance de l'État. Le contrôle des informations et des plateformes aux États-Unis*, op. cit., p. 266-267.

⁹⁵ K. KLONICK, « The New Governors », art. cité.

considérèrent que ceci créait un fort effet dissuasif (*chilling effect*, un concept extrêmement présent en doctrine) à la modération de contenus illicites par les distributeurs internet. Cette situation était vue comme une menace au développement d'internet et de la libre circulation des idées sur ces plateformes⁹⁶.

Suite à ces préoccupations, deux députés introduisirent un amendement à la proposition de lois Communication Decency Act qui avait été introduit au Congrès en 1995 dans le but de réguler les contenus indécentes visant les mineurs⁹⁷. Cet amendement, qui devint la Section 230 du Communications Act de 1934, reposait sur le postulat explicite que « les services internet offrent un forum pour une véritable diversité de discours politiques, et qu'ils ont prospéré grâce à un minimum de régulation gouvernementale⁹⁸ ». Ces postulats, formulés explicitement par le législateur, reflétaient l'idéologie numérique utopiste qui prévalait à cette époque dans les discours et en doctrine. Selon cette idéologie, la création d'internet et des plateformes numériques allait résoudre tous les problèmes de pouvoir qui caractérisaient l'ère de la télévision. Yochai Benkler et Manuel Castells louaient par exemple, dans les années 2000, la communication multidirectionnelle qu'internet permettait, contrairement à la télévision. Ils considéraient que la montée en puissance d'internet permettrait de créer les conditions pour que les téléspectateurs passifs se transforment en citoyens actifs, et en créateurs culturels – parce que les messages et la diffusion du savoir ne leur seraient plus imposés par les propriétaires des moyens de communication⁹⁹. Les nouvelles technologies devaient aussi permettre d'éloigner le pouvoir de l'État et de le rendre aux individus¹⁰⁰. En 1997, la Cour suprême adopta cette vision utopiste d'internet dans la décision *Reno v. American Civil Liberties Union*¹⁰¹. La Cour établit une comparaison explicite entre la télévision et les plateformes. Elle déclara que les raisons pour lesquelles la télévision avait été régulée, à savoir la nature invasive du média et la rareté des ondes, n'étaient pas présentes à l'ère d'internet.

Ces affirmations, qui apparaissent aujourd'hui excessivement optimistes, ont conduit à une interprétation extensive de la Section 230 dans les arrêts postérieurs.

⁹⁶ *Ibid.* Voir aussi D. ARVIA, « Free Speech Savior or Shield for Scoundrels: An Empirical Study of Intermediary Immunity under Section 230 of the Communications Decency Act », *Loyola of Los Angeles Law Review*, 43, n° 2, 2010, p. 373-506. A. Hamdani (« Who's Liable for Cyberwrongs », *Cornell Law Review*, 87, n° 4, 2002, p. 901) note par exemple le lien de causalité entre la responsabilité des intermédiaires et la censure collatérale par ces intermédiaires. Voir aussi *NY Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 278-79 (1964) (« Si le libraire est considéré comme juridiquement responsable sans même qu'il ait connaissance du contenu [...] il tendra à restreindre les livres qu'il vend à ceux qu'il a inspectés [...] et le fardeau du libraire deviendra le fardeau de la société, puisqu'en restreignant le libraire, l'accès du public à la littérature sera également restreint. »)

⁹⁷ R. CANNON, « The Legislative History of Senator Exon's Communications Decency Act: Regulating Barbarians on the Information Superhighway », 49, *Federal Communications Law Journal*, 1996, p. 45.

⁹⁸ 47 U.S. Code §230 (a) Findings.

⁹⁹ Y. BENKLER, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, London: Yale University Press, 2006, p. 9. See also J. BALKIN, « Media Access: A Question of Design », *The George Washington Law Review*, 76, 2018, 18 ; « Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society », *New York University Law Review*, 79, 2004, 1.

¹⁰⁰ C. DURAND, *Techno-Féodalisme: Critique de l'économie Numérique*, Paris, Zones, 2020, p. 15-90. Voir P. BARLOW, « A Declaration of Independence of the Cyberspace », art. cité.

¹⁰¹ 521 U.S. 844 (1997).

Dans l'arrêt fondateur *Zeran v. America Online, Inc.*¹⁰², le plaignant, Zeran, soutenait que AOL devrait être considéré comme responsable pour des propos diffamatoires qui avaient été publiés sur une plateforme d'AOL par un utilisateur. La plateforme avait été informée de la nature diffamatoire des propos, mais ne les avait pas supprimés. Les plaignants soutenaient que la Section 230 éliminait la responsabilité juridique des éditeurs, mais pas des distributeurs, et qu'en tant que distributeur, AOL était responsable des propos diffamatoires publiés sur son site. La Cour considéra que la responsabilité juridique des distributeurs n'était qu'une sous-catégorie de la responsabilité juridique des éditeurs : elle était donc proscrite, sur internet, par la Section 230¹⁰³. La Cour fonda son raisonnement sur le but explicitement affirmé par le Congrès lors de l'adoption de la loi : « S'ils étaient confrontés à une potentielle responsabilité juridique pour chaque message publié par leurs services, les fournisseurs de services informatiques interactifs pourraient choisir de restreindre sévèrement le nombre et le type de messages publiés. Le Congrès considéra le poids de chacun des intérêts impliqués et décida d'immuniser ces services avec pour but d'éviter un tel effet restrictif. » La Cour fit aussi référence à la « clause du bon Samaritain » qui avait été adoptée en réponse à l'arrêt précité *Cubby Inc v. Prodigy*¹⁰⁴. Elle rappela que le Congrès avait adopté cette clause dans le but de supprimer l'effet dissuasif à l'autorégulation des plateformes, ainsi qu'à l'utilisation de filtres de blocage qui permettraient aux parents de restreindre l'accès de leurs enfants à certains types de contenus¹⁰⁵. En d'autres termes, dans cet arrêt fondateur, la Cour donna aux plateformes non seulement le pouvoir mais aussi le devoir de s'engager largement dans l'autorégulation des contenus postés sur leurs plateformes.

2) *La modération de contenus, une autorégulation par la « communauté »*

Comme Kate Klonick l'a montré dans un article fondateur, les plateformes sont devenues, grâce à la Section 230, des entités privées autorégulées¹⁰⁶. Le Congrès et la Cour suprême leur donnèrent le pouvoir de devenir des communautés autorégulées, une situation somme toute assez commune en droit américain comme nous l'avons décrit dans la partie II. Kate Klonick avance également que la culture du Premier amendement, substantielle comme procédurale, eut un impact très important sur la façon dont les réseaux sociaux ont établi leur politique de modération¹⁰⁷. Ceci était peut-être vrai au tout début, au moment où les entreprises vantaient la liberté d'expression sans entrave que permettaient leurs plateformes. Toutefois, comme nous l'avons précédemment montré, la protection que le Premier amendement prévoit pour la plupart des discours, même ceux qui sont néfastes et préjudiciables, ne permet pas l'établissement d'un dialogue constructif. Pour pouvoir participer à une conversation de manière constructive, les individus doivent pouvoir savoir que certains types de contenus seront proscrits de cette

¹⁰² 129 F.3d 327 (4th Circuit).

¹⁰³ K. EL HILALI, *De la surveillance à la vigilance de l'État. Le contrôle des informations et des plateformes aux États-Unis*, op. cit., p. 312-313.

¹⁰⁴ 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995).

¹⁰⁵ Zeran, décision citée, note 102, p. 331.

¹⁰⁶ K. KLONICK, « The New Governors », art. cité.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 1621.

conversation¹⁰⁸. Un dialogue constructif requiert donc la régulation de la liberté d'expression et cet état de fait a été progressivement reconnu par les propriétaires des réseaux sociaux. En 2015, le président de Twitter reconnu que « La liberté d'expression n'a aucun sens, en tant que philosophie, si nous continuons de permettre à des voix d'être réduites au silence parce qu'elles ont peur de prendre la parole¹⁰⁹ ». Les plateformes ont progressivement reconnu que pour former une communauté, au sens américain du terme, elles devaient s'autoréguler et accepter de ne pas appliquer les règles de civilité très souples du Premier amendement. Plus précisément, les plateformes de réseaux sociaux ont accepté de mettre en œuvre des règles plus strictes que ce que peut demander le Congrès américain¹¹⁰. Elles ont donc accepté de jouer le rôle de « gardien de la communauté », en rendant possible la survie d'une communauté diverse, mais fragile¹¹¹. Ce faisant, les plateformes n'utilisent plus le langage de la sphère publique, mais celui de la sphère privée. Elles ne se décrivent pas comme régulant la sphère publique : elles se décrivent comme régulant une communauté privée, qu'elles ont créé, plus comparable à un club de sport, une université privée, ou une Église¹¹². Instagram utilise, par exemple, le langage de la sphère privée pour expliquer à ses utilisateurs quels types de contenus sont indésirables sur sa plateforme : « Si vous ne monteriez pas la photo ou la vidéo que vous pensez publier à un enfant, ou à vos parents, vous ne devriez probablement pas la partager sur Instagram¹¹³. »

La politique de modération de contenu des plateformes est explicitée dans deux documents principaux : « Les termes de service » et les « lignes directrices de la communauté ». Le document « termes de service » est « un contrat qui explicite les termes selon lesquels les utilisateurs et les plateformes interagissent, et les obligations que les utilisateurs doivent accepter comme condition pour leur participation »¹¹⁴. « Les lignes directrices de la communauté » est un document qui explique la vision des plateformes concernant les règles de civilité qui doivent être

¹⁰⁸ D. CITRON, H. NORTON, « Intermediaries and Hate Speech: Fostering Digital Citizenship for Our Information Age », *Boston University Law Review*, 91, n° 4, 2011, p. 1435-84.

¹⁰⁹ V. GADDE, « Twitter Executive: Here's How We're Trying to Stop Abuse While Preserving Free Speech », *Washington Post*, April 16, 2015 [Online: <https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2015/04/16/twitter-executive-heres-how-were-trying-to-stop-abuse-while-preserving-free-speech/>].

¹¹⁰ E. DOUECK, « Governing Online Speech: From "Posts-as-Trumps" to Proportionality and Probability », *Columbia Law Review*, 121, n° 3, 2021, p. 759-834 : « La modération de contenus ira toujours plus loin que ce que le gouvernement peut constitutionnellement faire. Le Premier amendement ne permettrait pas l'adoption de lois requérant le retrait de contenu tel que le *livestream* du Massacre de ChristChurch, de vidéo violente montrant l'écrasement d'animaux ou de la pornographie graphique par exemple. Mais rare sont ceux qui s'opposent à ce que les plateformes aient le pouvoir de modérer ce genre de contenus, pour ne pas rendre leur service inutilisable. Jusqu'où doit aller ce pouvoir est une question qui demeure contestée, mais il est relativement non contesté que les acteurs privés peuvent restreindre la liberté d'expression plus que ne le peut le gouvernement. »

¹¹¹ T. GILLEPSIE, *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media*, New Haven, Yale University Press, 2018, p. 49.

¹¹² K. EL HILALI, *De la surveillance à la vigilance de l'État. Le contrôle des informations et des plateformes aux États-Unis*, op. cit., p. 384-420.

¹¹³ Voir les « Règles de la communauté », Instagram [En ligne : <https://www.facebook.com/help/instagram/477434105621119>].

¹¹⁴ T. GILLEPSIE, *Custodians of the Internet...*, op. cit., p. 46.

respectées à l'intérieur de leur communauté¹¹⁵. Les réseaux sociaux se sont engagés dans une politique de modération de grande envergure en se fondant sur ces documents¹¹⁶. Très vite, cette politique de modération de contenu a été contestée, de toutes parts : de la part des partisans d'une politique de modération plus complète¹¹⁷ ; de la part des partisans d'une politique de modération adoptée plus démocratiquement¹¹⁸ ; et enfin de la part des partisans d'une politique de modération plus conforme, substantiellement, aux principes du Premier amendement.

Le problème naissant de cette forme de modération de contenu – adoptée non démocratiquement – est le suivant : dans la théorie américaine, les formes de gouvernance non démocratiques qui caractérisent la communauté sont légitimes tant qu'il existe une véritable compétition entre les communautés. J'accepte de respecter les règles qui gouvernent mon club de sport, ou mon école privée car je sais qu'il existe une alternative, et que je peux quitter le club de sport si je ne suis pas en accord avec les standards gouvernant la communauté. Or, certaines des caractéristiques du marché des plateformes font de ce marché un marché très concentré, ce qui réduit grandement la possibilité et la désirabilité de quitter les plateformes. Le secteur des plateformes n'est donc pas comparable aux écoles ou aux clubs de sport.

3) *Les effets de réseau et la constitution d'un oligopole de communautés*

Le développement de la Silicon Valley à partir des années 1980 s'est appuyé sur la vision idéologique suivante : contrairement au marché de la télévision limité par la rareté des fréquences et les coûts de production¹¹⁹, le nouveau médium qu'était internet devait permettre aux startups de rivaliser effectivement et de manière juste, pour promouvoir l'innovation de manière continue. Cette vision était fondée sur l'idée schumpetérienne de « destruction créatrice » : selon cette vision, la croissance économique se produit grâce à l'entrée de nouveaux venus sur le marché, qui remplace les anciens compétiteurs. Ceci devait permettre de stimuler l'innovation et le progrès et de prévenir la création de monopoles¹²⁰.

La réalisation de cette utopie numérique ne fut que de courte durée. Les startups devinrent des monopoles larges et puissants, ce qui perturba les postulats des utopiens digitaux et des économistes qui les soutenaient¹²¹. La création de nombreuses startups digitales, que l'on considéra comme des caractéristiques structurelles de ce nouveau régime techno-économique, ne formait en réalité que

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ K. KLONICK, « The New Governorsart », art. cité ; T. GILLEPSIE, *Custodians of the Internet...*, *op. cit.*

¹¹⁷ D. CITRON, « Restricting Speech to Protect It » in D. CITRON (ed.), *Free Speech in the Digital Age*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 122.

¹¹⁸ K. LANGWARDT, « Regulating Online Content Moderation », *Georgetown Law Journal*, 106, 2018, 1353.

¹¹⁹ P. TROUILLARD, « The Myth of Scarcity in the Broadcasting Sector - and What It Means for Platform Regulation », *Colorado Technology Law Review*, 2023.

¹²⁰ P. AGHION, P. HOWITT, « A Model of Growth Through Creative Destruction », Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, January 1990 ; P. AGHION, J. TIROLE, « The Management of Innovation », *The Quarterly Journal of Economics*, 1994, p. 1185-1209.

¹²¹ C. DURAND, *Techno-Féodalisme*, *op. cit.*

des caractéristiques transitoires¹²². De nombreux auteurs ont désormais démontré la centralité du droit dans l'émergence de ce capitalisme informationnel¹²³. Mais même si le droit américain a sans conteste facilité la mise en place d'un oligopole en concentrant les rentes découlant des plateformes¹²⁴, il est vrai aussi qu'un certain degré de concentration est nécessaire pour que les plateformes soient efficaces. Alors que la plupart des biens sont rivaux, ce qui signifie que leur usage par une personne exclut les autres personnes de l'usage du bien, les réseaux, comme le savoir, les idées ou les logiciels sont anti-rivaux¹²⁵. Cela signifie que non seulement nous ne sommes pas lésés lorsque d'autres utilisateurs utilisent le bien, comme dans le cas de biens non rivaux, mais plus le nombre d'utilisateurs est élevé, plus nous tirons avantage de notre utilisation du bien. Plus un utilisateur a d'amis sur Facebook, plus il est intéressant pour cet utilisateur de rester sur cette plateforme. En conséquence, il existe une incitation très importante pour les utilisateurs à rejoindre le même réseau social dans le but de pouvoir contacter le plus de personnes possibles. Ces externalités positives dissuadent les utilisateurs de quitter la plateforme sur laquelle ils sont inscrits, puisque quitter la plateforme reviendrait à perdre tout le réseau créé au cours du temps. Pour que cela soit avantageux pour eux, il faudrait que tous les utilisateurs quittent la plateforme au même moment, mais cette démarche est extrêmement difficile à coordonner¹²⁶. Ceci donne en pratique un pouvoir énorme au gardien de la communauté, puisque les utilisateurs sont fortement dépendants de son existence ; mais la théorie américaine du marché des idées est incapable de saisir ce pouvoir et de le gérer¹²⁷. Du fait de l'application verticale des droits fondamentaux, mais aussi du fait de convictions philosophiques et culturelles libertariennes, les Américains se méfient plus de leur gouvernement que des entreprises privées. Ceci est d'autant plus vrai au moment où une nouvelle forme de Lochnerisation¹²⁸ du droit est apparue en

¹²² *Ibid.*

¹²³ J. Cohen (*Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, New York, Oxford University Press, 2019) met en lumière les processus d'appropriation des ressources intangibles par les plateformes qui poussent à une concentration des plus-values dans les mains de très peu.

¹²⁴ N. GUGGENBERGER, « Essential Platforms », *Stanford Tech Law Review*, 24, 2021, p. 237.

¹²⁵ L. Lessig, « Open Code and Open Societies: Values of Internet Governance », *Chicago Kent Law Review*, 74, n° 3 1999, p. 1403.

¹²⁶ N. GUGGENBERGER, *Reframing the Digital Public Sphere: Industrial Policy for Digital Pluralism*, On File with author : « Les utilisateurs désireux de passer à un nouveau compétiteur pourraient être amenés à abandonner leurs relations existantes ou à convaincre ces relations – amis, famille, collègues – de les suivre sur ces nouvelles plateformes [...] Un problème d'action collective pratiquement insurmontable saisit même les utilisateurs qui sont par ailleurs ouverts au changement. » N. GUGGENBERGER, « Essential Platforms », art. cité, note 125, p. 264 : « En réalité, la valeur d'un réseau, tel que mesuré par les transactions qu'il rend possible, rend les migrations graduelles de consommateurs d'une plateforme à une autre presque impossible, d'autant plus quand les consommateurs participent à un seul réseau parmi tous ceux ayant des caractéristiques similaires. Surmonter les effets d'enfermement nécessiterait qu'une masse critique d'utilisateurs bascule en même temps vers un autre réseau. » Voir aussi U. WITT, « Lock-in' vs. 'Critical Masses' – Industrial Change under Network Externalities », *International Journal of Industrial Organization*, 15, n° 6, October 1, 1997, p. 753–73.

¹²⁷ T. HOCHMANN, « Why Freedom of Expression Is Better Protected in Europe Than in the United States », *Journal of Free Speech Law*, 2, n° 1, 2022 ; N. TEBBE, « A Democratic Political Economy for the First Amendment Symposium: Lynn Stout Memorial Conference », *Cornell Law Review*, 105, n° 3, 2019, p. 959.

¹²⁸ États-Unis, Cour Suprême, *Lochner v. New York*, 198 U.S 45. Dans cet arrêt, la Cour suprême considère que le XIV^e Amendement et la clause de *due process* s'opposait à la régulation du

droit américain du Premier amendement. Une série d'arrêts, à partir des années 1970, a étendu la définition de « l'expression » au sens du Premier amendement, pour empêcher la régulation d'activités économiques. Ce phénomène est qualifié de *First Amendment opportunism*¹²⁹ parce que les entreprises utilisent l'importance du Premier amendement dans la culture juridique et l'identité nationale américaine pour contester les régulations économiques¹³⁰. Ce n'est pas le cas en Europe où le pouvoir des personnes privées pour organiser la sphère publique a été vu avec méfiance.

B. L'introduction en Europe d'une supervision par l'État du processus de modération de contenu

Comme nous l'avons vu dans la partie II, les Européens ne voient pas de problèmes théoriques à imposer une régulation aux personnes privées pour assurer l'égalité d'accès au marché et l'application horizontale des droits fondamentaux. Dans l'arrêt *Delfi v. Estonia*¹³¹, la CourEDH a considéré qu'un site estonien pouvait être considéré comme responsable pour des contenus haineux postés dans la partie « commentaire » de ce site. Dans l'arrêt *MTE contre Hongrie*, au contraire, la CourEDH a rejeté la condamnation par un juge hongrois du site MTE pour diffamation. Le site avait publié une opinion critiquant les pratiques commerciales de deux sites web d'annonces immobilières, leur reprochant de tromper leurs clients et cette opinion provoqua des commentaires injurieux et outrageant. La Cour reprocha aux juges hongrois d'avoir qualifié les commentaires de diffamatoires, alors qu'ils n'étaient en fait que l'expression d'un jugement de valeur sur des questions d'intérêt public. Ces deux arrêts, interprétés conjointement, donnent une idée de la conception adoptée par la Cour quant à la régulation de contenus en ligne, mais ils peuvent mener, comme dans le cas américain avant l'adoption de la Section 230, à une certaine insécurité juridique.

Dans le but d'assurer une meilleure application de la régulation de l'expression sur les réseaux sociaux en ligne, le Bundestag allemand a adopté une loi, NetzDG, qui est entrée en vigueur en janvier 2018. Cette loi vise à assurer l'application effective des législations existantes sur les réseaux sociaux¹³². Elle reprend pour ce faire les dispositions existantes du Code pénal. NetzDG a été reçue avec défiance par la doctrine américaine¹³³. Elle a aussi reçu des critiques internes de la part de la doctrine allemande, qui s'inquiétait d'une potentielle application excessive de la

nombre d'heures de travail par jour dans le cas d'un contrat de travail car cela violait la liberté contractuelle. Suite à cet arrêt, la Cour suprême invalida plusieurs lois fédérales et étatiques qui tentaient de réguler les conditions de travail. Cette période cessa en 1937 avec l'arrêt *West Coast Hotel Co. V. Parrish*, 300 US 379 (1937), qui déclare constitutionnel l'imposition par les États d'un salaire minimum.

¹²⁹ F. SCHAUER, « First Amendment Opportunism » in L. C. BOLLINGER, G. R. STONE (ed.), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, 2002, p. 175.

¹³⁰ Voir par exemple États-Unis, Cour Suprême, *Sorrell v. IMS Health Inc*, 564 U.S. 552 (2011) qui considère que la vente par les pharmaciens de données collectées par les médecins sur leurs patients (sans le consentement des patients ni des médecins) est de l'expression au sens du Premier amendement. Son interdiction est donc inconstitutionnelle.

¹³¹ CourEDH, *Delfi c. Estonie*, Affaire 64569/09, 16 juin 2015.

¹³² C. E. HAUPT, « Regulating Speech Online: Free Speech Values in Constitutional Frames », *Washington University Law Review*, 2021.

¹³³ D. Keats Citron, « Extremist Speech, Compelled Conformity, and Censorship Creep », *Notre Dame Law Review*, 2018, p. 1035.

part des plateformes¹³⁴. D'autres auteurs se sont alarmés de la place excessive donnée aux personnes privées pour déterminer ce qui est illégal. Ces préoccupations avaient déjà été exprimées par la Cour constitutionnelle fédérale, qui a reconnu, en 2011, le problème fondamental de la sous-traitance des fonctions étatiques à des personnes privées¹³⁵.

La même préoccupation est apparue dans la décision du Conseil constitutionnel qui déclara inconstitutionnelle une partie de la loi Avia, en 2020¹³⁶, en se fondant sur le risque de censure collatérale que la loi pourrait créer, en forçant les plateformes privées à supprimer plus de contenus que nécessaire par peur de voir engager leur responsabilité. Ceci illustre la défiance profonde des institutions européennes envers un système de modération de contenu hybride, dans lequel la définition du contenu illégal serait réalisée, dans un premier temps au moins, par des personnes privées, et non par le juge. L'adoption du Digital Services Act¹³⁷ par l'Union européenne semble sonner l'acceptation, par les Européens, du rôle important que les plateformes privées jouent dans la modération de contenu, qu'ils le veuillent ou non. Le DSA prévoit un modèle dans lequel les plateformes opèrent la modération de contenu sous l'étroit contrôle de la Commission européenne et des autorités nationales compétentes, en mettant en œuvre les législations nationales. Ce modèle correspond à une certaine hybridation des modèles états-unien et européen. Prenant acte du rôle primordial des plateformes privées dans la régulation des contenus de leurs utilisateurs, les Européens ont décidé d'adopter une régulation qui force les plateformes à s'engager dans une coopération avec les États et l'Union européenne. Cette coopération est, pour l'État, d'autant plus nécessaire que l'échelle à laquelle la modération de contenus est réalisée ne permet pas l'intervention d'un juge de manière systématique. Il n'est d'ailleurs pas possible pour ces institutions d'appliquer les jugements émis par une Cour, qui seront trop peu nombreux pour s'appliquer à toutes les situations créées sur internet¹³⁸. Le Digital Services Act prévoit donc un cadre juridique permettant de contrôler *a priori*, et *a posteriori*, la façon dont les plateformes mettent en œuvre, à travers leurs algorithmes, le processus de modération de contenu. Ce faisant, l'Union européenne entérine une nouvelle pratique de régulation de la liberté d'expression, que Jack Balkin a décrite comme « la liberté d'expression en triangle¹³⁹ ». Alors que dans ce qu'il appelle l'ancienne école de la régulation (*old-school regulation*) qui caractérisait selon lui la régulation au XX^e siècle, les lois étaient dirigées vers les locuteurs, dans la nouvelle école de régulation, les lois visent non pas les locuteurs, mais l'infrastructure internet¹⁴⁰. Cette nouvelle pratique de régulation

¹³⁴ *Ibid.*, p. 20. S. THEIL, « The German NetzDG: A Risk Worth Taking? », *Verfassungsblog*, 8 Feb 2018 [Online: <https://verfassungsblog.de/the-german-netzdg-a-risk-worth-taking/>].

¹³⁵ Allemagne, Tribunal constitutionnel fédéral, BVerfG, 22 février 2011, 1 BvR 699/06 [Fraport], [Online : http://www.bverfg.de/e/rs20110222_1bvr069906en.html].

¹³⁶ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, « Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet ».

¹³⁷ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques).

¹³⁸ Voir B. CHARVIN, « Analyse de la deuxième année d'activité du Conseil de surveillance de Meta : l'évolution en demi-teinte d'une Cour suprême qui peine à en mériter le nom », *RDLF*, 2023, chron. n° 32.

¹³⁹ J. BALKIN, « Free Speech is a Triangle », art. cité.

¹⁴⁰ *Ibid.*, note 11.

est rendue possible par l'hybridation des conceptions américaine et européenne. Si cette nouvelle forme de régulation est mise en œuvre dans l'Union européenne, il est probable qu'elle ait également des effets pour les citoyens états-uniens, du fait d'un effet de Bruxelles *de facto*. L'effet de Bruxelles, *de facto*, découle du fait que les entreprises basées aux États-Unis qui doivent respecter les législations européennes adoptent ces législations comme leurs standards « maison » et les imposent, par la suite, aux États-Unis¹⁴¹. Il a été particulièrement important après l'adoption du RGPD (Règlement général sur la protection des données), et il est probable que le Digital Services Act ait un effet similaire, résolvant peut-être, en pratique, des problèmes que les Américains sont incapables de résoudre du fait de leur Premier amendement absolutiste.

CONCLUSION

Les conceptions états-unienne et européenne de la liberté d'expression sont – en théorie – opposées. Alors que le Premier amendement, interprété au XX^e siècle comme devant protéger le *uninhibited marketplace of ideas*, interdit dans la plupart des cas la régulation par l'État des contenus pouvant entraver le processus de délibération, le modèle européen interdit certains types de contenus au motif qu'ils portent atteinte à la dignité, à l'honneur, ou appellent à la discrimination. Alors que dans le modèle européen, l'application horizontale des droits fondamentaux permet à l'État d'imposer le respect de ces normes entre personnes privées, ce n'est pas le cas aux États-Unis. Ceci a permis, en pratique, la création de communautés au sein desquelles sont appliquées des normes souvent plus strictes que ce que requiert le Premier amendement. Ces oppositions théoriques permettent, paradoxalement, la réconciliation des modèles, en pratique à l'ère digitale. Puisque les plateformes ont été créées aux États-Unis, elles ont bénéficié de la conception états-unienne selon laquelle les communautés privées sont compétentes pour s'autoréguler. Cette conception a été renforcée par l'adoption de la Section 230 du Communication Act 1934 (introduite par la Communication Decency Act 1996). Cette loi a été confrontée à beaucoup de critiques, car elle permet aux plateformes de s'autoréguler en fonction de leurs intérêts économiques et non dans l'intérêt général, mais le Premier amendement représente une limite importante pour la régulation des plateformes du fait de l'absence d'effet horizontal. L'Union européenne représente alors un pôle important pour la mise en place de régulation, visant avant tout à protéger les utilisateurs européens, mais ayant un impact, *de facto*, sur les utilisateurs états-uniens. On assiste donc, en pratique, à une hybridation des modèles théoriques et à un dialogue important entre les ordres juridiques, qu'il soit voulu, ou très probablement qu'il ne le soit pas.

¹⁴¹ A. BRADFORD, art. cité, note 8.

Pauline Trouillard

Pauline Trouillard est docteure en droit de l'université Paris-Panthéon-Assas, et actuellement enseignante-contractuelle à l'université de Rennes. Elle est chercheuse associée à l'Information Society Project de Yale Law School. Après une thèse sur la régulation du service public audiovisuel en droit européen comparé, elle s'intéresse désormais à la régulation de contenus sur les plateformes de réseaux sociaux, à travers une perspective comparée droit américain/droit européen.

La propriété : un droit de l'homme en débat devant l'Assemblée constituante en 1946

Voilà plus de quarante ans, le 16 janvier 1982, le Conseil constitutionnel rendait sa célèbre décision sur la loi de nationalisation votée par la majorité socialiste élue en 1981 sous la jeune présidence de François Mitterrand¹. Cette décision consacrait la valeur constitutionnelle du droit de propriété sur la base des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 » selon les termes du préambule de celle de 1958.

L'intérêt de cette décision pour l'histoire et pour le droit est qu'elle officialise une vision historiographique qui oppose le premier projet constitutionnel de 1946, rejeté par les Français, au second projet qui donna naissance à la IV^e République jusqu'en 1958, mais dont le préambule lui survivra, étant indirectement intégré à la Constitution de la V^e République. Se référer à 1946, grand moment historique des nationalisations, ne manquait évidemment pas de pertinence à l'heure où celles-ci revenaient sur le devant de la scène.

Ainsi, aux dires du Conseil constitutionnel, le premier projet aurait énoncé, en matière de propriété, des principes « différant » de ceux de 1789, auxquels à l'inverse, la Constitution du 27 octobre 1946 et donc celle de 1958 seraient revenues, permettant ainsi au juge constitutionnel de soumettre les nationalisations à leur respect².

Cette vision historiographique a été ensuite reprise par les principaux commentateurs de la décision du Conseil³ et se retrouve, plus ou moins, chez la

¹ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

² Voir les considérants 14 et 15 de la décision du Conseil constitutionnel : « 14. Considérant que le peuple français, par le référendum du 5 mai 1946, a rejeté un projet de Constitution qui faisait précéder les dispositions relatives aux institutions de la République d'une nouvelle Déclaration des droits de l'homme comportant notamment *l'énoncé de principes différant de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 précités*. 15. Considérant qu'*au contraire*, par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 ; qu'en effet, le préambule de la Constitution de 1946 réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et tend seulement à compléter ceux-ci par la formulation des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ; que, aux termes du préambule de la Constitution de 1958, le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946. » (Nous soulignons.)

³ J. RIVERO, « Ni lu, ni compris ? », *AJDA*, 1982, p. 210 ; N. Q. VINH et C. FRANCK, *JCP II* 1982, n° 19788 ; L. FAVOREU, *RDJ*, 1982, p. 377 et « Une grande décision » in L. FAVOREU (dir.),

plupart des analystes de la Constitution de la IV^e République⁴. Or, il nous semble, après lecture de l'intégralité des débats qui ont présidé à l'élaboration de la Constitution de 1946 sur la propriété, qu'il y a lieu de réviser cette analyse historique, sans chercher à contester par ailleurs l'opportunité politique et juridique de la décision prise en 1982.

Commençons par nous remémorer le contexte historique⁵. Six mois après le retour à la paix, le peuple français, par le référendum du 21 octobre 1945, décide de doter la France d'une nouvelle constitution, enterrant définitivement la III^e République. Cette nouvelle constitution était déjà dans les esprits depuis les années de guerre, comme en témoignent les nombreux projets, plus ou moins aboutis, de la Résistance⁶.

La nouvelle Assemblée constituante désigne en son sein une commission de la constitution, dont les 42 membres sont nommés le 29 novembre 1945, sur proposition des groupes parlementaires. Les trois principaux partis se partagent l'essentiel des sièges : onze députés pour le groupe communiste, onze pour le groupe du Mouvement républicain populaire (MRP), dix pour le groupe socialiste, le reste des sièges se répartissant entre différents mouvements allant du centre gauche à la droite, mais dont certains membres exerceront, comme nous allons le voir, une influence qui dépassera leur poids numérique⁷. Cette commission sera

Nationalisations et constitution, Paris, *Economica*, 1982, p. 41. Seul Robert Savy, professeur de droit public et par ailleurs militant et élu local socialiste en Haute-Vienne, dénonce la lecture historique des juges de la rue de Montpensier, repoussant implicitement l'opposition entre les deux textes de 1946 (« La constitution des juges », D. 1983, chron. XIX, p. 107-108). Jean-Louis Mestre, en soutien à la décision du Conseil, lui réplique, conjecturant que la continuité de la protection du droit de propriété aurait pu être brisée si le projet du 19 avril 1946 avait été adopté (« Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », D. 1984, chron. I, p. 8).

⁴ B. MERCUZOT, « Le préambule de 1946 entre républiques et révolutions » in *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, PUF, 1996, p. 47-48 ; J.-J. ISRAËL, « Alinéa 9 » in G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TEBOUL (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Paris, Dalloz, 2001, p. 226-227 ; J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, Paris, Dalloz, 2002, p. 331. Une exception : J.-J. Sueur qui remarque une continuité réelle entre les deux assemblées constituantes sur la référence à 1789 (« Régénération des droits de l'homme et/ou consécration de droits nouveaux ? » in *Le préambule de la constitution...*, *op. cit.*, p. 133).

⁵ Pour plus de précisions, renvoyons entre autres à : J. FAUVET, *La IV^e République*, Paris, Fayard, 1959 ; G. ELGEY, *Histoire de la IV^e République*, 1^{re} partie, *La République des illusions 1945-1951*, Paris, Fayard, 1993 [1965] ; J.-P. RIOUX, *La France de la IV^e République*, 1, *L'ardeur et la nécessité 1944-1952*, Paris, Seuil, 1980 ; G. GUGLIELMI, « Débattre d'un... et écrire le... préambule » in *Le préambule de la constitution...*, *op. cit.*, p. 51-65 ; J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, *op. cit.*, notamment p. 329-339 sur la Déclaration des droits.

⁶ J.-E. CALLON, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, Paris, La Documentation française, 1998 ; *Id.*, « Les droits de l'homme dans les projets constitutionnels de la Résistance » in G. CHIANÉA, J.-L. CHABOT (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 203-210.

⁷ Trois députés pour le groupe Unité républicaine, deux pour le groupe Résistance démocratique et socialiste (RDS), deux pour le groupe Radical et Radical-socialiste, un pour le groupe des Républicains indépendants, un pour le groupe des Républicains et Résistants et un pour le groupe Paysan. Pour la liste nominative des membres de la commission, voir Assemblée Nationale Constituante, *Séances de la Commission de la Constitution. Comptes rendus analytiques imprimés en exécution de la résolution votée par l'Assemblée le 25 avril 1946*, p. 8 (qui sera désormais désigné par l'abréviation « Com. 1 »). Sur l'état des forces politiques au début de la

placée sous la présidence du socialiste André Philip le 30 novembre 1945, puis du socialiste Guy Mollet à partir du 30 janvier 1946⁸. Elle aura pour rapporteur général le MRP François de Menthon jusqu'à sa démission le 4 avril 1946, où il sera remplacé par le radical Pierre Cot. Le socialiste Gilbert Zaksas sera le rapporteur particulier pour la Déclaration des droits, à laquelle sera consacrée à partir du 15 janvier 1946 une sous-commission composée de douze membres⁹. Au total, la commission de la constitution va tenir 49 séances entre le 10 janvier et le 19 mars 1946, dont beaucoup seront consacrées à la Déclaration et au droit de propriété. Elle sera le siège de débats animés.

Ces débats se poursuivent à l'Assemblée elle-même, mais souvent entre les mêmes acteurs, avec un va-et-vient entre l'hémicycle et la commission. S'agissant du droit de propriété au sein de la Déclaration, les séances de l'Assemblée s'échelonnent entre le 7 et le 21 mars, cette dernière journée étant la plus dense¹⁰. L'Assemblée accouchera d'un projet de constitution voté le 19 avril et soumis par voie de référendum au peuple français, qui le rejettera le 5 mai 1946.

Ce rejet oblige à élire une nouvelle Assemblée constituante le 2 juin. Une nouvelle commission de la constitution est ensuite désignée les 19 et 26 juin, comportant 42 membres¹¹. Le président en sera à nouveau le socialiste André Philip et le rapporteur général, le MRP Paul Coste-Floret. Cette seconde Assemblée ne donnera pas lieu à beaucoup de débats relatifs à la propriété, puisque tirant les leçons politiques de l'échec du premier référendum, elle décidera de ne pas insérer de nouvelle déclaration des droits dans la future constitution, laquelle sera, cette fois, adoptée par nouveau référendum le 13 octobre 1946, inaugurant ainsi la IV^e République¹². Ce sont donc les débats menés au cours de la première assemblée qui retiendront l'essentiel de notre attention ici.

IV^e République, voir J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, op. cit., p. 284-312.

⁸ Une thèse et un colloque ont été consacrés à André Philip qui n'apparaît néanmoins pas dans les débats qui nous intéressent (J.-E. CALLON, *André Philip et la Constitution de 1946*, Thèse, dirigée par L. Favoreu, Université Aix-Marseille 3, 1996 ; *André Philip, socialiste, patriote, chrétien* [colloque tenu à l'Assemblée nationale les 13-14 mars 2003], Paris, CHEFF (Comité pour l'histoire économique et financière de la France), 2005). Sur le parti socialiste au cours de cette période, voir R. QUILLIOT, *La S.F.I.O. et l'exercice du pouvoir 1944-1958*, Paris, Fayard, 1972, p. 70-83.

⁹ Trois élus MRP (Daniel Boisdon, Michel Devèze et Maurice Guérin), trois socialistes (Gilbert Zaksas, Pierre-Emmanuel Guillet et Guy Mollet), deux communistes (Pierre Hervé et Gilberte Roca), un du groupe Républicains et Résistants (Pascal Copeau), deux RDS (René Capitant et Robert Salmon), un du groupe Paysan (Jacques Bardoux) (séance de la commission de la Constitution du 15 janvier 1946, Com. 1, p. 207). La sous-commission est, entre autres, chargée de rédiger un projet qui sera examiné en commission à partir du 24 janvier. Nos recherches pour trouver d'éventuelles archives laissées par cette sous-commission sont restées vaines.

¹⁰ *Journal officiel de la République française. Débats de l'Assemblée Nationale Constituante*, 1946 (désormais désigné par l'abréviation « ANC 1 »).

¹¹ Douze députés communistes et apparentés, onze députés MRP, neuf députés socialistes, deux députés radicaux-socialistes, deux députés UDSR, trois élus du Parti républicain de la Liberté, deux élus Indépendants et Paysans et un élu de l'Union Démocratique du Manifeste Algérien. Pour la liste nominative des membres, voir G. CONAC, X. PRÉTOT et G. TEBOUL (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946...*, op. cit., Annexe V, p. 462.

¹² Quelques échanges ont lieu néanmoins sur le droit de propriété au cours des séances de la commission de la constitution des 8 et 9 août 1946 et de plusieurs séances de l'Assemblée entre le 20 et le 28 août 1946 (*Assemblée Nationale Constituante élue le 2 juin 1946. Séances de la*

Les droits de l'homme, et plus encore la propriété, ne sont qu'une question parmi d'autres qui préoccupent sans doute davantage les acteurs politiques du temps, comme l'organisation et la répartition des grands pouvoirs constitutionnels. Mais ils ne sont pas négligeables, car ils touchent aux principes fondateurs du nouveau régime, au sortir d'une guerre qui a ébranlé la démocratie et éprouvé d'une manière inédite les droits de l'homme.

En 1945, les textes fondamentaux consacrés à la propriété, tant l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que l'article 544 du Code civil, sont restés inchangés depuis un siècle et demi – et le demeurent encore aujourd'hui. Pourtant, une législation, sans cesse croissante depuis un demi-siècle, a modifié les contours du droit de propriété et jeté un doute sur la pertinence de la doctrine libérale et individualiste héritée du siècle précédent, au point de nourrir des réflexions alternatives plus ou moins hardies, telles que celles de Duguit sur la fonction sociale de la propriété et la doctrine sociale de l'Église relayée par des juristes d'obédience catholique, sans même parler de la critique socialiste déjà ancienne mais actualisée par la Révolution bolchévique et l'élévation de l'Union soviétique au rang de grande puissance après 1945. C'est la grande époque de la socialisation du droit qui n'épargne pas le droit de propriété¹³.

Si l'inertie et l'immobilisme du régime de l'entre-deux-guerres peuvent expliquer en partie cette stabilité des textes, cette raison ne tient plus après les bouleversements engendrés par la guerre. Alors s'ouvre une occasion historique sans précédent de redéfinir le contenu et le périmètre du droit de propriété dans les sources fondamentales du droit. L'Assemblée nationale constituante, qui offre un débouché naturel aux réflexions et projets de la Résistance, peut s'affirmer comme le siège de cette entreprise. Qu'en sera-t-il finalement ?

Des débats nourris et parfois vifs qui opposent les députés socialistes, communistes, démocrates populaires, du centre gauche et de la droite, il ressort une volonté première de la majorité des élus de prendre acte qu'une époque nouvelle s'est ouverte, bien différente de la fin du XVIII^e siècle (I). Mais ce constat ne débouche pas sur la volonté de faire une nouvelle révolution, bien au contraire (II).

I. LA PRISE EN COMPTE D'UNE ÉPOQUE NOUVELLE

Pour la majorité des constituants, la société française a trop changé depuis la Révolution pour pouvoir maintenir telle quelle la Déclaration historique de 1789. Il faut un nouveau texte, remédiant aux lacunes et à l'obsolescence de l'ancien (A). Son élaboration donne l'occasion de discuter les fondements et l'étendue du droit

Commission de la Constitution. Comptes rendus analytiques imprimés en exécution de la résolution votée par l'Assemblée, le 2 octobre 1946, désormais désigné par l'abréviation « Com. 2 » et Journal officiel de la République française. Débats de l'Assemblée Nationale Constituante, 1946, désormais désigné par l'abréviation « ANC 2 »).

¹³ Ripert et Savatier furent les principaux analystes, souvent critiques, de cette socialisation du droit de propriété au lendemain de la guerre (G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949 ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1952). Pour une brève synthèse, voir J.-M. AUGUSTIN, « L'histoire de la propriété entre droit et devoirs », in *Territoires et liberté. Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 145-151.

de propriété, dont l'origine sociale est affirmée, et de rechercher une formule de compromis (B).

A. Le choix d'une nouvelle déclaration des droits

1) *Les lacunes du texte de 1789*

La première ligne de partage entre députés au sein de la première commission de la Constitution est celle qui oppose ceux qui considèrent la Déclaration de 1789 comme dépassée et appellent en conséquence à une nouvelle déclaration, et ceux qui au contraire, défendent l'immortalité du texte de 1789 et de ses principes.

La majorité des élus, en particulier à gauche, penchent dans le premier sens, à commencer par le rapporteur de la sous-commission chargée de la Déclaration des droits, le socialiste Gilbert Zaksas¹⁴. Ce camp souligne les différences séparant la France de 1789 et celle de 1946, en particulier dans la vie économique et sociale, et qui nécessitent de déclarer de nouveaux droits et de formuler le droit de propriété dans un sens plus actuel¹⁵. Pour le socialiste Pierre-Emmanuel Guillet, qui rappelle que « l'Histoire est une transformation incessante », reprendre telle quelle la « déclaration bourgeoise » de 1789 serait procéder d'un « esprit réactionnaire¹⁶ ». De son côté, le communiste Jacques Duclos appelle à faire le 89 économique¹⁷.

Cette position qui emporte la majorité avec elle à l'issue de la première assemblée constituante ne fait cependant pas l'unanimité et se heurte à des orateurs prestigieux, comme au premier chef l'élus de la Résistance démocratique et socialiste René Capitant. Celui qui est par ailleurs professeur de droit oppose ainsi deux conceptions des droits de l'homme : celle, d'une part, pour qui les droits de l'homme ont une valeur objective, se constituent de vérités permanentes au-dessus des temps et prescrivent une règle d'humanité et une condition de civilisation, et celle relative d'autre part, pour qui « le droit n'est que le reflet de l'histoire », contre laquelle Capitant s'insurge parce qu'après Savigny et Jellinek, elle serait aussi celle d'Hitler¹⁸ ! La Déclaration de 1789 n'est donc nullement périmée lorsqu'il s'agit de sauvegarder la liberté et la dignité de la personne humaine, y compris la propriété, si l'on veut bien prendre ce droit non dans l'interprétation qui en sera donnée sous Louis-Philippe, mais dans son interprétation originelle, celle des hommes de 1789 qui n'en faisaient pas un droit absolu et total¹⁹. Cette ligne n'empêche pas Capitant d'être par ailleurs favorable à l'idée de compléter la Déclaration historique pour l'adapter à l'époque²⁰. Plusieurs autres députés de droite soutiennent à peu près la même position²¹. À ceux-là, il convient d'ajouter – en le soulignant – le radical

¹⁴ Séances de la commission du 10 janvier et du 1^{er} février 1946 (Com. 1, p. 170 et p. 318).

¹⁵ Cf. le député Républicains et Résistants Pascal Copeau ou le républicain indépendant Pierre Courant, séance de l'Assemblée du 7 mars 1946 (ANC 1, p. 611 et 619).

¹⁶ Séance de l'Assemblée du 7 mars 1946 (ANC 1, p. 618-619).

¹⁷ Séance de l'Assemblée du 12 mars 1946 (ANC 1, p. 674).

¹⁸ Propos tenus à la séance de l'Assemblée du 8 mars 1946 (ANC 1, p. 643).

¹⁹ Séances de la commission du 10 janvier et du 5 mars 1946 (Com. 1, p. 172 et p. 490-491).

²⁰ Séance de l'Assemblée du 8 mars 1946 (ANC 1, p. 645).

²¹ Il en est ainsi de Jacques Bardoux (groupe Paysan), de Joseph Denais (groupe Unité républicaine) (qui demande à faire figurer la propriété dans la liste des libertés et droits auxquels nulle législation positive ne saurait porter atteinte, proposition mise aux voix et repoussée) et de Jules Ramarony (Parti républicain de la Liberté) (Séances de la commission du 10 janvier et du 12 février 1946, Com. 1, p. 368, et de l'Assemblée du 12 mars 1946, ANC 1, p. 678).

Édouard Herriot, une des rares grandes personnalités rescapées de la III^e République, porteur d'un contre-projet de retour à la Déclaration de 1789 au nom de la « tradition libérale et démocratique », qu'il suggère, lui aussi, de compléter par des droits économiques et sociaux²².

Est-ce la renommée du personnage ou le seul souci du consensus qui oblige le président de la commission, Guy Mollet, suivi par le rapporteur Zaksas, à jurer que le projet de nouvelle déclaration n'emporte pas de rupture avec 1789²³ ? Mais ces protestations de fidélité, qu'on trouve à la vérité chez tous les orateurs, n'en deviennent-elles pas en fin de compte, suspectes ? Révélateur est le refus opposé par Zaksas à la proposition de Capitant de reprendre les six premiers articles du texte de 1789 au motif qu'ils ne correspondent pas à l'esprit du texte qu'il conviendrait d'adopter au lendemain de la guerre, et de citer comme exemple l'article 2 faisant de la conservation de la propriété un but de l'association politique²⁴...

2) *L'obsolescence de la propriété de 1789*

S'il est un droit sur lequel la Déclaration de 1789 semble être devenue inactuelle aux yeux de la majorité des constituants en 1946, c'est bien celui de propriété, du fait des limitations qui lui ont été imposées depuis un siècle. Les orateurs socialistes s'épanchent le plus sur ce thème, à commencer bien sûr par Zaksas. Il est suivi par le MRP Daniel Boisdon pourtant plus proche de la philosophie générale des droits de l'homme de Capitant²⁵.

Chez les communistes Hervé et Fajon et les socialistes Philip et Mollet, on invoque pêle-mêle le respect des droits d'autrui, l'abus de droit, la distinction entre la propriété comme fruit du travail personnel et la propriété-pouvoir, la propriété de l'outil de travail et la participation des ouvriers à la gestion de l'entreprise²⁶. Autant de préoccupations auxquelles la Déclaration de 1789 serait devenue étrangère, et à laquelle on oppose volontiers celle de 1793²⁷ voire, quand on juge celle-ci encore trop empreinte de l'esprit petit-bourgeois de Robespierre, la conception de Babeuf et de Proudhon²⁸.

Les propositions de loi constitutionnelle déposées au début de l'Assemblée en novembre 1945 reflètent pleinement ces considérations²⁹. Celle déposée par le groupe socialiste, André Philip en tête, dispose en son article 39 : « Le droit à la propriété est garanti à tout individu sur les biens qui représentent le fruit normal

²² Séances de l'Assemblée du 8 mars 1946, ANC 1, p. 639. Ce projet sera défendu par la voix d'André Marie à la séance du 12 mars. Sur la position d'Herriot et des radicaux sur les droits de l'homme en 1946, voir J. HENNING, *Le radicalisme d'Édouard Herriot et la crise des institutions (1905-1954)*, Paris, Dalloz, 2019, p. 452-469.

²³ Séances de l'Assemblée des 8 et 12 mars 1946, ANC 1, p. 647 et p. 676.

²⁴ Séance de l'Assemblée du 12 mars 1946, ANC 1, p. 679.

²⁵ *Ibid.*, p. 679-680. Voir également Zaksas aux séances de la commission du 10 janvier et du 1^{er} février 1946, Com. 1, p. 169, 173 et 318.

²⁶ Séance de la commission du 10 janvier 1946, Com. 1, p. 171-176.

²⁷ Hervé, in *ibid.*, p. 171 et 175. La vertu de la Déclaration de 1793 est d'enserrer la propriété dans la loi.

²⁸ Suivant les propos du socialiste Louis Noguères, *ibid.*, p. 174.

²⁹ Notons que le MRP ne dépose aucune proposition de loi constitutionnelle lors de la première assemblée constituante (J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, op. cit., p. 305).

de son travail personnel ainsi que sur les biens d'usage et les instruments de travail à caractère personnel, familial ou collectif. Nul ne saurait en être privé si ce n'est pour cause d'utilité publique légalement constatée et sous la condition d'une indemnité fixée par la loi. Nul ne peut abuser de ce droit en l'exerçant contrairement à sa fonction sociale³⁰. » Ce texte sert de base à la commission de la Constitution qui s'en inspire fortement au commencement de ses travaux³¹.

Les communistes, quant à eux, excluent – sans doute sciemment – le droit de propriété de la brève liste des droits et libertés garantis par la loi que leur proposition énumère en son article 4³². Mais notons que la proposition du député de droite, le républicain indépendant Joseph Delachenal, ne fait pas plus mention de la propriété en son article 1^{er} consacré à quelques grands principes³³.

Quant aux radicaux et radicaux-socialistes, par la voix d'Édouard Herriot, de Pierre Cot et d'André Marie, ils font leur le projet de la Ligue des Droits de l'Homme de 1936, dont l'article 6 marquait une conception sociale avancée de la propriété : « La propriété individuelle n'est un droit que lorsqu'elle ne porte aucun préjudice à l'intérêt commun. L'indépendance des citoyens et de l'État étant particulièrement menacée par la propriété qui prend la forme de groupements d'intérêts égoïstes et dominateurs (cartels, trusts, consortiums bancaires), les fonctions que cette propriété a usurpées doivent faire retour à la nation³⁴. » Pour André Marie, ce texte n'aurait pas vocation à supplanter celui de 1789, dont on sait que les radicaux défendent le maintien, mais à le prolonger, d'une façon qui semble toutefois bien irénique, suscitant d'ailleurs l'ironie du communiste Duclos devant les députés du centre et de la droite qui se rallient à cette proposition plus avancée que celle de la commission³⁵.

Les propositions socialistes et communistes font, de plus, une grande place aux nationalisations qui sont, comme on le sait, au cœur de leur programme³⁶. La proposition communiste dénonce, dans son exposé des motifs, les trusts et monopoles qui ont perverti la démocratie³⁷. L'article 40 de la proposition socialiste évoque le droit à la protection contre la domination des puissances économiques et financières, annonçant la socialisation des biens et des entreprises dont

³⁰ Proposition déposée le 29 novembre 1945, *Journal officiel. Documents*. Annexe n° 44.

³¹ Voir l'article 33 du projet soumis par la sous-commission chargée de la déclaration des droits à la séance de la commission du 1^{er} février 1946 : « La propriété est le droit qu'a chaque individu de jouir et de disposer de la portion des biens qui est garantie par la loi. Le droit à la propriété est garanti à tout individu sur les biens qui représentent le fruit normal de son travail personnel, ainsi que sur les biens d'usage à caractère personnel, familial ou collectif. Nul ne saurait en être privé, si ce n'est pour cause d'utilité publique légalement constatée et sous la condition d'une indemnité fixée par la loi. » (Com. 1, p. 317).

³² Proposition déposée le 23 novembre 1945, *Journal officiel. Documents*. Annexe n° 20.

³³ *Ibid.*, Annexe n° 38.

³⁴ Séance de l'Assemblée du 12 mars 1946, ANC 1, p. 670.

³⁵ *Ibid.*, p. 679.

³⁶ C'est une idée commune au sein de la Résistance (H. MICHEL, *Les grands courants de pensée de la Résistance*, Paris, PUF, 1962, p. 392-393). Le MRP y est aussi favorable et votera les grandes lois de nationalisation (P. LETAMENDIA, *Le Mouvement républicain Populaire. Histoire d'un grand parti français*, Paris, Beauchesne, 1995, p. 362-363).

³⁷ Proposition communiste du 23 novembre 1945, *Journal officiel. Documents*. Annexe n° 20.

l'exploitation a le caractère d'un service public ou d'un monopole de fait³⁸. L'expression va faire fortune.

Ce constat d'une propriété fortement limitée par le législateur au cours du siècle écoulé, et qui a vocation à le rester, fait vite glisser le débat à un niveau de profondeur plus philosophique quant à la source et à l'étendue de celle-ci.

B. La propriété : un fondement et une étendue discutés

1) L'origine sociale du droit de propriété

À gauche et au centre gauche, les députés soulignent à l'envi l'origine purement sociale de la propriété, répudiant en conséquence son caractère de droit naturel et la soumettant aux évolutions historiques de la société.

Devant la commission, au nom des radicaux et radicaux-socialistes, Pierre Cot déclare que la propriété résulte de la loi et lui est subordonnée, estimant que la propriété, en tant qu'elle se définit par les rapports qui existent entre les hommes et les choses, n'est pas de droit naturel³⁹.

Devant l'Assemblée, le communiste Pierre Hervé souligne l'origine sociale de la propriété, appelant à la souplesse dans l'application de ce droit⁴⁰. Le socialiste Jacques Arrès-Lapoque se montre le plus expansif dans ce registre, et le plus clair quant aux conclusions politiques à en tirer. Il affirme que la propriété n'est pas de droit naturel, antérieure et supérieure à la loi civile, mais un droit social, se prévalant aussi bien d'auteurs catholiques (tels que Saint Thomas, Pascal ou Bossuet) que d'auteurs issus des Lumières (Montesquieu, Mirabeau et Robespierre) : « la propriété est un fait social en perpétuelle transformation [...]. Je ne sais si des juristes maladroits essaieront d'empêcher cette évolution normale ; elle se fera malgré eux. Ce que nous vous demandons, en quelque sorte, c'est de mettre la loi constitutionnelle du côté de la révolution. En plaçant la propriété parmi les droits naturels et supérieurs, en la déclarant intangible et en lui refusant le caractère social qui la subordonne à la loi et la met à la disposition de la société, vous n'auriez opposé au développement normal et nécessaire du droit de propriété qu'une barrière de papier⁴¹. »

De leur côté, si les députés du centre et de la droite récusent cette vision extrême, ils sont discrets sur les fondements de la propriété et se gardent d'afficher un jusnaturalisme hasardeux, qu'ils ne partagent peut-être même pas d'ailleurs⁴².

³⁸ Proposition socialiste du 29 novembre 1945, *Journal officiel. Documents*. Annexe n° 44.

³⁹ Séance de la commission du 1^{er} février 1946, Com. 1, p. 318. Ce jour-là, le texte discuté en commission était formulé ainsi : voir citation note 31.

⁴⁰ Fin politique, il se réfère aux auteurs bien peu marxistes que sont Pascal et Bossuet et à une intervention du Père Desqueyrat aux Semaines sociales de Toulouse (sur ce prêtre et juriste démocrate-chrétien, voir L. RAVAUX, *L'institutionnalisme juridique français. Contribution à l'histoire d'une École de pensée (1895-1939)*, Thèse, dirigée par C. Jallamion et G. Bigot, Montpellier, 2021, p. 685-716) (séance de l'Assemblée du 21 mars 1946, ANC 1, p. 958).

⁴¹ Séance de l'Assemblée du 21 mars 1946, ANC 1, p. 961-962.

⁴² On relèvera juste Robert Bruyneel du Parti républicain de la Liberté, pour qui la propriété a sa source non dans la loi, mais dans le travail, l'initiative, le risque accepté et l'épargne. Ce faisant, il repousse tout nouvel empiètement de l'État sur les droits naturels et toute déclaration tendant vers le collectivisme et le dirigisme (séance de l'Assemblée du 7 mars 1946, ANC 1, p. 610).

Probablement est-ce cette approche qui explique que dans la version finale de la Déclaration votée le 19 avril 1946, le droit de propriété ne soit pas rangé sous le premier titre « Des libertés », mais sous le second intitulé « Des droits économiques et sociaux ». Significatif, ce classement ne semble avoir rencontré aucune opposition à l'Assemblée. Mais il n'en va pas de même d'autres points plus substantiels sur lesquels la commission et l'Assemblée doivent chercher le compromis.

2) La recherche du compromis

Dès le 14 février, devant la commission, des députés de différents bords – Capitant, le républicain indépendant Courant et même le socialiste Guillet – relayent les inquiétudes qui commencent à surgir dans le public au sujet du texte proposé, déjà divulgué dans la presse, et qui pourrait bien rendre le référendum hostile au projet de constitution⁴³. Le texte, fortement inspiré de la proposition socialiste du 29 novembre, était ainsi rédigé : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des biens garantis par la loi. Le droit de propriété est garanti à tout individu sur les biens qui représentent le fruit normal de son travail personnel, ainsi que sur les biens d'usage et les instruments de travail à caractère personnel, familial ou collectif. Nul ne saurait en être privé si ce n'est pour cause d'utilité publique légalement constatée et sous la condition d'une indemnité fixée par la loi⁴⁴. »

Cette crainte explique qu'un autre texte, nettement infléchi, soit proposé par la sous-commission chargée de la Déclaration des droits, à l'unanimité de ses membres, et ensuite adopté par la commission le 20 février. Le texte est ainsi libellé : « La propriété est le droit inviolable et sacré d'user, de jouir et de disposer des biens garantis à chacun par la loi. Nul ne saurait en être privé, si ce n'est pour cause d'utilité publique légalement constatée et sous la condition d'une juste indemnité fixée conformément à la loi⁴⁵. » « Droit inviolable et sacré » ? La proximité de ce texte avec l'article 17 de la Déclaration de 1789 est flagrante, ce qui dut réjouir René Capitant.

Cependant, le 15 mars, le rapporteur socialiste Zaksas fait supprimer le mot « sacré⁴⁶ ». C'est donc sans ce terme que l'article est soumis à la discussion de l'Assemblée le 21 mars. Même si le qualificatif « inviolable » demeure, ce retrait est révélateur des oppositions. La plupart des élus de la droite et du centre insistent pour qu'aux termes, même implicites, de la future déclaration, la propriété ne tire pas son existence et sa légitimité de la loi seule. Deux amendements, l'un d'André Colin au nom du MRP et l'autre d'Édouard Frédéric-Dupont au nom du Parti républicain de la Liberté, proposent de rétablir le qualificatif de « sacré⁴⁷ ». Sans succès.

⁴³ Séance de la commission du 14 février 1946, Com. 1, p. 391.

⁴⁴ *Ibid.* Par rapport à la version du 1^{er} février, le texte n'avait été que légèrement remanié et il était entre temps devenu l'article 32 du projet.

⁴⁵ Article 32 du projet, séance de la commission du 20 février 1946, Com. 1, p. 418.

⁴⁶ Séance de la commission du 15 mars 1946, Com. 1, p. 567.

⁴⁷ Séance de l'Assemblée du 21 mars 1946, ANC 1, p. 955.

Autre sujet de préoccupation : les sources légitimes de la propriété. Au travail, déjà présent dans la proposition socialiste du 29 novembre et dans les premiers projets de la commission, la droite et le centre insistent pour ajouter l'épargne⁴⁸.

Enfin, les critiques de la droite se focalisent sur la formule « biens garantis [...] par la loi » employée dans l'article 32 du projet issu de la commission⁴⁹. L'élu Paysan Jacques Bardoux reproche à cette formule de laisser toute latitude au législateur quant à la détermination des biens et à l'étendue de la garantie. Il nourrit une crainte pour l'héritage, la succession collatérale voire la propriété immobilière en général, et soupçonne des « arrière-pensées » de la part de la commission. C'est ce qui justifie son amendement affirmant les sources, à savoir le travail et l'épargne, et la nature de la propriété⁵⁰. René Coty, futur président de la République et alors député républicain indépendant, va plus loin et suggère dans son amendement de remplacer la formule « biens garantis à chacun par la loi » par « biens acquis en conformité des lois », afin que la loi efficace et constitutionnellement protégée soit celle en vigueur lorsque le propriétaire a acquis tel ou tel bien et non celle qui sera en vigueur le jour où l'on viendra l'en priver⁵¹. Pragmatique, repoussant ostensiblement toute considération métaphysique ou juridique de quelque bord qu'elle soit, il se place sur le seul terrain de la reconstruction du pays qui nécessite de recourir au crédit public et à une épargne qui, là encore, doivent être protégés⁵².

Le centre et la droite voient leurs amendements repoussés, mais ils ne sont pas entièrement défaits. À l'issue de la séance du 21 mars, après accord du rapporteur Zaksas, ils obtiennent gain de cause sur un point. Le texte final, contrairement à la version initiale soumise par la commission, précise les sources légitimes de la propriété : non seulement le travail, qui faisait de toute manière consensus, mais

⁴⁸ Discours du républicain indépendant Robert Bruyneel à la séance de l'Assemblée du 7 mars 1946, ANC 1, p. 610. Et à la séance de l'Assemblée du 21 mars 1946 (ANC 1, p. 954), série d'amendements déposés par le MRP Colin (« La propriété est le droit inviolable et sacré d'user, de jouir et de disposer d'un bien. Chacun doit pouvoir y accéder par le travail et par l'épargne »), le républicain indépendant Frédéric-Dupont (« La propriété est un droit inviolable et sacré ; il appartient à chaque individu de jouir et de disposer à son gré des biens qui sont le fruit de son travail et de son épargne »), l'élu du groupe Paysan Bardoux (« La propriété est le droit inviolable, pour chacun, d'user et de disposer, en respectant les libertés d'autrui et la loi de la République, du fait de son labeur et des réserves de l'épargne (outils, meubles et immeubles) ») et l'élu PRL Joseph Denais (« Tout citoyen a le droit de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son épargne, sous réserve de ne faire de son droit de propriété ni un moyen d'oppression, ni un moyen de spoliation du fruit légitime du travail d'autrui »).

⁴⁹ Dans sa version présentée par la commission et discutée à l'Assemblée le 21 mars 1946 : « La propriété est le droit inviolable d'user, de jouir et de disposer des biens garantis à chacun par la loi. Nul ne saurait en être privé si ce n'est pour cause d'utilité publique légalement constatée et sous la condition d'une juste indemnité fixée conformément à la loi. »

⁵⁰ Séance de l'Assemblée du 21 mars 1946, ANC 1, p. 954-955. L'amendement de Bardoux, défendu également par Paul Antier et Claudius Delorme, suggérait la formule suivante : « La propriété est le droit inviolable, pour chacun, d'user et de disposer, en respectant les libertés d'autrui et la loi de la République, du fait de son labeur et des réserves de l'épargne (outils, meubles et immeubles). »

⁵¹ *Ibid.*, p. 964. Coty pousse le rapporteur dans ses retranchements : « Il paraît résulter des déclarations de M. le rapporteur que la commission refuse au droit de propriété toute garantie constitutionnelle. Vous déclarez que vous voulez rester en l'état actuel de la législation où les lois peuvent, comme bon semble au législateur, modifier le régime de la propriété. C'est bien cela ? » Et le rapporteur de répondre « Oui », mais le président de la commission d'ajouter toutefois : « Ce n'est pas un recul [par rapport à la situation existante]. »

⁵² *Ibid.*, p. 965.

aussi et surtout l'épargne⁵³. Le premier alinéa de l'article 32 est donc voté en ces termes : « La propriété est le *droit inviolable* d'user, de jouir et de disposer des biens garantis à chacun par la loi. *Tout homme a le pouvoir d'y accéder par le travail et par l'épargne* [nous soulignons]. »

L'alinéa suivant a une tonalité plus sociale, mais conforme à la tradition de 1789 : « Nul ne saurait en être privé, si ce n'est pour cause d'utilité publique légalement constatée et sous la condition d'une juste indemnité fixée conformément à la loi. » L'article 33, également adopté le 21 mars, ajoute : « Le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale ou de manière à porter préjudice à la sûreté, à la liberté, à l'existence ou à la propriété d'autrui. Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité. » Le programme des nationalisations est annoncé, mais on notera que dès le 1^{er} février, la commission avait décidé, à propos de cet article, de substituer la formule classique « droit de propriété » à celle beaucoup plus faible de « droit à la propriété⁵⁴ ». Le changement de préposition n'était pas anodin.

Par rapport à la proposition déposée par les socialistes au mois de novembre 1945 et aux premiers projets élaborés en commission, l'évolution est donc notable. Faut-il en conclure que les députés de la première assemblée constituante ont écarté la voie de la révolution ?

II. LE REFUS DE LA RÉVOLUTION

Redéfinir la légitimité de la propriété en fonction de sa finalité eût été révolutionnaire d'un point de vue juridique. Mais ce n'est pas le choix des constituants, la notion de fonction sociale de la propriété défendue par le MRP étant rejetée par la gauche (A). On peut dire qu'en dépit de la controverse qui oppose le gaulliste Capitant au socialiste Zaksas, l'heure est plutôt à la modération du côté de la gauche, qui se contente d'un texte constitutionnel maintenant la propriété légale existante (B).

A. L'échec d'une définition finaliste de la propriété

1) La fonction sociale de la propriété défendue par le MRP

Lorsque s'ouvrent les travaux de la commission de la constitution le 10 janvier 1946, plusieurs députés appellent à inclure une définition de la propriété dans la future déclaration. Ce n'était certes pas préjuger de laquelle, mais les orientations des orateurs laissaient présager de leur part une définition en relative rupture avec celle héritée de 1789 et 1804⁵⁵.

Le projet déposé par le groupe socialiste le 29 novembre 1945 comportait une approche finaliste de la propriété en concluant l'article qui lui était consacré par un alinéa ainsi rédigé : « Nul ne peut abuser de ce droit en l'exerçant contrairement à

⁵³ *Ibid.*, p. 962 et 964.

⁵⁴ Séance de la commission de la constitution du 1^{er} février 1946, Com. 1, p. 319. Il s'agissait alors de l'article 34 devenu article 33 à partir du 14 février.

⁵⁵ Les trois orateurs sont le communiste Hervé, le MRP Fonlupt-Espéraber, qui invite à dépasser le « romanisme », et le socialiste Noguères, qui appelle à faire œuvre révolutionnaire sur le modèle de la propriété commerciale (Com. 1, p. 169, 170 et 174).

sa fonction sociale⁵⁶. » Mais la tournure restait ici négative, s'inscrivant en fin de compte dans la ligne classique du droit subjectif qui est limité de l'extérieur par l'intérêt général⁵⁷.

Or, la théorie de la propriété comme fonction sociale, qui est dans l'air depuis plusieurs décennies déjà, va potentiellement plus loin. Présente dans la doctrine juridique d'un côté par Duguit qui, en pourfendeur du droit subjectif, s'en est fait le défenseur systématique⁵⁸, et d'un autre côté par les juristes catholiques de tendance thomiste et personnaliste, fidèles à la doctrine sociale de l'Église⁵⁹, elle implique un changement de paradigme, plus ou moins radical, dans l'approche de la propriété, qui se trouve légitimée non plus par sa source, mais par sa finalité, et précisons : pas – ou pas seulement – par sa finalité personnelle mais sa finalité sociale.

En 1945-1946, ce sont les élus du MRP qui défendent avec le plus d'entrain, du moins au début des discussions, cette conception finaliste. En commission, le 10 janvier 1946, Jacques Fonlupt-Espéraber réclame « une définition du caractère de la propriété qui ne doit pas être une fin en soi, mais un moyen de servir le bien commun⁶⁰ ». Le même jour, Pierre-Henri Teitgen invite à définir la propriété par ses buts, de manière dynamique, plutôt que par ses limitations, parce que l'avantage des définitions finalistes est de sous-entendre une définition des devoirs⁶¹. François de Menthon, rapporteur général de la commission, tient une ligne semblable le 5 mars⁶².

Fonlupt-Espéraber reproche – c'est un comble – aux communistes comme Fajon de ne pas aller assez loin en limitant la propriété uniquement par le droit d'autrui, au détriment d'une conception finaliste qui subordonne la propriété à une fin plus grande qu'elle⁶³. Quelque temps plus tard, deux autres orateurs MRP,

⁵⁶ Article 39 de la proposition de loi constitutionnelle déposée par les élus socialistes le 29 novembre 1945 (*Journal officiel. Documents. Annexe n° 44*).

⁵⁷ Seul le socialiste Arrès-Lapoque exprime l'utilité sociale de manière positive, dans le sens d'une obligation de conformité et non d'une simple limitation externe : « toute cette législation est encore fragmentaire et il s'agit aujourd'hui, de poser un principe : la propriété doit être exercée conformément à son utilité sociale. Voilà l'essentiel. » La propriété doit être facteur de bien-être pour tous et donc ne peut échapper au plan économique de la société de demain (séance de l'Assemblée du 21 mars 1946, ANC 1, p. 962).

⁵⁸ A. DEROCHE, « La fonction sociale de la propriété chez Léon Duguit », in *Mélanges Xavier Martin. Aux confins du droit*, Poitiers, LGDJ, 2015, p. 129-142.

⁵⁹ J.-M. AUGUSTIN, *Territoires et liberté. Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot, op. cit.*, p. 147-149 ; L. RAVAUX, *L'institutionnalisme juridique français. Contribution à l'histoire d'une École de pensée (1895-1939), op. cit.*

⁶⁰ Séance de la commission du 10 janvier 1946, Com. 1, p. 170.

⁶¹ *Ibid.*, p. 175.

⁶² Il appelle à une forme plus positive et moins défensive sur la propriété (séance de la commission du 5 mars 1946, Com. 1, p. 489).

⁶³ « Répondant notamment à l'intervention de M. Fajon, l'orateur [Fonlupt-Espéraber] n'admet pas que le droit de propriété ne soit limité que par le droit de propriété d'autrui. Ce n'est pas par le simple contact de droits juxtaposés et qui se heurtent que peut se faire leur délimitation, c'est par une juste subordination. Il faut aller "au-delà du romanisme" et considérer que la propriété n'est pas une fin, qu'elle est un moyen d'assurer l'existence de la personne, une fonction sociale qui doit être subordonnée au bien commun et pour laquelle il importe de faire acception de l'intérêt général. [nous soulignons] » (séance de la commission du 10 janvier 1946, Com. 1, p. 172-173). Explicitant son propos, il pointe l'obsolescence de l'article 544 du Code civil sur le droit absolu et l'insuffisance de la limitation par le seul droit du voisin. Reconnaître que la propriété,

Maurice Guérin et Paul Coste-Floret, font aussi la leçon de révolution à la gauche en séance à l'Assemblée⁶⁴. Ces prises de position s'inscrivent dans la ligne anticapitaliste et socialisante des années 1944-1945 du MRP que l'historiographie de ce parti a bien mise en évidence⁶⁵.

Il faut cependant se garder de revêtir l'expression de fonction sociale de la propriété d'une parure trop révolutionnaire. Dans la bonne tradition thomiste et personnaliste qui est la leur, les élus MRP, comme Teitgen et Coste-Floret tous deux professeurs de droit, équilibrent leur analyse de la propriété entre son caractère individuel et son caractère social, les buts individuels de la propriété étant l'indépendance et la dignité de l'homme et sa fonction sociale étant constituée par la recherche du bien commun⁶⁶. La fonction sociale n'est donc nullement exclusive de l'utilité individuelle.

Mieux encore, l'expression de fonction sociale est employée par René Coty, dont on sait la position conservatrice sur le sujet, attaché au principe d'indemnisation des expropriations pour cause d'utilité publique et justifiant la défense de la propriété et de l'épargne par l'intérêt de la reconstruction : « Voilà ce que je

même personnelle, a une fonction sociale est reconnaître qu'elle ne saurait être considérée d'utilité purement individuelle et a pour limite le bien commun ; elle n'est donc pas souveraine face à la collectivité (*ibid.*, p. 173-174).

⁶⁴ Le 8 mars, Maurice Guérin interpelle ses collègues de gauche : « À vous qui vous intitulez, et qui êtes d'ailleurs, à certains égards, des révolutionnaires de doctrine, nous disons que, lisant la Déclaration, nous sommes bien obligés de constater que vous avez paru reculer, que vous vous êtes raccrochés à un passé individualiste avec lequel on a tort de vous accuser d'avoir voulu briser, avec lequel on a dit que vous aviez rompu. » (ANC 1, p. 641.) Le 21 mars, c'est au tour de Paul Coste-Floret de mener la charge. Il reproche au rapporteur socialiste de la commission (Zaksas) d'être imbu de la tradition quiritaire et romaine et du Code civil ; or, la définition de l'article 544 traduit une « conception réactionnaire qui se borne tout simplement à traduire le droit romain », alors qu'en 1946, il faut affirmer que la propriété est « un droit, mais non pas un droit absolu » et qu'on doit employer une « formule nouvelle » pour le définir. Il appelle donc à distinguer deux problèmes : d'une part, la définition des droits de propriété (Coste-Floret insiste sur le pluriel) et d'autre part, sa finalité (ANC 1, p. 959).

⁶⁵ P. LETAMENDIA, *Le Mouvement républicain populaire. Histoire d'un grand parti français*, op. cit., p. 80 et 358.

⁶⁶ Teitgen à la séance de la commission du 10 janvier 1946, Com. 1, p. 175. Le 1^{er} février, Teitgen poursuit ce leitmotiv : il faut prendre comme fondement de la propriété non pas la loi mais sa fonction sociale, tout en rappelant qu'il y a un minimum de biens dont la propriété doit être garantie en tout état de cause et non pas seulement si la loi le décide (Com. 1, p. 318). Dans sa proposition de texte adressée le même jour, il préfère l'expression plus classique et thomiste de « bien commun » à celle de « fonction sociale », mais l'idée de fond reste identique : « Le droit à la propriété est garanti dans la mesure où elle a pour fin d'assurer l'indépendance de la personne et de contribuer au bien commun. La propriété individuelle peut porter sur les biens de consommation et les instruments et moyens de travail. Quand la propriété des instruments et moyens de travail risque d'entraîner l'exploitation de l'homme au lieu d'assurer son indépendance, la loi doit contraindre les entreprises utilisatrices à une participation des travailleurs à la gestion et aux profits. » (*Ibid.*, p. 313-314.) On trouve la même idée dans la bouche de Coste-Floret devant l'Assemblée le 21 mars, qui loue l'article 33 du projet, parfaitement équilibré entre la « fonction sociale » de la propriété et sa « fonction personnelle » (ANC 1, p. 959). L'article 33 était alors rédigé : « Le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale ou de manière à porter préjudice à la sûreté, à la liberté, à l'existence ou à la propriété d'autrui. Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité. »

demande », déclare-t-il à l'Assemblée le 21 mars 1946, « parce que je crois au caractère social, à la fonction sociale de la propriété et parce que je considère ce problème uniquement sous l'angle de l'intérêt public⁶⁷ ». Cette intervention montre que théoriquement révolutionnaire dans son analyse de la propriété privée, la fonction sociale pouvait aussi servir à en retremper la légitimité sans vraiment en bouleverser le contenu et les règles pratiques. Mais de toute manière, la notion se heurte au scepticisme de la gauche.

2) *Le scepticisme et le refus de la gauche*

Employée dans la proposition socialiste du 29 novembre 1945, puis dans le premier projet de la sous-commission chargée de la Déclaration des droits⁶⁸, qui s'en inspire fortement, l'expression de *fonction sociale* est ensuite remplacée, après la discussion en commission du 1^{er} février 1946, par celle d'*utilité sociale*⁶⁹. Doit-on induire de cette substitution un changement politique et juridique de fond ? Non si l'on s'en tient au fait que l'article du projet sur lequel porte la modification ne suscite quasiment aucune discussion sur ce point, ni en commission ni à l'Assemblée⁷⁰. Mais à suivre les débats antérieurs dans leurs méandres, il apparaît que les élus de gauche sont sceptiques devant la conception finaliste défendue par le MRP.

Pierre Cot, au nom des radicaux et radicaux-socialistes, se demande quelle est donc cette fonction sociale. Pour lui, c'est la loi qui compte, car la propriété a évolué au fil des siècles et c'est la loi qui en détermine les modalités⁷¹. Cot est favorable à la délimitation légale et relative de la propriété, et réaffirme son hostilité au droit naturel. Son scepticisme à l'égard de la notion de fonction sociale ne procéderait-il pas d'un scepticisme philosophique plus général à l'endroit d'une idée peut-être trop associée à la pensée chrétienne ? On ne saurait le certifier. Toujours est-il que c'est suite à son intervention que Zaksas propose de remplacer « fonction sociale » par « utilité sociale ». Mais le rapporteur insiste aussi pour que l'idée de fond soit conservée dans la rédaction, donnant l'exemple d'un propriétaire qui laisserait sa terre en friche⁷².

⁶⁷ ANC 1, p. 965.

⁶⁸ Article 34 du projet : « Le droit à la propriété ne saurait être exercé contrairement à sa fonction sociale ou de manière à porter préjudice à la sûreté, à la liberté, à l'existence ou à la propriété d'autrui. Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité. » (Séance de la commission du 1^{er} février 1946, Com. 1, p. 319.)

⁶⁹ *Ibid.* L'article 34 du projet initial devient alors l'article 33, rédigé en ce sens : « Le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale ou de manière à porter préjudice à la sûreté, à la liberté, à l'existence ou à la propriété d'autrui. Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité. » (*Ibid.*, p. 392.)

⁷⁰ Contrairement à l'article 32 déjà évoqué, l'article 33 du projet est adopté par la commission sans débat le 14 février 1946 (Com. 1, p. 392). Il en va de même à l'Assemblée le 21 mars, soit parce qu'on arrive en fin de séance et que les députés sont fatigués et pressés d'en finir après avoir beaucoup débattu sur l'article 32 (la droite et le centre demandent le renvoi de la discussion au lendemain), soit parce que le concept d'utilité sociale fait consensus (ANC 1, p. 968). Les seules discussions substantielles relatives à cet article porteront sur la nationalisation des services publics et monopoles de fait, que l'Assemblée réservera aux services à caractère national pour ne pas menacer les services locaux (ANC 1, p. 969).

⁷¹ Séance de la commission du 1^{er} février 1946, Com. 1, p. 319.

⁷² *Ibid.*

Les communistes, quant à eux, refusent expressément la notion de fonction sociale, comme s'ils préféreraient – sans vraiment l'avouer – l'alternative entre propriété individualiste et propriété collective voire absence de propriété à ce tiers perturbateur que constitue la propriété-fonction sociale. C'est donc une fin de non-recevoir qu'ils opposent aux orateurs du MRP qui les accusent de ne pas être assez révolutionnaires. À Fonlupt-Espéraber, Hervé rétorque qu'il ne sait pas ce que c'est que « d'aller au-delà du romanisme », le droit romain lui paraissant avoir fourni de précises et utiles définitions, et « [...] il n'est pas d'accord sur la notion de propriété, fonction sociale⁷³ ». Quelques semaines plus tard, il enfonce le clou : la majorité de la commission rejette la conception philosophique qui donne à la propriété une fonction finaliste⁷⁴.

Comment expliquer cette inversion paradoxale des rôles où les démocrates-chrétiens jouent aux révolutionnaires et les communistes aux modérés ? Les communistes redouteraient-ils la fonction sociale comme un juste milieu corrigeant la propriété et lui conférant une légitimité nouvelle, sorte de bain de jouvence susceptible de brouiller la redoutable dialectique historique censée faire advenir la révolution prolétarienne ? Peut-être, mais la raison principale de l'opposition des communistes est en vérité plus prosaïque. Parce qu'ils tiennent avant tout à voir la constitution ratifiée par le peuple français, ils ne veulent pas prendre le risque d'agiter l'épouvantail de la propriété, comme nous allons le préciser plus loin.

Mais d'un autre côté, l'audace des élus MRP montre vite ses limites. Le 15 mars, par la voix d'André Colin, c'est une formulation de l'article 32 bien plus conservatrice qu'ils défendent, souhaitant le voir rédigé ainsi : « La propriété est le droit inviolable et sacré d'user, de jouir et de disposer d'un bien. Chacun doit pouvoir y accéder par le travail et par l'épargne⁷⁵. » Ce même jour, Teitgen n'insiste plus sur la fonction sociale et s'inquiète davantage des menaces planant sur la propriété⁷⁶. Le 21 mars à l'Assemblée, comme on l'a vu, le MRP rejoint la droite dans ses amendements tous centrés sur les sources de la propriété et non sa finalité⁷⁷. Plus l'issue du débat constitutionnel approche, plus le MRP se modère sur la propriété. On sait que de façon générale, le MRP prend ses distances avec le projet constitutionnel au fil des semaines, jusqu'au point de faire démissionner ses rapporteurs à la commission début avril 1946, et que depuis le départ du général

⁷³ Séance de la commission du 10 janvier 1946, Com. 1, p. 173.

⁷⁴ Séance de la commission du 1^{er} février 1946, Com. 1, p. 318.

⁷⁵ Séance de la commission du 15 mars 1946, Com. 1, p. 567. Zaksas marque son opposition et la proposition de Colin est repoussée par la commission.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Exception faite de Coste-Floret qui critique ce jour-là « la conception réactionnaire » de la commission. Mais la suite de son discours tempère singulièrement son envolée progressiste. Il reproche certes à l'article 32 de ne pas vraiment définir la propriété en mélangeant question de définition et question d'usage et en se référant à la loi. Pour lui, définir, c'est dire quelle est la nature interne de la propriété, à savoir un droit sur une chose, le vieux *jus in re*, d'où l'expression de droit « inviolable d'user... » (séance de l'Assemblée du 21 mars 1946, ANC 1, p. 959). On se demande alors où est le changement. Était-ce bien la peine de fustiger la conception réactionnaire du droit romain pour y revenir aussitôt ? Coste-Floret fait la même impression lorsqu'il qualifie la propriété d'élément d'épanouissement de la personne humaine, qui doit être accessible à tous par le travail et par l'épargne, ou lorsqu'il exprime sa crainte devant la formule « biens garantis par la loi » si sous ces mots, on doit entendre une atteinte grave aux droits de propriété (*ibid.*, p. 959 et 962).

de Gaulle, il adopte de plus en plus une posture anticommuniste. Sans doute a-t-il déjà en tête sa stratégie électorale qui le portera à voter non lors du référendum⁷⁸.

Les articles 32 et 33 du projet deviendront, après amendement et discussion, les articles 35 et 36 du texte final adopté le 19 avril. L'article 35 dispose que : « La propriété est le droit inviolable d'user, de jouir et de disposer des biens garantis à chacun par la loi. Tout homme doit pouvoir y accéder par le travail et par l'épargne. Nul ne saurait en être privé si ce n'est pour cause d'utilité publique légalement constatée et sous la condition d'une juste indemnité fixée conformément à la loi. » Et l'article 36 ajoute : « Le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale ou de manière à porter préjudice à la sûreté, à la liberté, à l'existence ou à la propriété d'autrui. Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité. »

La conception finaliste de la propriété a donc fait long feu. La propriété reste à finalité essentiellement individuelle, bien sûr limitée par l'utilité sociale, mais dans une logique classique de limitation extrinsèque.

B. Le maintien de la propriété légale existante

1) *La modération de la gauche*

Il est clair au fil des débats que la gauche ne souhaite pas se présenter à l'opinion publique avec un couteau entre les dents. Plus les débats avancent et plus elle campe sur une position modérée à l'égard de la propriété.

C'est un communiste, Pierre Hervé, qui, le 14 février, demande à faire supprimer un article du projet présenté par la sous-commission chargée de la déclaration des droits, lequel article, idéologiquement orienté, disposait : « Les droits inscrits dans la présente déclaration marquent une étape vers l'instauration d'un régime économique et social organisé et coordonné en vue du bien commun, dans lequel le travail cessera d'être une marchandise et où l'exploitation de l'homme par l'homme sera complètement abolie. » Hervé prévient que si la commission cherche à faire voter la constitution par le plus grand nombre de républicains du pays, un tel texte paraît « inopportun⁷⁹ ». Opportunité : le mot est lâché, qui caractérise bien la préoccupation de la gauche dans cette première assemblée constituante. Le même orateur réagit contre les articles de presse qui accusent la commission de vouloir détruire la propriété⁸⁰. Ce même jour, la commission étant émaillée de tensions, son président socialiste Guy Mollet en rappelle l'esprit : éviter tout ce qui diviserait la commission en deux blocs susceptibles de se reconstituer dans le pays à l'occasion du référendum et au contraire, faire un grand effort pour rallier

⁷⁸ Voir É.-F. CALLOT, *Un parti politique de la démocratie chrétienne en France. Le Mouvement républicain Populaire*, Paris, Marcel Rivière, 1978, p. 258 ; J.-P. RIOUX, *La France de la IV^e République*, 1, *L'ardeur et la nécessité 1944-1952*, op. cit., p. 145-146 ; P. LETAMENDIA, *Le Mouvement républicain Populaire. Histoire d'un grand parti français*, op. cit., p. 80 et 84 ; J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, op. cit., p. 305-306.

⁷⁹ Séance de la commission du 14 février 1946, Com. 1, p. 393. L'article est finalement supprimé par la commission.

⁸⁰ *Ibid.*

l'immense majorité de la nation autour du texte⁸¹. C'était la logique même du tripartisme⁸².

Le seul point sur lequel la gauche est inflexible, mais elle ne rencontre de toute façon pas d'opposition significative – du moins exprimée à voix haute – est la lutte contre les monopoles de fait et la nationalisation des grands services publics nationaux. La protection des « trusts » et de la propriété monopolistique n'est pas vue comme une extension du droit de propriété, mais comme une entrave au droit des autres et à la démocratie. Dans la logique même de 1789, mais appliquée au régime économique actuel, la propriété doit s'effacer devant l'intérêt qui commande la lutte contre les monopoles, lutte qui n'est encore une fois pas présentée comme un prélude à une collectivisation générale, mais comme une défense des petits et moyens propriétaires, des droits des individus les plus faibles, de l'indépendance du citoyen et en dernière analyse seulement de la collectivité nationale⁸³.

Pour le reste, la future déclaration doit rester de facture classique sur la propriété. Glosant l'article 32, Pierre Hervé note que l'expression d'utilité publique est celle déjà consacrée par le langage juridique et que l'article 544 du Code civil lui-même fait déterminer la propriété par la loi⁸⁴. Pour son collègue Étienne Fajon, le texte doit affirmer le respect et l'inviolabilité de la propriété privée, car il ne s'agit pas – *pour le moment*, précise-t-il cependant – de faire une constitution socialiste ou communiste, laquelle ne sera envisageable que lorsque les conditions en seront réalisées⁸⁵. La position des communistes procède, on le voit bien ici, d'un opportunisme historique fondamental ; c'est pourquoi la déclaration ne les intéresse en fin de compte que marginalement. Le moteur de l'histoire ne réside pas pour eux dans les textes, mais dans l'évolution des conditions matérielles. C'est ce que répond clairement Jacques Duclos à Édouard Herriot qui s'étonne de voir les communistes se ranger aux articles 32 et 33 du projet. Le chef du Parti communiste rétorque qu'il n'y a pas de message à lancer au monde en ce moment et pas d'ordre social nouveau à donner en exemple. Il convient dès lors de ne pas attacher trop d'importance aux textes et de voter sans tarder celui proposé par la commission⁸⁶.

⁸¹ *Ibid.*, p. 394.

⁸² Cf. J. FAUVET, *La IV^e République*, *op. cit.*, p. 87. Sur la position générale du Parti communiste, voir R. MARTELLI, J. VIGREUX, S. WOLIKOW, *Le parti rouge. Une histoire du PCF 1920-2020*, Paris, A. Colin, 2020, p. 101-107.

⁸³ En ce sens, les interventions du communiste Étienne Fajon (séance de la commission du 10 janvier 1946, Com. 1, p. 171), du socialiste Gilbert Zaksas et du communiste Raoul Calas (séance de l'Assemblée du 7 mars 1946, ANC 1, p. 606 et 617), du radical-socialiste André Marie (séance de l'Assemblée du 12 mars 1946, ANC 1, p. 671) et du communiste Pierre Hervé (séance de l'Assemblée du 21 mars 1946, ANC 1, p. 957-958).

⁸⁴ Séance de l'Assemblée du 21 mars 1946, ANC 1, p. 956-957.

⁸⁵ Séance de l'Assemblée du 7 mars 1946, ANC 1, p. 617. Le socialiste Pierre-Emmanuel Guillet est sur la même ligne : la déclaration n'est qu'une étape, dans une histoire en transformation incessante, vers un régime de liberté, de justice et de paix que le socialisme seul pourra apporter au monde (*ibid.*, p. 619). Au sein du concert socialiste, Arrès-Lapoque apparaît donc comme une exception lorsqu'il appelle à « mettre la loi constitutionnelle du côté de la révolution » (séance de l'Assemblée du 21 mars 1946, ANC 1, p. 962).

⁸⁶ Séance de l'Assemblée du 12 mars 1946, ANC 1, p. 675 et 678. Sur la ligne rassembleuse du parti communiste, suivant la consigne de Staline, en 1945, voir J.-P. RIOUX, *La France de la IV^e République*, 1, *L'ardeur et la nécessité 1944-1952*, *op. cit.*, p. 87.

Cette absence d'importance des textes n'est toutefois pas partagée par tout le monde, loin s'en faut, au sein de l'Assemblée, et les déclarations précitées de la gauche restent marquées par des ambiguïtés qui ne rassurent pas sur tous les bancs de l'hémicycle. Plusieurs maladroites ou dérapages de députés de gauche relancent les débats, mais pour aboutir à la fin à une interprétation modérée du projet constitutionnel.

2) *Capitant contre Zaksas : l'incident révélateur*

Une maladresse est commise par le rapporteur du projet de déclaration Gilbert Zaksas, lors de la discussion de l'amendement Colin au nom du MRP devant l'Assemblée le 21 mars. Zaksas interprète le projet qu'il défend comme faisant une distinction entre une propriété constitutionnellement garantie par la déclaration, à savoir celle qui porte sur les biens d'usage et les instruments du travail à caractère personnel et familial, et une propriété abandonnée à la loi, c'est-à-dire tout le reste, afin d'éviter que cette propriété ne devienne un moyen d'oppression et d'exploitation entre les mains de minorités privilégiées. Pour cette dernière, le *statu quo*, fixé par la législation positive, a vocation à être maintenu dans l'immédiat, mais il est susceptible d'évoluer dans l'avenir, à tel point que la loi puisse toujours décider que sur certains biens, la garantie cessera et que même le principe de juste indemnité ne sera pas observé ! Et Zaksas d'enfoncer le clou : aucune garantie ne doit être donnée aux biens acquis dans des conditions douteuses ou dont la propriété porte atteinte aux intérêts de la nation, parce que si demain, il fallait nationaliser certaines entreprises représentant des centaines de milliards et qu'il fallait indemniser, alors l'État serait ruiné, pour des privilèges de minorités en soi non respectables face à la majorité du peuple et à la démocratie⁸⁷.

Cette « sortie du bois », alors même que la gauche n'avait pas toujours dissimulé cette idée d'une nationalisation des monopoles sans indemnisation⁸⁸, met le feu aux poudres du côté du MRP⁸⁹ et surtout de René Capitant. Celui-ci intervient vivement en prétendant que l'article 32 est dû à sa propre suggestion en sous-commission, ce que le rapporteur nie (« Non pas ! »), mais Capitant persiste avec brio : « Si, mon cher rapporteur, c'est moi qui vous ai fait revenir très sensiblement au texte de la Déclaration de 1789, agissant ainsi selon la tendance constante qui m'a toujours guidé devant la commission et devant l'Assemblée. Je pense donc être habilité à donner aussi mon avis quant au sens de cet article 32 et je suis obligé de me trouver en désaccord total avec vous⁹⁰. » Ainsi, la ligne Capitant – reprise du texte de 1789 – que l'on croyait avoir été écartée au début des discussions revient dans le débat. Capitant défend une interprétation qui va dans le sens de la continuité entre le texte de 1789 et le texte proposé par la commission : « L'article 32, en effet par sa rédaction actuelle, n'est pas autre chose que le texte de 1789 – il suffit de s'y reporter pour s'en convaincre – revu par le Code civil. En d'autres termes, on a ajouté au texte de la Déclaration de 1789 la définition du droit de propriété empruntée au Code civil. Il n'y a pas de différence essentielle de l'une

⁸⁷ Séance de l'Assemblée du 21 mars 1946, ANC 1, p. 963.

⁸⁸ Elle figurait expressément dans l'article 43 de la proposition de loi constitutionnelle déposée par les communistes le 23 novembre 1945 (*Journal officiel. Documents. Annexe n° 20*).

⁸⁹ Coste-Floret réagit en disant que si la propriété s'exerce de manière non absolue et dans une finalité sociale, elle ne doit pas devenir pour autant un droit mineur et exceptionnel (séance de l'Assemblée du 21 mars 1946, ANC 1, p. 963).

⁹⁰ *Ibid.*

à l'autre⁹¹. » Le président de la commission Guy Mollet contredit : « Si ! », prenant ainsi la défense de son homologue socialiste Zaksas⁹².

Cette querelle d'interprétation constitue le moment le plus dramatique des débats relatifs à la propriété au sein de l'Assemblée. Capitant menace, avec son groupe parlementaire de la Résistance démocratique et socialiste, de ne plus voter le texte. Autant les mots de « biens garantis par la loi » ne l'inquiètent pas, contrairement on s'en souvient à certains députés de droite⁹³, autant la remise en cause du principe d'indemnisation en cas d'expropriation représente une ligne rouge infranchissable⁹⁴.

Devant cette offensive, le rapporteur est contraint d'amorcer un recul. Il plaide le malentendu, indiquant que l'intention du texte n'est que de proclamer le droit de propriété tel qu'il est consacré par législation positive, c'est-à-dire tel qu'il est pratiqué à l'heure actuelle et résulte à la fois des textes du Code civil et de la pratique législative courante, et que la commission ne veut simplement pas que le texte voté soit un retour en arrière en constituant un obstacle à cette pratique législative d'aujourd'hui. Le MRP et l'UDSR peuvent donc s'y rallier selon lui⁹⁵.

Capitant s'estime à demi-convaincu : « votre dernière déclaration me semble, d'une façon il est vrai un peu obscure (sourires), constituer une rétractation de l'interprétation abusive que vous nous avez précédemment donnée. Si telle est bien votre pensée, si vous nous affirmez que ce texte ne revient pas sur le principe essentiel de 1789 ; si vous admettez que les nationalisations pourront se faire, demain comme aujourd'hui, contre une légitime indemnité, ainsi que le principe en est inscrit dans tous les projets dont nous sommes saisis ; si c'est bien votre avis, nous maintiendrons notre position et nous voterons pour le projet de la commission, mais à cette condition seulement⁹⁶. » Le président Mollet, sous les applaudissements de la gauche, et Zaksas, face à René Coty qui l'interroge encore, apportent la confirmation tant attendue⁹⁷.

Mais la polémique rebondit à l'occasion de l'amendement Coty, qui suggère de remplacer la formule « biens garantis par la loi » par « biens acquis en conformité des lois », lorsque le communiste Hervé déclare que pareille formule permettrait de légitimer l'esclavage ou les biens acquis sous l'Occupation au motif qu'ils étaient conformes aux lois de leur temps. L'indignation éclate à droite, au centre et même sur certains bancs à gauche. Mais le débat dérape alors de la propriété vers la question de la légalité du régime de Vichy, que soutient Hervé à la grande honte de Capitant. Revenant à la propriété, celui-ci, soutenu par le MRP Coste-Floret, déplore les « malentendus sans cesse renaissants » et exige de nouveau une

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ Il faut bien, selon Capitant, se référer à la loi pour savoir si un bien est la propriété d'une personne déterminée (par héritage ou acquisition quelconque). Il n'y a là rien qui diffère du régime en vigueur.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*, p. 964.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.* Les radicaux, par la voix d'André Marie, tentent de contribuer à l'apaisement : l'article 32 étant « un texte transactionnel », il faut se garder de glisser sous ses termes la promesse plus ou moins déguisée de ce qui sera demain la réalisation éventuelle de l'idéal de chacun. Et de conclure dans le sens d'une interprétation conforme à celle de Capitant (*ibid.*, p. 965).

clarification⁹⁸. Zaksas est obligé de se répéter : maintien du *statu quo* et de la législation actuelle, mais sans empêcher les nationalisations dans l'intérêt de la nation⁹⁹.

*
**

Sans que l'on puisse nier les arrière-pensées de la gauche, d'ailleurs peu dissimulées, qui la portaient à considérer le texte de la déclaration comme une étape provisoire vers un avenir plus révolutionnaire, il n'en demeure pas moins que le texte qui sort de l'Assemblée le 19 avril 1946 n'est, relativement à la propriété, révolutionnaire ni dans sa lettre, ni dans l'interprétation qui en a été faite par les députés, à l'instigation en bonne part de René Capitant.

La majorité du peuple français rejette néanmoins le projet de constitution lors du référendum du 5 mai 1946, le conduisant à élire une seconde assemblée constituante le 2 juin 1946. Les députés qui s'expriment sont unanimes à souligner le poids qu'a pesé la question de la propriété dans l'opinion publique au cours de la campagne électorale¹⁰⁰. Peut-être est-ce cela qui explique la réputation d'hostilité à la propriété attachée à ce premier projet par la postérité¹⁰¹, et ce jusque dans le

⁹⁸ *Ibid.*, p. 965-967 : « Dans l'interprétation de M. Marie, dans la mienne, et par conséquent dans la vôtre, puisque M. le président de la commission et vous-même, monsieur le rapporteur, avez affirmé être d'accord avec nous, la formule "les biens garantis par la loi" ne peut signifier autre chose que "les biens acquis en conformité des lois". Je serais heureux que vous précisiez quelle différence vous faites entre ces deux expressions, si vous estimez qu'elles sont différentes. »

⁹⁹ Et dans le même sens, propos du socialiste Édouard Depreux (*ibid.*, p. 967).

¹⁰⁰ Jacques Bardoux : « Donner de la propriété une définition mouvante et précaire lui [au peuple] apparut comme un péril [...]. L'intérêt qu'a pris la nation à ce débat sur la Déclaration des droits est une des choses qui m'ont le plus frappé et qui m'ont rendu le plus fier de notre peuple. » (Séance de l'Assemblée du 20 août 1946, ANC 2, p. 3192-3193.) Pour le communiste Étienne Fajon, la propriété a été, avec la liberté d'enseignement, la question la plus souvent évoquée par les adversaires du projet et on a agité des « périls imaginaires » en répétant à nombre de petites gens des classes moyennes qu'il menaçait la propriété (*ibid.*, p. 3197 ; même analyse de la part du communiste Arthur Giovoni à la séance du 27 août, ANC 2, p. 3328). Pour Jacques Baumel (UDSR), une majorité de Français, à tort ou à raison, a considéré que le premier projet comportait un danger pour les libertés, et essentiellement le droit de propriété (séance de l'Assemblée du 20 août, ANC 2, p. 3293). Robert Bruyneel pense à son tour que l'article 35 a été un des motifs du rejet du projet par le peuple (séance de l'Assemblée du 23 août, ANC 2, p. 3301). Dès le mois de mars 1946, une partie de la presse s'était émue de l'atteinte portée au droit de propriété par le projet de la Constituante (F. FERRY, *Le problème constitutionnel et l'opinion publique en France de 1940 à 1946*, Thèse, dirigée par R. Cassin, Faculté de droit de Paris, 1947, p. 247-248).

¹⁰¹ Ainsi de l'opinion du professeur Robert Pelloux pour qui le projet du 19 avril ne considère plus le droit de propriété comme une forme et une condition de la liberté, mais « comme un droit à l'aspect social et économique, ou plutôt une fonction sociale » (« La Constitution du 19 avril 1946 », D. 1946, chron. XII, p. 46). On retrouve plus ou moins cette idée dans les commentaires juridiques et l'historiographie relatifs à la genèse de la IV^e République : F. FERRY, *Le problème constitutionnel et l'opinion publique en France de 1940 à 1946*, *op. cit.*, p. 248 et 297 ; J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », *Droit social*, janvier 1947, p. 17 et 29-30 ; G. RIPERT, *Le déclin du droit*, *op. cit.*, p. 15-19 ; G. ELGEY, *Histoire de la IV^e République*, 1^{re} partie, *La République des illusions 1945-1951*, *op. cit.*, p. 184 ; J. FAUVET, *La IV^e République*, *op. cit.*, p. 89-91 ; P. BUTON, *Les lendemains qui déchantent. Le Parti communiste français à la Libération*, Paris, Presses de la FNSP, 1993, p. 226 ; M. LAZAR et S. COURTOIS, *Histoire du Parti communiste français*, 2^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 235.

recours des 122 députés déposé au Conseil constitutionnel contre la loi de nationalisation le 19 décembre 1981, puis, comme on le sait, dans la décision du Conseil lui-même quelques semaines plus tard¹⁰².

Les députés en tirent les leçons pour le second projet qui fait l'économie d'une nouvelle déclaration et se contente d'un préambule qui renvoie à la Déclaration de 1789, tout en la complétant par une série de droits économiques et sociaux réclamés par les temps nouveaux¹⁰³. Le radical Paul Bastid s'en félicite : « Ainsi, le droit de propriété, que les radicaux s'honorent d'avoir toujours défendu, reçoit la garantie qui lui faisait défaut dans le projet de constitution du 19 avril¹⁰⁴. »

¹⁰² Le recours des députés a été publié dans L. FAVOREU, *Nationalisations et constitution*, *op. cit.*, p. 216-217. Peut-être a-t-il été influencé par une intervention de Jean Foyer pour soulever une exception d'irrecevabilité lors de la discussion du projet de loi, où l'ancien garde des Sceaux du général de Gaulle oppose fermement le projet d'avril 1946 au texte d'octobre : « Le texte du 29 octobre 1946 est revenu à la propriété droit inviolable et sacré de la Déclaration de 1789. » (Arch. Nat., Conseil constitutionnel [1982], 20210278/47 « Intervention de Jean Foyer », p. 9). On notera en revanche que cette opposition ne se retrouve pas dans d'autres mémoires rédigés contre la loi de nationalisation et adressés au Conseil constitutionnel, tels que celui cosigné par les professeurs Yvon Loussouarn, Roland Drago et Pierre Delvolvé pour le compte de l'Union pour la Défense et le Développement de l'Actionnariat Privé (Arch. Nat., Conseil constitutionnel [1982], 20210278/47 ; mémoire également publié dans L. FAVOREU, *Nationalisations et constitution*, *op. cit.*) ou celui de l'avocat aux Conseils Charles de Chaisemartin pour le compte de l'Office de Coordination des Banques Privées daté du 23 novembre 1981 (Arch. Nat., Conseil constitutionnel [1982], 20210278/47). Ces mémoires préfèrent au contraire mettre en valeur un relatif *continuum* entre les deux assemblées constituantes. Malheureusement, les cartons du Conseil constitutionnel entreposés aux Archives nationales sur la décision de 1982 ne comportent pas le rapport préparatoire de Georges Vedel. On n'y trouve que quelques notes manuscrites anonymes prises à la volée au cours des discussions au sein du Conseil durant le mois de décembre 1981, où l'on voit se dessiner l'opposition entre les deux textes de 1946 (Arch. Nat., Conseil constitutionnel [1982], 20210278/48).

¹⁰³ Aux dires du rapporteur général Paul Coste-Floret, cette solution a fait l'unanimité au sein de la nouvelle commission de la constitution (séance de l'Assemblée du 20 août 1946, ANC 2, p. 3184). La proposition de loi constitutionnelle déposée par les socialistes qui comportait une déclaration des droits avec deux articles consacrés à la propriété, très proches du projet du 19 avril, restait donc sans lendemain. On notera juste que dans cette proposition, les socialistes avaient eu le souci de répondre à certaines inquiétudes électorales en indiquant que tout homme avait le droit de disposer librement de sa propriété personnelle par héritage et tous autres moyens légaux de transmission (proposition déposée le 26 juin 1946, *Journal officiel. Documents. Annexe n° 23*). La proposition du MRP ne fut pas plus retenue. Elle reprenait les articles de la Déclaration de 1789 en la prolongeant par d'autres articles relatifs aux droits économiques et sociaux, dont un article 32 qui aspirait à l'équilibre : « Chaque personne, chaque famille, doit pouvoir accéder à la propriété par le travail et par l'épargne, en disposer librement et le transmettre par héritage ou testament. L'exercice du droit de propriété ne doit pas entraîner l'oppression ou la spoliation des personnes ni permettre d'attenter à l'indépendance de l'État. » (Proposition déposée le 4 juillet 1946, *Journal officiel. Documents. Annexe n° 68*).

¹⁰⁴ Séance de l'Assemblée du 22 août 1946, ANC 2, p. 3243. Le député MRP Lionel de Tinguy joue, comme certains de ses prédécesseurs que nous avons vus lors de la première assemblée, une partition révolutionnaire : « Nous voulions une Déclaration des droits obligatoire et complète ; nous avons un préambule sommaire et sans force. Nous voulions la condamnation du libéralisme et de l'individualisme de 1789 ; on nous assure que le texte de 1789 se suffit à lui-même et entraîne cette condamnation sans qu'on ait besoin d'invoquer les lois successives de la République, qui lui ont donné sa résonance actuelle. Nous espérons que l'Assemblée reviendra, sur ce point, à une manière de voir plus sage. » Il critique la formule de « droit sacré » présente dans la Déclaration de 1789, avant d'entonner un couplet personnaliste en rappelant que ce qui est sacré n'est pas le droit sur les choses, mais le droit des hommes et que si nous tenons à la propriété, c'est dans la mesure où elle permet la pleine expansion de facultés de la personne humaine (séance de l'Assemblée du 23 août 1946, ANC 2, p. 3304). Mais ces propos paraissent

Mais comme on l'a vu, les débats de la première constituante montrent qu'à la fin, les députés ont voulu maintenir une conception classique et non socialiste de la propriété. Par ailleurs, le préambule du nouveau projet comporte, de son côté, un neuvième alinéa relatif aux monopoles et aux nationalisations, qui reprend mot pour mot le dernier alinéa de l'article 36 du premier projet, donnant ainsi satisfaction à la gauche¹⁰⁵.

Ne convient-il pas dès lors de minimiser voire annihiler les différences entre les deux projets sur la question de la propriété ? En 1946, c'est l'opinion du communiste Étienne Fajon¹⁰⁶, du socialiste Jean Le Bail¹⁰⁷, mais encore des députés de droite Jacques Bardoux, Robert Bétolaud et Pierre Courant¹⁰⁸. Mais ce ne sera pas l'interprétation du Conseil constitutionnel, qui dans sa décision de 1982 relative aux lois de nationalisation, affirme la portée des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 en s'appuyant sur le rejet par les Français du premier projet de 1946 qui aurait comporté, selon lui, « l'énoncé de principes différant de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 précités¹⁰⁹ ». Il y aurait donc d'un côté, un premier projet qui aurait rompu avec la propriété de 1789 et de l'autre, un second projet qui aurait renoué le lien de fidélité, ou si l'on préfère, d'un côté, un projet socialiste et de l'autre, un projet libéral.

Notre étude montre que cette opposition est en grande partie spécieuse et qu'il convient de remettre en cause, ou tout au moins d'atténuer sérieusement, cette historiographie binaire que le Conseil constitutionnel a revêtue de son sceau officiel il y a quarante ans.

Alexandre Deroche

Professeur à l'Université de Tours, IRJI François Rabelais (EA 7496).

maintenant à contretemps, alors que le MRP a rallié depuis longtemps la cause du droit de propriété traditionnel...

¹⁰⁵ Le 9^e alinéa du préambule de la constitution du 27 octobre 1946 dispose : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. »

¹⁰⁶ Séance de l'Assemblée du 20 août 1946, ANC 2, p. 3197.

¹⁰⁷ Pour Le Bail, le 9^e alinéa, situé au cœur du préambule, est « le centre de l'édifice » assurant la continuité avec le premier projet (séance de l'Assemblée du 23 août 1946, ANC 2, p. 3331).

¹⁰⁸ Bardoux déplore que le nouveau projet ne tienne pas compte du sentiment populaire exprimé pendant la campagne et passe sous silence le droit de propriété, sauf pour sa négation à travers les nationalisations (séance de la commission de la constitution du 8 août 1946, Com. 2, p. 298). Bétolaud s'élève aussi contre la formule relative aux nationalisations (séance de la commission de la constitution du 9 août 1946, Com. 2, p. 303). Courant estime que les mêmes critiques faites au premier projet pourraient être adressées au nouveau, mais il s'en accommode, le préambule est de faible portée, ne faisant pas partie des normes constitutionnelles vérifiées dans le cadre du contrôle de constitutionnalité (séance de l'Assemblée du 22 août 1946, ANC 2, p. 3296).

¹⁰⁹ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982. On relèvera que la décision emploie le verbe *différer* au participe présent (*différant*) et non l'adjectif (*différent*). Ce choix de formulation est-il le fruit du hasard ? Il pourrait laisser entendre qu'aux yeux des membres du Conseil constitutionnel, la différenciation entre les principes de 1789 et ceux de 1946 n'était encore qu'un processus en cours, pas encore pleinement achevé. Mais dans l'ignorance du secret du délibéré et du rapport Vedel, on se gardera de pousser trop loin l'interprétation.

Constitution matérielle et constitution mixte

Du pouvoir constituant aux corps intermédiaires

I. INTRODUCTION : CONSTITUTION MATÉRIELLE, CONSTITUTIONNALISME ET NORMATIVISME

Depuis quelques années, le concept de « constitution matérielle » fait l'objet d'un réinvestissement remarquable en théorie du droit¹. Le concept est mobilisé par une nouvelle génération de juristes dans une intention ouvertement critique à l'égard des deux paradigmes hégémoniques que sont le constitutionnalisme et le normativisme – le premier dont le principe fondateur est la soumission du pouvoir politique au droit², le second qui a érigé en postulat intangible l'assimilation de la constitution à un agencement formel de normes. La question de la démocratie est au cœur de cette critique. En effet, ni le constitutionnalisme ni le normativisme n'apparaissent capables d'affronter la crise dans laquelle elle est plongée, ni même de décrire conceptuellement cette crise. Avec la « constitution matérielle », ces théoriciens proposent dès lors de déplacer le regard de la sphère des institutions « formelles » de l'État de droit et du gouvernement représentatif, jadis garantes exclusives du bon fonctionnement de tout ordre constitutionnel, vers « les relations matérielles qui conditionnent l'émergence et le développement d'un ordre constitutionnel, ainsi que les transformations de ces relations qui entraînent la suspension ou la modification des normes constitutionnelles formelles³ ».

Ce déplacement permet en effet de saisir un certain nombre de dynamiques matérielles qui affectent nos sociétés depuis quelques décennies. Première dynamique : du 11 septembre à la pandémie du Covid et à la crise des migrants en Méditerranée, les recours à l'état d'urgence et à l'état d'exception se sont multipliés, au point que ceux-ci sont devenus des modes de gouvernementalité quasi ordinaires qui sapent les principes les plus élémentaires du constitutionnalisme, tout en étant cyniquement justifiés par les gouvernements au

¹ Outre les travaux de Marco Goldoni, qui seront largement discutés ici, en particulier l'article séminal corédigé avec Michael Wilkinson (M. GOLDONI, M. WILKINSON, « The Material Constitution », *Law/Society/Economy*, 20/2016) ; on relèvera plusieurs publications collectives notables : C. JOUIN (dir.), *La constitution matérielle de l'Europe*, Paris, Éditions A. Pedone, 2019 ; M. GOLDONI, M. WILKINSON (dir.), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023 ; G. PRETEROSSO (dir.), « La costituzione materiale », *Filosofia politica* (1/2023) [En ligne : <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1416/106667>].

² D. GRIMM, « Constitutionnalisme : passé – présent – futur », in *Nomos*, 2018.

³ M. GOLDONI, M. WILKINSON, « The Material Constitution », art. cité, p. 3.

nom de la « démocratie » et des « droits de l'homme⁴ ». Deuxième dynamique : depuis les années 1980, les équilibres sociaux scellés dans les institutions de l'État social ont été méthodiquement démantelés par les politiques dites « néolibérales » de dérégulation et de privatisation de l'économie. Or la base normative de ces politiques n'est autre que l'idée de « constitution économique » – promue dès l'époque de Weimar par l'ordo-libéralisme allemand (Röpke, Böhm, etc.), avant d'être assimilée par le néolibéralisme anglo-saxon (Hayek, Friedman, etc.⁵), et dont le principe fondamental est que l'organisation juridique des rapports de production, d'échange et de propriété ne peut relever de l'autonomie du corps politique, mais doit être régie par des principes prétendument naturels (les « lois du marché ») qu'il faut pouvoir opposer, si nécessaire, à la volonté démocratique⁶. Ce qu'on appelle la « globalisation » peut ainsi être vue comme un processus de constitutionnalisation desdites lois du marché à deux niveaux, l'un interne aux ordres juridiques étatiques, et l'autre qui les lie à travers une panoplie de traités ou d'accords internationaux (tel le « consensus de Washington »). Ce double processus se révèle à l'état chimiquement pur dans une troisième dynamique matérielle : la construction européenne. Comme le suggère Céline Jouin à la suite d'Étienne Balibar⁷, si l'Union européenne a échoué à se doter, en 2005, d'une constitution *formelle*, elle dispose bel et bien d'une constitution *matérielle* au sens d'un ensemble pluriel et dynamique d'institutions et de normes (traités, directives, arrêts de la Cour de Luxembourg, etc.) qui témoigne de ce que « le régime effectif de l'Europe excède largement son cadre formel⁸ ». Ces dynamiques historiques révèlent en vérité toutes les trois que la logique *matérielle* profonde du constitutionnalisme n'est pas tant de protéger les droits fondamentaux des individus contre l'arbitraire de l'État, que d'immuniser le marché de toute interférence démocratique intempestive, par la voie autoritaire s'il le faut⁹.

⁴ Sur la « saison des urgences (*stagione dell'emergenzialismo*) en lien avec la crise de la globalisation », voir G. PRETEROSSO, « Che cosa resta della costituzione materiale », in *Filosofia politica* (avril 2023).

⁵ Au sein d'une énorme littérature sur le sujet, rappelons, dans le seul champ français, la divergence cruciale entre ceux qui estiment que les doctrines ordo-libérales (Eucken, Röpke, Böhm) et néolibérales (Hayek, von Mises, Friedmann) participent d'une même rationalité irréductible au libéralisme classique (P. DARDOT, C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la nouvelle société néolibérale*, Paris, La découverte, 2009), et ceux pour qui elles sont intrinsèquement hétérogènes et plurielles (S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, Grasset, 2012).

⁶ On consultera l'impressionnante somme sous la direction de G. GRÉGOIRE, X. MINY, *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2022.

⁷ Dans un texte de 2015, contemporain du *diktat* budgétaire imposé par l'Europe à la Grèce de Tsipras, E. Balibar convoquait le concept de « constitution matérielle » pour critiquer les propositions de Jürgen Habermas visant à doter l'Europe d'une constitution démocratique similaire à celle présente à l'intérieur des États. La proposition de Habermas, écrit Balibar, « jette une sorte de voile d'ignorance sur les conflits d'intérêts qui structurent la constitution matérielle de l'Europe actuelle et qui traversent les nations elles-mêmes ». Et d'ajouter : « nous n'avons pas seulement besoin d'un projet constitutionnel mais d'un moment constituant où les alternatives viennent au jour et s'affrontent comme telles dans la sphère publique » (É. BALIBAR, « Pseudo-fédéralisme et moment constituant », *Europe, crise et fin ?* Paris, Le Bord de l'Eau, 2016).

⁸ C. JOUIN (dir.), *La constitution matérielle de l'Europe*, op. cit.

⁹ M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

C'est aussi le normativisme qui, au prisme de ces dynamiques, révèle sa fragilité théorique. Dans une perspective kelsénienne, la constitution « au sens matériel » désigne « les normes qui se réfèrent aux organes les plus élevés de l'État, ainsi qu'aux rapports des sujets au pouvoir de l'État » (à titre principal : la séparation des pouvoirs et les droits fondamentaux), tandis que la constitution « au sens formel » « distingue les lois ordinaires des normes qui ne peuvent être créées ou modifiées que dans des conditions plus difficiles à remplir » (« Rule of Amendment »), et qui donnent ainsi à l'ensemble du montage constitutionnel sa forme de pyramide normative, elle-même certifiée par la fameuse « norme fondamentale » (*Grundnorm*¹⁰). Chez H. Kelsen, un ordre étatique conserve donc son identité aussi longtemps que les modifications de contenu sont autorisées par les chaînes de validité juridique jusqu'à ladite norme fondamentale. En termes kantien, on dira qu'entre la constitution formelle et la constitution matérielle, le rapport est celui du transcendantal à l'empirique.

C'est ce que contestent les promoteurs d'une conception renouvelée et élargie de la constitution matérielle. Ils font remarquer que les dynamiques historiques évoquées plus haut affectent bel et bien l'identité même des ordres constitutionnels, du fait qu'elles éclatent et hybrident à la fois les niveaux de pouvoir (étatiques mais aussi supra-étatiques et trans-étatiques) et les sources de normativité (politiques mais aussi bureaucratiques ou financières) qui structurent ces ordres constitutionnels. D'où la proposition d'inverser la perspective kelsénienne, comme y invitait dès 1940 le concepteur originel de la « constitution au sens matériel », le juriste italien Costantino Mortati¹¹, pour qui « l'État ne tire pas de lui-même mais de la société les raisons politiques de son action et les forces qui garantissent la loyauté à leur égard¹² ». Impossible, comme le préconise H. Kelsen, de séparer ontologiquement faits et normes, volonté politique et ordre constitutionnel. Au contraire, poursuit Geminello Preterossi, « la constitution matérielle est à la fois un fait (qui atteste de l'existence d'un ordre juridique et en décrit la configuration sociale) et un projet normatif qui prescrit les fins fondamentales que les institutions politiques sont appelées à atteindre ». Entre les deux plans, la relation est dialectique : toute constitution est conditionnée par une « base sociale » qui, pour fonctionner comme aménagement constitutionnel, a besoin d'être activée par un noyau normatif composé d'« objectifs qui rétroagissent eux-mêmes sur cet

¹⁰ Kelsen est cité ici par L. VINX, « Hans Kelsen and the Material Constitution of Democracy », *International Journal of Legal and Political Thought*, vol. 12, 2021.

¹¹ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè Editore, 1998 [1940]. En raison sans doute du soutien opportuniste de Mortati au régime fasciste, avant son ralliement à la Démocratie chrétienne et à la Constitution italienne de 1948 (dont il fut un des concepteurs), sa pensée fut longtemps négligée par les commentateurs. Elle fait maintenant l'objet d'un intérêt croissant, naturellement en Italie mais aussi dans le domaine anglo-saxon, plus discrètement en France. Voir P. GROSSI, M. GALIZIA (dir.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990 ; F. LAFAILLE, « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati. La "zone grise" du droit constitutionnel », in *Jus Politicum*, n° 7, 2012 ; L. RUBINELLI, « Costantino Mortati and the idea of material constitution », *History of Political Thought*, 40, 2019, p. 515-546 ; M. CROCE, M. GOLDONI, *The Legacy of Pluralism, The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati*, Stanford, Stanford University Press, 2020 ; G. BISOGNI, « L'actualité de la pensée de Costantino Mortati et la constitution matérielle de l'Union européenne », in C. JOUIN (dir.), *La constitution matérielle de l'Europe, op. cit.*, p. 49-60 ; M. GREGORIO, « La costituzione in senso materiale di Costantino Mortati », *Filosofia politica*, Fascicolo 1, aprile 2023.

¹² Cité par G. PRETEROSI, « Il plusvalore politico delle costituzione materiale », in *Filosofia politica* (1/2023), p. 3.

aménagement ». Une constitution matérielle est ainsi un ensemble de « tâches » que la communauté politique se donne à elle-même, et qui composent en même temps autant de « contraintes rigoureuses » pour les pouvoirs en place¹³.

II. DEUX CONCEPTIONS DE LA CONSTITUTION MATÉRIELLE

Si le philosophe s'autorise à intervenir dans un domaine jusqu'ici réservé aux juristes, c'est pour interroger la *matérialité* même de cette dialectique entre factualité et normativité, mais aussi les facteurs qui rendent cette matérialité plus ou moins *démocratique*. C'est en partant de la proposition théorique la plus aboutie, celle de Marco Goldoni et de Michael Wilkinson, qu'on soulèvera ici la question de savoir en quoi consiste une constitution (matérielle) démocratique.

Dans leur article séminal, M. Goldoni et M. Wilkinson identifient quatre « *facteurs ordonnateurs* » (*ordering factors*) de toute constitution matérielle¹⁴ :

1. Une certaine *unité politique*, c'est-à-dire une réalité spatio-temporelle (une population, un territoire) elle-même configurée dans une certaine forme de pouvoir (État-Nation, Empire, Cité-État, Église, etc.) ;
2. un *ensemble d'institutions* étatiques (parlement, gouvernement, pouvoir judiciaire, administration, etc.) mais aussi non-étatiques (langue, familles, syndicats, églises, etc.) qui s'articulent entre elles de façon plus ou moins homogène – Goldoni et Wilkinson insistant sur le « caractère intrinsèquement pluriel » de toute communauté politique, contre l'intégration nationale-identitaire exigée (ou fantasmée) par un Carl Schmitt¹⁵ ;
3. « les forces sociales » qui sont « le résultat d'une série de conflits sociaux, politiques et géopolitiques à travers lesquels se forment des subjectivités collectives » – qu'il s'agisse de forces sociales organisées (partis, syndicats) ou de « groupes informels et de mouvements sociaux, voire de forces sociales anti-systémiques ou fauteuses de désordre (*disordering*)¹⁶ ». Une constitution matérielle est donc toujours « un véritable *modus vivendi*, le résultat d'un compromis social, d'un équilibre contingent entre intérêts sociaux et économiques¹⁷ » ;
4. un *telos* éthico-politique qui résulte de ce que « tant la création de l'unité politique et la formation des institutions que le développement des relations sociales tournent autour de la possibilité d'imprimer une trajectoire à la constitution matérielle » – une trajectoire qui se décline en un ensemble évolutif de finalités, d'objectifs (droits humains, justice sociale, libertés individuelles, libre marché, etc.) qui tout à la fois « reflète la composition des forces sociales » et « agit comme un catalyseur » pour la communauté politique tout entière¹⁸.

Avec ces quatre facteurs ordonnateurs, M. Goldoni et M. Wilkinson procèdent à un élargissement considérable de ce qu'un juriste « kelsénien » entend habituellement par « constitution matérielle ». Car si les premier et quatrième facteurs (unité politique et *telos* éthico-politique) entrent aisément dans le

¹³ *Ibid.*

¹⁴ M. GOLDONI, M. WILKINSON, « The Material Constitution », art. cité.

¹⁵ *Ibid.*, p. 16-17.

¹⁶ *Ibid.*, p. 19.

¹⁷ *Ibid.*, p. 20.

¹⁸ *Ibid.*, p. 22.

périmètre d'une constitution « matérielle-formelle », les deuxième et troisième facteurs (institutions juridiques et forces sociales) le débordent considérablement, au point que l'on peut se demander si l'on est encore sur le terrain du droit constitutionnel, ou si l'on n'est pas sur celui de la sociologie¹⁹. C'est pour prévenir cette objection que Goldoni et Wilkinson, dans d'autres travaux, ont mobilisé les deux grands courants théoriques susceptibles de rendre compte de la dimension réellement juridique de chacun de ces deux facteurs : d'un côté *l'institutionnalisme juridique* (Santi Romano, Schmitt, Mortati) qui est aussi, on le sait, un *pluralisme juridique* qui s'interroge sur la « *force nomique* » inhérente aux institutions hétérogènes qui composent la société et sur la façon dont elles peuvent s'ordonner en un agencement constitutionnel unifié²⁰ ; de l'autre côté *le marxisme*, dont un certain nombre de théoriciens (Marx lui-même, Luxemburg, Lassalle, Gramsci, Poulantzas, Balibar, etc.) ont montré que les antagonismes de classe comportaient une dimension politico-juridique irréductible qui ne pouvait être purement et simplement rabattue sur l'infrastructure économique²¹.

Ce n'est pas un hasard si ces deux courants ont émergé simultanément au tournant des XIX^e et XX^e siècles, et si M. Goldoni convoque préférentiellement Costantino Mortati pour le premier et Antonio Gramsci pour le second. Les deux penseurs italiens, depuis des perspectives politiques diamétralement opposées, et sans avoir pris connaissance des travaux l'un de l'autre, ont essayé de penser le phénomène civilisationnel central du XX^e siècle : l'émergence des masses comme actrices à part entière du jeu juridico-politique²². Comme l'écrit justement G. Preterossi, « il y a dans la notion de constitution matérielle un noyau politico-normatif qui est intimement lié à l'État de masses (*Stato delle masse*)²³ ». La question – qui nous amène naturellement à celle de la démocratie – est dès lors de déterminer quelle est la nature de ce « noyau politico-normatif ». Or il semble que deux options se présentent, selon que l'on conçoive la constitution matérielle comme l'expression d'une puissance sociale originaire plus ou moins étouffée et réprimée par les pouvoirs en place ou comme l'équilibre – toujours instable – entre les forces sociales en conflit. Deux options en apparence voisines, mais en apparence seulement, car l'une et l'autre induisent en fait des conceptions inconciliables du droit politique et de la démocratie.

Selon une première option, dominante, l'enjeu de toute analyse de la constitution matérielle est de retrouver, comme l'écrivent M. Goldoni et M. Wilkinson, le « pouvoir instituant qui jaillit de la société et de l'imaginaire social », et qui « n'exprime pas seulement le conflit social mais aussi la coopération et la solidarité²⁴ ». L'allusion explicite à Cornélius Castoriadis indique que le droit politique est ici pensé à l'aune d'une subjectivité collective autonome toujours capable, potentiellement sinon actuellement, de se donner à elle-même sa

¹⁹ L. VINX, « Hans Kelsen and the Material Constitution of Democracy », art. cité.

²⁰ M. GOLDONI, M. CROCE, *The Legacy of Pluralism. The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati*, op. cit.

²¹ M. GOLDONI, M. WILKINSON, « The Tradition of the Material Constitution in Western Marxism » in M. GOLDONI, M. WILKINSON (dir.), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, op. cit.

²² Cette convergence entre Mortati et Gramsci autour de l'émergence des masses (et du rôle directeur du « parti ») a été pointée par G. PRETEROSSO, « La pensée gramscienne du droit dans les Cahiers de prison », in *Droit & Philosophie* n° 10, *Marx et le droit*, novembre 2018.

²³ G. PRETEROSSO, « Che cosa resta della costituzione materiale », art. cité, p. 94.

²⁴ M. GOLDONI, M. WILKINSON, « The Material Constitution », art. cité, p. 18.

constitution. Il n'est donc pas étonnant que ces théoriciens mobilisent dans la foulée un autre concept-phare de la théorie du droit : celui de *pouvoir constituant*, hérité du constitutionnalisme libéral, mais réinvesti depuis les années 1990 par de nombreux théoriciens de la « démocratie radicale²⁵ ». Ici, le « noyau politico-normatif » de toute constitution matérielle réside dans la puissance constituante du « peuple » (« *demos* », « *multitude* », etc.), puissance originaire que les pouvoirs constitués cherchent toujours à neutraliser, sans toutefois ne jamais épuiser sa créativité propre ni le potentiel de contestation qui s'en dégage irréductiblement.

Selon une seconde option, que je crois en vérité plus appropriée, il n'existe pas de puissance constituante ultime à l'origine de la constitution matérielle, mais une pluralité de forces prises dans des rapports sociaux et politiques complexes de conflit et d'alliance. Or, si la division sociale est irréductible, si toute constitution est, de ce fait, irréductiblement frappée du sceau de l'hétéronomie et de la domination, il faut en tirer la conséquence que le sujet unitaire appelé « peuple » est un leurre, et que la démocratie est mieux honorée, paradoxalement, quand elle est pensée comme « démocratie sans *demos*²⁶ », ou encore, dans le sillage de Claude Lefort, comme « institutionnalisation du conflit²⁷ », et non comme puissance expressive de quelque sujet-praxis unificateur. Pour caractériser le « noyau politico-normatif » de toute constitution matérielle, je propose dès lors de substituer au concept de « pouvoir constituant » ceux de *champ constituant* et de *constitution mixte* – le premier pour désigner « l'équilibre des pouvoirs, des corps sociaux et politiques et le conflit réglé des classes et des acteurs politiques », le second pour signifier que cet équilibre est toujours relatif, que tout régime politique est « mixte », plus ou moins démocratique ou oligarchique, selon le « diagramme des rapports entre "pouvoir de fait" et "pouvoir légitime", par-delà les constitutions écrites²⁸ ».

Ces deux options sont antithétiques en ce que l'une envisage la démocratie comme *autodétermination* (sous l'égide de Castoriadis), l'autre comme *indétermination* (sous l'égide de Lefort). On peut se demander toutefois si le choix en faveur de la seconde option, contre la tendance dominante des théoriciens de la constitution matérielle, ne se paie pas d'un prix conceptuel et politique excessivement élevé. Car il est proposé ici, dans un même geste, de renoncer à l'idée de « pouvoir constituant », qui inaugure pourtant notre modernité politique depuis la Révolution, et de promouvoir à sa place un concept prémoderne, celui de « constitution mixte », évacué plus tôt encore, dès Bodin, par la théorie du droit occidentale. Malgré tout, les sections qui suivent vont s'efforcer de montrer la pertinence d'une telle opération conceptuelle, en identifiant d'abord les impasses où mène la notion de « pouvoir constituant » (section 3) et en montrant ensuite

²⁵ A. NEGRI, *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité* (1992), trad. E. Balibar et F. Matheron, Paris, PUF, 1997. Dans une littérature écrasante sur le pouvoir constituant, on lira en priorité L. RUBINELLI, *Constituent Power. A History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020. Sur la « démocratie radicale », voir A. VITIELLO, « L'itinéraire de la démocratie radicale », *Raisons politiques*, 2009/3 n° 35, p. 207-220 ; M. DELEIXHE, F. DELMOTTE, « Démocratie radicale : retours critiques », *Raisons politiques*, 2019, n° 75.

²⁶ C. COLLIOT-THÉLÈNE, *La démocratie sans « demos »*, Paris, PUF, 2011.

²⁷ C. LEFORT, *Essais sur le politique. XIX^e-XX^e siècles*, Paris, Seuil, 1986, p. 27 et p. 267. Sur un rapprochement possible entre la philosophie politique de C. Lefort et l'idée de constitution matérielle, voir E. DELRUELLE, « La constitution matérielle de la démocratie », *Raisons politiques. Revue de théorie politique*, 2023/3 (n° 91), p. 93-107.

²⁸ C. JOUIN, « La constitution matérielle de l'Europe. Par-delà le pouvoir constituant », *Noesis* 30-31/2018, p. 391-407.

quel usage renouvelé il est possible de faire du concept de « constitution mixte » (section 4).

III. PAR-DELÀ LE « POUVOIR CONSTITUANT »

Selon Martin Loughlin (promoteur du « constitutionnalisme politique²⁹ », et l'un des principaux interlocuteurs de Goldoni), l'idée de pouvoir constituant repose sur deux postulats fondamentaux : « la source ultime de toute constitution réside dans une entité appelée "le peuple", et une "constitution" est quelque chose – plus spécifiquement : un document – qui est fabriqué (*made*)³⁰. » Bien sûr, dans le cadre de quelque théorie un tant soit peu « radicale » de la démocratie, il ne saurait être question de reconduire l'usage que le constitutionnalisme libéral fait habituellement de ces deux postulats, et qui consiste à poser le « peuple » constituant comme un simple principe *d'imputation*³¹, comme une fiction juridique, un référent générique *au nom de qui* les pouvoirs constitués (législatif, exécutif et judiciaire) ne font en réalité que légitimer le gouvernement qu'ils exercent sur lui. Pour que le pouvoir constituant soit une puissance *effective* d'autonomie et d'autocréation collectives, il doit pouvoir s'actualiser, se matérialiser dans des formes autres que représentatives. C'est précisément l'inflexion que Goldoni propose d'opérer par rapport au constitutionnalisme politique de M. Loughlin : « une impulsion constituante opère toujours, de façon manifeste ou latente, en dehors de la politique parlementaire, et toujours susceptible de contester et de mettre en question les postulats qui la sous-tendent³². » Impulsion constituante « manifeste » lors de ces « moments extraordinaires » que sont les révolutions, où « la politique s'ouvre pour faire place à la participation populaire consciente et à l'intervention collective spontanée » ; impulsion « latente » quand le peuple, en régime ordinaire, maintient une pression constante sur les pouvoirs constitués, à l'enseigne des « tumultes » de la plèbe contre le Sénat à Rome, loués par Machiavel comme la source vive « de toutes les lois favorables à la liberté³³ ». « Nous avons (encore) besoin de révolution », proclame M. Goldoni, non seulement pour maintenir toujours ouverte la possibilité d'une nouvelle fondation constitutionnelle, d'un « nouveau commencement » (une expression tirée du

²⁹ Le « constitutionnalisme politique » (*political constitutionalism*) rassemble un certain nombre de juristes anglo-saxons (J. A. G. Griffith, M. Loughlin, R. Bellamy, J. Waldron, etc.) dressés contre le constitutionnalisme juridique (*legal constitutionalism*) qui a accompagné, à partir des années 1980, la montée en puissance du néolibéralisme. Le constitutionnalisme politique plaide pour que la branche législative du gouvernement, la plus démocratique, retrouve sa primauté sur le pouvoir judiciaire, critiqué comme instrument privilégié des intérêts économiques. Voir M. GOLDONI, C. MCCORKINDALE, « Three Waves of Political Constitutionalism » [En ligne : www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwik3NK6yNKDAxWSUaQEHC9lAccQFnoECBAQAQ&url=https%3A%2F%2Fprints.gla.ac.uk%2F187788%2F7%2F187788.pdf&usg=AOvVaw17prRpziY4okdliYe20Eg&opi=89978449].

³⁰ M. LOUGHLIN, « On Constituent Power », in M. W. DOWDLE, M. WILKINSON (dir.) *Constitutionalism beyond Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

³¹ M. TROPER, « La démocratie comme État de droit », Séminaire automne 1999 Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique (oct. 1999, Montréal, Canada).

³² M. GOLDONI, C. MCCORKINDALE, « Why we (still) need a Revolution », in *German Law Journal*, vol. 14, n°12, p. 2214.

³³ N. MACHIAVEL, « Discours sur la Première Décade de Tite-Live », (I, 4) in E. BARINCOU (dir.), *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, p. 390-391.

lexique arendtien), mais aussi pour que le pouvoir constituant, sous forme d'assemblées populaires, de protestations, de désobéissance civile, voire d'insurrections, continue d'agir au quotidien comme un « pouvoir irritant³⁴ » à l'égard des pouvoirs constitués.

La référence au républicanisme radical de Machiavel indique clairement l'une des ascendances théoriques de M. Goldoni, à savoir la réélaboration détonante du « pouvoir constituant » par Antonio Negri dans son ouvrage éponyme de 1992³⁵. Chez A. Negri, le pouvoir constituant est érigé en machine de guerre contre le constitutionnalisme et le gouvernement représentatif. Il est décrit comme une « force qui fait irruption, qui coupe, interrompt, écartèle tout équilibre préexistant », comme la « porte par où la volonté démocratique de la *multitudo* ou de la masse et donc la question sociale ont pénétré dans le système politique³⁶ ». Face à une modernité libérale qui cherche obstinément à dompter, neutraliser « la puissance ontologique d'une multitude de singularités agissant en coopération³⁷ », l'enjeu, du point de vue révolutionnaire qui est celui de A. Negri, est de savoir comment construire « un modèle constitutionnel qui préserve l'ouverture et la capacité de production du pouvoir constituant lui-même³⁸ », « comment maintenir à ciel ouvert la source d'où jaillit la vitalité du système³⁹ ». Ici, pouvoir constituant et pouvoirs constitués s'opposent irréductiblement, aucune « synthèse » n'est possible entre eux. C'est au contraire dans « cette négativité même, ce vide de synthèse » que réside toute promesse d'émancipation, de révolution⁴⁰.

D'autres auteurs estiment quant à eux que des formes de « synthèse » entre pouvoirs constituants et constitués sont inévitables, et même souhaitables, et que l'enjeu est plutôt d'inventer des dispositifs constitutionnels où le pouvoir constituant se combine aux institutions du gouvernement représentatif et de l'État

³⁴ Sur la notion de « pouvoir irritant », voir N. KRISCH, « Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the Postnational Order », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, Issue 3, July 2016, p. 657–679.

³⁵ A. NEGRI, *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité* (1992), *op. cit.*

³⁶ *Ibid.*, p. 15.

³⁷ *Ibid.*, p. 436.

³⁸ *Ibid.*, p. 37.

³⁹ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 17. Une conception tout aussi radicale du pouvoir constituant comme puissance extraconstitutionnelle a été élaborée par Andreas Kalyvas, mais sur de tout autres fondements philosophiques : A. KALYVAS, *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

de droit dans l'objectif de les revivifier. Ainsi en est-il aussi, par exemple, chez Andrew Arato⁴¹ ou Joel Colon-Rios⁴², comme chez Goldoni lui-même.

Que pourrait être une constitution matérielle *démocratique*, sur base de tels présupposés ? On en trouve une formulation significative chez J. Colon-Rios : ce serait une constitution

qui permettrait non seulement aux manifestations populaires (rassemblements informels, désobéissance civile, protestations) de se produire sans ingérence de l'État, mais qui instituerait également des processus plus formels et moins complexes que les citoyens pourraient déclencher et à travers lesquels ils pourraient délibérer et décider de transformations constitutionnelles substantielles (et où) le peuple posséderait une faculté juridique illimitée de se donner à lui-même la constitution qu'il veut⁴³.

Le problème qui apparaît clairement dans cette dernière citation est que le pouvoir constituant est ici celui d'une subjectivité collective (« *peuple* », « *plèbe* », « *multitude* ») réputée être *intrinsèquement* porteuse de volonté émancipatrice, et dont l'identité même se confond avec l'activité de se libérer des pouvoirs en place. Or une telle subjectivité peut être aussi diversifiée, bigarrée, hétérogène que l'on voudra, elle doit être conçue comme fondamentalement *indivisée*. Du fait qu'elle manifeste son pouvoir constituant contre des groupes dominants qui lui sont ontologiquement extérieurs, cette subjectivité ne peut être elle-même traversée par quelque antagonisme – ni antagonisme « horizontal » entre travailleurs et propriétaires ni antagonisme « vertical » entre gouvernés et gouvernants. Symétriquement, les classes dominantes formeraient elles aussi un bloc politiquement homogène dont la force serait intrinsèquement réactive, et qui chercherait inlassablement à neutraliser le pouvoir constituant en l'enserrant dans la matrice anesthésiante des pouvoirs constitués. La tension entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués répond ainsi à un schéma que l'on peut qualifier de « populiste », au sens où le propre du populisme est d'activer une opposition

⁴¹ A. ARATO, *Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017. Tout l'effort de A. Arato est de dépasser l'opposition entre la conception *révolutionnaire* du pouvoir constituant comme puissance extra-juridique (Negri, Kalyvas) et la vision *constitutionnaliste* qui cherche à le canaliser dans les contraintes constitutionnelles de la représentation et de l'État de droit (Loughlin, Habermas, Dyzenhaus). A. Arato élabore une théorie multi-dimensionnelle du pouvoir constituant, qui combine une logique institutionnelle « par le haut », où l'initiative revient à des assemblées élues et/ou au pouvoir judiciaire, et une logique de participation, de ratification et d'action démocratiques « par le bas ». A. Arato est animé par la conviction qu'une forme radicale de démocratie est possible, qui soit néanmoins compatible avec les garanties constitutionnelles libérales, et qui n'implique pas nécessairement de rupture insurrectionnelle violente.

⁴² J. COLON-RIOS, *Constituent Power and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020. Cherchant, tout comme Arato, à dépasser l'opposition entre réforme et révolution, J. Colon-Rios plaide pour une démocratie « robuste » dont les dispositions constitutionnelles feraient place, à côté des institutions parlementaires, judiciaires et gouvernementales classiques, à la contestation, la désobéissance civile, les assemblées populaires, etc., de sorte à faciliter des « révolutions périodiques ». La différence avec A. Arato est que chez ce dernier, le pouvoir constituant ne surgit qu'à l'occasion de tournants constituants exceptionnels, tandis qu'ici, il se manifesterait continuellement, à tous moments de la politique ordinaire.

⁴³ J. COLON-RIOS, A. C. HUTCHINSON, « Democracy and Revolution: An Enduring Relationship », in *Denver Law Review*, vol. 89, Issue 3, « Constitutionalism and Revolutions », January 2012, p. 601.

binaire nous/eux, peuple/élites⁴⁴, juridiquement métabolisée, en théorie du droit, dans la dichotomie pouvoir constituant/pouvoir constitué⁴⁵.

On peut toutefois douter qu'un tel schéma de pensée permette d'appréhender ce qu'est une constitution *matérielle*, et de caractériser ce qui en fait (ou non) une constitution *démocratique*.

Il n'est pas exact que tout tumulte, soulèvement ou insurrection populaires soient intrinsèquement émancipateurs. Les Gilets jaunes en 2017-2018, par exemple, furent un mouvement foncièrement anti-oligarchique, mais dont les revendications, loin d'en appeler à une transformation de l'économie, exigeaient plutôt la restauration de formes de propriété, de fiscalité, de consommation conformes aux standards moraux de la classe moyenne blanche. Samuel Hayat a opportunément rapproché l'idéologie implicite des Gilets jaunes de « l'économie morale » qui commandait les grandes révoltes populaires du XVIII^e siècle⁴⁶, concluant à juste titre : « Ce n'est pas parce qu'un mouvement est authentiquement populaire, ancré dans les croyances les plus communément partagées par la grande majorité, qu'il est émancipateur⁴⁷. » On pourrait d'ailleurs en dire autant du « mouvement des places » des années 2010 (« *Occupy Wall Street* », « Indignés », plus tard « Nuit Debout »), ostensiblement contestataire mais pénétré de l'idéologie individualiste dominante. Ce sont, plus généralement, les expériences de « socialité d'exception », comme les appelle Catherine Colliot-Thélène, qui s'avèrent incapables « de construire des institutions susceptibles de durer sans étouffer l'*ethos* qui leur donne leur caractère spécifique ». Quel type de constitution pourrait résulter d'une volonté de « ne pas se structurer, ne pas durer, s'affirmer impuissant⁴⁸ » ? Avec Céline Jouin, on doit conclure qu'« une expérience communautaire, aussi intense soit-elle, ne peut être le paradigme d'aucune vie

⁴⁴ Un point sur lequel tombent au moins d'accord deux auteurs que tout oppose pour le reste : E. LACLAU, *La raison populiste*, trad. J-P. Ricard, Paris, Seuil, 2008 [2005] (suivi par C. MOUFFE, *Pour un populisme de gauche*, trad. P. Colonna d'Istria, Paris, Albin Michel, 2018) et J.-W. MÜLLER, *Qu'est-ce que le populisme ? Définir enfin la menace*, trad. F. Joly, Paris, Éd. Premier parallèle, 2016.

⁴⁵ Nimer Sultany oppose ainsi, parmi les penseurs du « pouvoir constituant », le camp des « populistes » (tel que Negri) et celui des « constitutionnalistes » (tel que Arendt) : N. SULTANY, *Law and Revolution. Legitimacy and Constitutionalism After the Arab Spring*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 289.

⁴⁶ Le concept d'« économie morale » a été forgé par l'historien E. P. Thompson pour montrer que le ressort fondamental des soulèvements populaires au XVIII^e siècle était moins la faim ou la colère qu'une indignation morale fondée sur ce que devait être un bon fonctionnement de l'économie. Or cette « économie morale » des classes populaires, dit S. Hayat, « bouleverse temporairement le fonctionnement habituel des institutions, mais ce qu'elle vise, c'est avant tout un retour à l'ordre, pas une transformation révolutionnaire ». S. Hayat montre également ce qu'a de problématique l'appel des Gilets jaunes à une déprofessionnalisation de la politique, comme leur croyance en une opinion authentique du peuple, sans médiation. Il y voit le fantasme d'un peuple homogène, sans divisions partisans, sans idéologies – fantasme partagé avec leur adversaire, le Président Macron, technicien prétendant lui aussi transcender les clivages et les usages de la politique partisane. Voir S. HAYAT, « Les Gilets Jaunes, l'économie morale et le pouvoir » (déc. 2018) [En ligne : <https://samuelhayat.wordpress.com/2018/12/05/les-gilets-jaunes-leconomie-morale-et-le-pouvoir/>]

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ C. COLLIOT-THÉLÈNE, *La démocratie sans « demos »*, *op. cit.*, p. 147-148. Une critique comparable est élevée par C. MOUFFE, *Agonistique. Penser politiquement le monde*, trad. D. Beaulieu, Paris, Beaux-Arts de Paris éditions, 2014, p. 85 et p. 125.

politique proprement dite⁴⁹ » – ni par conséquent d’aucune constitution matérielle de type démocratique.

En revanche, c’est bien une constitution matérielle tendanciellement démocratique qui fut mise en place à partir de 1945 avec les institutions de l’État social, sur la base d’un *équilibre conflictuel* entre les intérêts des classes subalternes (Sécurité sociale, droit du travail, services publics) et ceux des classes possédantes (propriété privée, profitabilité, subordination au travail). Or ici, l’impulsion constituante des luttes sociales s’est articulée au pouvoir d’État, pour déboucher sur des dispositions constitutionnelles-matérielles dont on ne peut nier le caractère émancipateur, même si elles restaient structurellement dissymétriques⁵⁰. L’idée d’une « institutionnalisation du conflit » co-construite par des groupes sociaux antagonistes, et suspendue à l’indétermination des rapports sociaux qui en résultent, paraît donc plus opératoire pour rendre compte de ce qu’est une constitution matérielle (tendanciellement démocratique) que l’hypothèse d’un pouvoir constituant jaillissant prétendument tout entier du peuple « d’en bas ».

Inversement, la remise en cause « néolibérale » de la constitution matérielle de « 45 », et des équilibres sociaux qui en résultaient, montre que les classes dominantes ne forment pas un bloc homogène arc-bouté sur les pouvoirs constitués. Le pouvoir propriétaire (la classe capitaliste, pour parler le langage marxiste), en vue de faire triompher ses intérêts, a dû mener une active lutte politique et idéologique pour inverser le cours des politiques étatiques keynésiennes fondées sur la régulation et la redistribution. À cette fin, il a fallu que la classe propriétaire désolidarise le pouvoir politique des corps intermédiaires, relais des classes productives, avant de lui imposer le projet de « constitution économique » où réside le ressort fondamental des politiques néolibérales (privatisation des services publics ; dérégulation du droit du travail ; affaiblissement de la Sécurité sociale : réforme des retraites, dégressivité des allocations de chômage, approche gestionnaire des soins de santé, etc.⁵¹). Or les dispositions constitutionnelles-matérielles qui sous-tendent ces politiques n’auraient pu produire des effets aussi puissants et durables, entre les années 1980 et aujourd’hui, sans une véritable « impulsion constituante » qui instaura un nouvel équilibre entre classes sociales (ce que Gramsci appellerait une nouvelle « hégémonie ») – un équilibre certes favorable à la classe propriétaire, mais qui gagna auprès des classes moyennes salariées une légitimité suffisante pour ne pas être sérieusement contesté (avant une période récente en tout cas)⁵².

Des deux séquences constituantes qu’ont été l’État social de « 45 » puis la « constitution économique » néo-ordo-libérale, on doit donc conclure qu’une constitution matérielle ne résulte pas de l’antagonisme frontal entre un pouvoir constituant originaire et des forces dominantes intrinsèquement réactives, mais d’un champ constituant mixte tendanciellement démocratique ou oligarchique, selon que l’appareil d’État s’aligne sur les intérêts du pouvoir social des travailleurs ou sur ceux du pouvoir propriétaire. En conséquence, il faut aussi renoncer à

⁴⁹ C. JOUIN, « La constitution matérielle de l’Europe. Par-delà le pouvoir constituant », art. cité, p. 391-407.

⁵⁰ E. DELRUELLE, *Philosophie de l’État social. Civilité et dissensus au XXI^e siècle*, Paris, Kimé, 2020.

⁵¹ G. GRÉGOIRE, X MINY, *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, op. cit.

⁵² Pour une interprétation des politiques néolibérales en termes de « moment constituant », voir S. MEZZADRA, « Seizing Europe. Crisis management, constitutional transformations, constituent movements », *Euronomade*, 2013 [En ligne : <http://www.euronomade.info/?p=462>].

attribuer à une entité aussi flottante que « le peuple » la faculté juridique *illimitée* de se donner la constitution qu'il veut (comme l'énonce J. Colon-Rios plus haut), alors que cette faculté se trouve en fait toujours répartie en une *pluralité* de groupes dont seules les interactions vont lui imprimer une orientation politique propre – sans quoi nous devrions honorer comme pareillement démocratique le « peuple » qui a renversé le régime tsariste en 1917 et celui qui a participé à la Marche sur Rome en 1922, ou encore (pour évoquer des moments « irritants » récents) le « peuple » qui s'est mobilisé contre la réforme des retraites en France en 2022 et celui qui s'est lancé à l'assaut du Capitole en janvier 2021.

La démocratie comme autodétermination est donc un leurre : « Nulle communauté, écrit C. Jouin, ne se donne sa loi et n'obéit qu'à elle-même⁵³. » La matérialité des dynamiques et des équilibres constitutionnels à l'œuvre dans le champ politique, loin de répondre à un schéma binaire (« populiste ») peuple/élites, pouvoir constituant/pouvoirs constitués, résulte toujours de l'interaction contingente entre *trois* pôles de pouvoir autonomes : le pouvoir social des subalternes, le pouvoir économique des propriétaires et le pouvoir politique des gouvernants, lequel se trouve fonctionnellement en position de « tiers » entre les deux autres. Cela ne signifie pas que l'appareil d'État soit « neutre », mais qu'il ne peut exercer son pouvoir propre sans être reconnu comme médiateur entre les forces sociales en présence. Selon la définition de Nicos Poulantzas, l'État doit être envisagé comme la « condensation matérielle et spécifique d'un rapport de force, qui est un rapport de classe⁵⁴ ». Il est assurément plus réaliste – et plus opératoire dans le cadre d'une théorie de la démocratie – de parler de *champ constituant* pour décrire l'équilibre instable entre pôles de pouvoir concurrents – étatique, propriétaire et social –, plutôt que de dissimuler leur hétérogénéité sous le masque totémique de la « souveraineté populaire⁵⁵ ».

IV. LA « CONSTITUTION MIXTE DES MODERNES »

Est-il pour autant judicieux de réactiver la catégorie de « constitution mixte » ? Deux objections sont communément élevées à l'encontre d'un tel transfert conceptuel : (1) la modernité, en ordonnant l'État et la constitution autour des « concepts de "souveraineté", "pouvoir", "peuple" ou "représentation", a fait disparaître la discussion classique sur les différentes formes de gouvernement, dans laquelle sont insérés les problèmes de la constitution mixte » ; (2) depuis deux siècles, le concept a été essentiellement mobilisé par les penseurs réactionnaires et conservateurs « dans l'objectif de légitimer les différences sociales qui leur semblent non seulement naturelles mais nécessaires pour

⁵³ C. JOUIN, « La constitution matérielle de l'Europe. Par-delà le pouvoir constituant », art. cité, § 9.

⁵⁴ N. POULANTZAS, *L'État, le pouvoir, le socialisme*, Paris, Les Prairies Ordinaires, 2013 [1978], p. 119.

⁵⁵ « De même qu'au stade primitif du totémisme, les membres du clan mettent à l'occasion de certaines fêtes orgiaques le masque de l'animal-totem sacré, c'est-à-dire de l'ancêtre du clan pour, jouant eux-mêmes le père, rejeter pour un court moment tous les liens sociaux, de même dans l'idéologie démocratique, le peuple-sujet revêt le caractère d'organe investi d'une autorité inaliénable, dont seul l'exercice peut être délégué et doit toujours être délégué à nouveau aux élus. La doctrine de la souveraineté populaire est aussi – très affiné et intellectualisé sans doute – un masque totémique » (H. KELSEN, *La Démocratie. Sa nature, sa valeur*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2004 [1932], p. 96-97). Cette citation balise l'article fondamental de C. COLLIOT-THÉLÈNE, « Les masques de la souveraineté », *Tumultes*, n° 40, 2013.

maintenir la stabilité d'une époque désorientée par la nouveauté révolutionnaire⁵⁶ ». On gage ici qu'il est possible de contourner l'une et l'autre de ces objections.

Il est exact que l'idée de « constitution mixte » a été forgée dans un contexte institutionnel prémoderne où la constitution (*politeia*) s'identifie à la forme de gouvernement (*politeuma*), qui peut être celle de l'un (monarchie), de quelques-uns (aristocratie) ou du plus grand nombre (démocratie). Chez les Grecs (et les Romains, dans une moindre mesure), la légitimité de tout régime résidait dans l'art des gouvernants d'éviter la « corruption », c'est-à-dire dans leur capacité à affronter l'épreuve de la lutte intestine (*stasis*), indéfiniment résurgente, entre groupes sociaux rivaux. Dans la théorie de Polybe, qui fut la plus influente historiquement (avec celle d'Aristote), l'enjeu de la corruption est tragiquement radicalisé sous la forme de « l'anacyclose », le cycle négatif de dégénérescence de la monarchie en tyrannie, de l'aristocratie en oligarchie, de la démocratie en ochlocratie. Cet enjeu, Polybe prétend l'endiguer (à défaut de l'éliminer) par le mélange des trois formes de régime, à l'exemple de la République de Rome qui combinait les institutions du Consulat (monarchie), du Sénat (aristocratie) et des Comices et du tribunat (démocratie)⁵⁷.

À travers la constitution mixte, ce n'était donc pas une balance entre organes *institutionnels* qui était prioritairement recherchée, mais un équilibre entre les puissances *sociales* qui composaient la communauté citoyenne – en l'occurrence à Rome : propriétaires terriens d'un côté, plèbe de l'autre. Le but de Polybe, souligne ainsi Wilfried Nippel, était de « rendre compte d'une répartition du pouvoir qui s'était développée historiquement et qui pouvait être vue comme un compromis social entre la noblesse et le peuple ; elle n'était pas fondée sur le principe normatif d'une différenciation nécessaire des fonctions gouvernementales⁵⁸ ». Déjà chez Aristote, en contexte athénien cette fois, la question de la constitution (*politeia*) était explicitement appréhendée au prisme de la lutte intestine (*stasis*) entre riches et pauvres, au point qu'on lit chez le Stagirite que toute constitution est une forme d'équilibre entre les intérêts du *demos* (le peuple pauvre) et ceux de l'oligarchie économique : « la *politeia*, résume-t-il, est le mélange de ces deux formes : la démocratie et l'oligarchie⁵⁹. »

Cette conception de la constitution, il est vrai, est aux antipodes de celle des Modernes. Pour ceux-ci, désormais, la question centrale n'est plus de savoir quels groupes sociaux gouvernent effectivement la Cité, ni quelles fins éthiques ils poursuivent. Que le mode de gouvernement soit monarchique, aristocratique ou démocratique, le problème crucial est celui de la souveraineté de l'État, ce « pouvoir unique, écrit G. Duso, qui ne peut appartenir qu'à la totalité du corps politique et qui demande à être constitué et exercé de manière légitime, c'est-à-dire

⁵⁶ A. R. GARCIA, « La constitution mixte : un concept politique prémoderne pour le XXI^e siècle ? », conférence lors du Workshop *Rhetoric, Ethics and Politics*, University of Jyväskylä (Finlandia), 15-16 août 2011 [En ligne : https://www.academia.edu/41758889/La_Constitution_Mixte_Un_Concept_Politique_Pr%C3%A9moderne_pour_le_XXIe_Si%C3%A8cle].

⁵⁷ POLYBE, *Histoires*, Livre VI, texte établi et traduit par R. Weil, Paris, Belles Lettres, 1977.

⁵⁸ W. NIPPEL, « Ancient and modern republicanism: “mixed constitution” and “ephors” », in B. FONTANA (dir.), *The Invention of Modern Republic*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 9.

⁵⁹ ARISTOTE, *Politique*, IV, 7-8 (1293 b 27 – 94 a 11), trad. J. Aubonnet, Paris, Les Belles Lettres/Gallimard, 1993, p. 131.

sur la base de la volonté des individus⁶⁰ ». Le centre de gravité de la constitution est déplacé vers le « contrat social » qui transforme cette volonté présumée des individus en fondement normatif de la souveraineté étatique qui va s'exercer sur eux. C'est qu'il s'agit dorénavant de neutraliser des facteurs de désordre jugés autrement plus graves que les conflits sociaux des cités-États : les guerres de religion⁶¹.

C'est pourquoi on commet une profonde erreur en pensant que le schéma moderne de division des trois pouvoirs – exécutif, représentatif et judiciaire – dérive du modèle « mixte » de Polybe. Certes, on peut identifier des configurations intermédiaires, par exemple dans l'Angleterre du XVII^e siècle, quand les trois pouvoirs du roi, des Lords et des Commons relayaient encore les intérêts de groupes sociaux plus larges⁶². Mais déjà à ce moment, l'enjeu était moins l'équilibre matériel entre classes sociales que l'unité formelle des trois branches de l'État souverain. Comme l'écrit A. R. Garcia, « les pouvoirs modernes ne sont pas des éléments d'un corps social pluriel, mais des représentants d'un même sujet : le peuple homogène composé d'individus libres et égaux [...]. La division des pouvoirs ne constitue en rien un reflet de la pluralité sociale⁶³ ».

Cette souveraineté se déploie en réalité sur deux registres distincts : d'une part, la souveraineté du peuple, qui érige celui-ci en source ultime de l'exercice légitime du pouvoir, et d'autre part la souveraineté de l'État, cette personne publique qui prétend détenir « le monopole de la violence légitime » (selon la formule de Weber), autrement dit le monopole de la production normative dans les limites de ses frontières. Or, étayer la souveraineté de l'État sur celle du peuple, en faisant comme si le pouvoir d'État émanait tout entier de la volonté populaire, n'est rien d'autre qu'un tour de passe-passe⁶⁴ qui commande aussi, nous l'avons vu, les rapports entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués : on trouve d'un côté un législateur suprême qui est censé définir les compétences des pouvoirs constitués, mais qui en fait ne les exerce pas, et de l'autre, un pouvoir d'État prétendument subordonné, mais qui régit entièrement les gouvernés⁶⁵. Ce tour de passe-passe

⁶⁰ G. DUSO, « La costituzione mista e il principio del governo: il caso Althusius », *Filosofia politica*, 1, aprile 2005, p. 78.

⁶¹ R. DESCENDRE, « Sur l'effacement du modèle de la constitution mixte dans les discours italiens de la raison d'État : Botero, Boccalini et Zuccolo », in M. GAILLE-NIKODIMOV, *Le Gouvernement mixte. De l'idéal politique au monstre constitutionnel en Europe (XIII^e-XVII^e siècles)*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 71-94 (halshs-00119905).

⁶² D. LIEBERMAN, « The Mixed Constitution and the Common Law », in M. GOLDIE, R. WOKLER, *The Cambridge History of Eighteenth-century Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

⁶³ A. R. GARCIA, « La constitution mixte : un concept politique prémoderne pour le XXI^e siècle ? », *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴ P. DARDOT, C. LAVAL, *Dominer. Enquête sur la souveraineté de l'État en Occident*, Paris, La Découverte, 2020, p. 25.

⁶⁵ C.-M. PIMENTEL, « Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus Politicum*, n° 3, 2009, p. 16. Pasquale Pasquino, de son côté, parle du « double corps du peuple », par analogie avec les « deux corps du roi » de la théologie politique : sur le devant de la scène, le peuple comme composé pluriel, concret, « organe constitué de l'État », et sur le fond de la scène, « le peuple comme fondement ultime de toute forme constitutionnelle et limitée de pouvoir ». Voir P. PASQUINO, « Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple », in J. SALEM, V. DENIS, P.-Y. QUIVIGER (dir.), *Figures de Sieyès*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008 [En ligne : <http://books.openedition.org/psorbonne/20025>].

permet en réalité d’escamoter la question que les Anciens avaient le mérite de poser explicitement, à savoir celle de l’équilibre réel du pouvoir entre les groupes sociaux.

Comment affronter cette question de la distribution réelle du pouvoir chez les Modernes ? Une approche démystifiée de la souveraineté est possible, à condition d’envisager celle-ci à un niveau constitutionnel *matériel* élargi, où elle se révèle être un élément *relatif* au sein d’un champ juridico-politique dans lequel évoluent d’autres puissances sociales ou politiques à la fois concurrentes et complémentaires. Il existe en particulier une puissance sociale dont l’émergence est intimement corrélée à celle de la souveraineté étatique, c’est la *puissance propriétaire*. Car la doctrine de la souveraineté, en même temps qu’elle prétend au monopole normatif « interne » et à l’indépendance politique « externe », institue une division originaire entre État et société civile, droit public et droit privé – une division qui consacre la différenciation, spécifiquement moderne, entre deux pôles de pouvoir distincts, l’un politique et l’autre économique. Ce diagramme sociopolitique contraste avec les sociétés prémodernes, où la richesse se trouvait « politiquement constituée », selon l’expression d’Ellen Meiksins-Wood, au sens où l’exercice du gouvernement permettait de s’approprier directement les biens économiques⁶⁶. Cette consubstantialité des pouvoirs politique et économique vole en éclats à partir du XV^e siècle, d’abord en Angleterre puis en Europe, avec la centralisation de l’État et la privatisation des moyens de production (initiée par les « *enclosures* »), deux phénomènes inexorables et complémentaires qui vont progressivement ériger la souveraineté et la propriété, *l’imperium* et le *dominium*, en sources distinctes et solidaires de pouvoir⁶⁷.

Ce qui définit la constitution matérielle des Modernes, c’est donc que les deux axes de domination « verticale » (gouvernants/gouvernés) et « horizontale » (propriétaires/producteurs) se sont autonomisés, en même temps que la classe subalterne, désormais vouée à lutter sur deux fronts distincts, politique et économique, compose un troisième pôle de pouvoir – au demeurant lui-même traversé par des divisions de genre, de race, etc⁶⁸. Le champ constituant moderne est un « rapport à trois complexe entre État, propriété et classes productives », où

⁶⁶ E. MEIKINS-WOOD, *Liberté et propriété. Une histoire sociale de la pensée politique occidentale de la Renaissance aux Lumières*, trad. V. Dassas et C. St-Hilaire, Montréal, Lux, 2014 [2012], p. 79.

⁶⁷ Il n’est pas étonnant que cette complémentarité entre pouvoir politique et pouvoir économique ait sauté aux yeux d’un tenant de l’institutionnalisme juridique comme Maurice Hauriou. Ainsi que l’a opportunément rappelé Olivier Beaud, Hauriou avait repéré, *préalable* à toute séparation des pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire), « l’équilibre politico-économique » fondé sur la coexistence des deux pouvoirs distincts : « il n’y a État, au sens propre du mot, que lorsque, dans une nation, s’est instauré le régime civil, c’est-à-dire, lorsque le pouvoir politique de domination s’est séparé de la propriété privée » (cité par O. BEAUD, « La multiplication des pouvoirs », in *Pouvoirs*, 2012/4 n° 143, « La séparation des pouvoirs », p. 47). Mais il suffit après tout de se référer au « fondateur » de la doctrine de la souveraineté lui-même, Jean Bodin, pour y lire en toutes lettres que si la souveraineté est une puissance *absolue*, indivisible (qui ne peut donc souffrir d’aucune « mixité »), elle n’est cependant pas *illimitée*, et qu’entre autres « lois de Dieu » et « lois naturelles » auxquelles elle doit se soumettre, se trouve le principe de propriété privée : « On ne peut bannir de la Cité ces deux mots TIEN et MIEN [...] car il n’y a point de chose publique s’il n’y a quelque chose de propre : et ne se peut imaginer qu’il y ait rien commun, s’il n’y a rien particulier » (*Six Livres de la République*, I, 2). Voir T. BERNIS, *Souveraineté, droit et gouvernementalité. Lectures du politique moderne à partir de Bodin*, Paris, Éditions Léo Scheer, 2005.

⁶⁸ Cette question des divisions internes au groupe des subalternes est un point sur lequel je ne peux hélas m’attarder ici. Il faudrait à ce sujet discuter, entre autres, S. FEDERICI, *Caliban et la Sorcière. Femmes, corps et accumulation primitive*, Genève, Entremonde, 2014 [2004].

d'un côté les classes possédantes « ont besoin de l'État pour maintenir l'ordre » et contenir les revendications des classes productives, tout en se retrouvant aussi « en concurrence avec lui pour l'accès au surplus », tandis que de l'autre côté, les classes subalternes cherchent à résister à l'emprise de l'appareil d'État, mais ne peuvent qu'en appeler à lui dans leur conflit avec la classe propriétaire⁶⁹. Dans ce « ménage à trois », le pouvoir étatique n'occupe aucune position de surplomb, car il poursuit lui aussi ses intérêts propres, mais il ne peut le faire avec succès qu'en jouant un rôle de *tiers* dans le conflit entre groupes sociaux – un rôle où il puise la *reconnaissance* sans laquelle aucune constitution, ni même sans doute aucun droit, ne sont possibles (voir *supra* section VI. C).

Tout champ constituant est donc intrinsèquement *relationnel*, au sens où les pôles de pouvoir qui le composent ne se définissent qu'à travers les relations agonistiques qu'ils entretiennent entre eux. Or, ce principe ne vaut pas seulement pour les trois pôles politique, propriétaire et social au sein de chaque espace « étatique », mais aussi pour l'ensemble des pôles qui évoluent au sein du champ constituant « global ». La théorie de la constitution matérielle ne peut en effet éluder la question du « constitutionnalisme global⁷⁰ ». Impossible d'ouvrir ici un dossier aussi imposant. Mais il peut être utile malgré tout de relayer la thèse de Michael Hardt et Antonio Negri, qui ont précisément proposé d'analyser la globalisation capitaliste en termes de « constitution mixte⁷¹ ». Ce qu'ils appellent « Empire » répond à leurs yeux à un « *équilibre fonctionnel* » entre trois niveaux de pouvoir distincts, mais qui ne cessent de s'hybrider : une « unité monarchique » conduite par les États-Unis, des « articulations aristocratiques » entre États-nations et grandes entreprises transnationales, et un « pôle démocratique » animé par les ONG, les médias et les Églises. Peu importe que l'analyse soit discutable sur le plan politique, et qu'il soit difficile de partager la confiance des auteurs dans la capacité de la « multitude » à renverser ledit « Empire », c'est le principe d'une analyse du champ global en termes polybiens qu'il faut retenir : « l'origine antique du modèle polybien de la constitution de l'Empire est plus proche de notre réalité que sa transformation par la tradition libérale moderne⁷². » Il faudrait montrer comment on est passé d'une « constitution westphalienne », dynamique « extensive » de propagation de la forme stato-nationale et du marché capitaliste à partir du centre occidental vers les régions périphériques, à une constitution « post-westphalienne », néolibérale, caractérisée par l'intériorisation de la logique entrepreneuriale au sein de chaque État, en même temps que sa mise en concurrence au sein d'un marché oligopolistique. En vertu de cette nouvelle constitution mixte globale, il ne s'agit plus d'organiser la « prise de terres » entre États souverains⁷³, mais de garantir au sein de ceux-ci les droits du capital à travers

⁶⁹ E. MEIKINS-WOOD, *Liberté et propriété. Une histoire sociale de la pensée politique occidentale de la Renaissance aux Lumières*, op. cit., p. 68-69.

⁷⁰ Cette thématique génère une énorme littérature. Voir *Jus politicum*, n° 19, *Constitutionnalisme global*, janvier 2018 ; G. TEUBNER, *Constitutional Fragments*, Oxford, Oxford University Press 2011. Dans la perspective de la constitution matérielle, voir M. GOLDONI, « The Material Study of Global Constitutional Law: A preliminary Analysis », SSRN [En ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3192661].

⁷¹ M. HARDT, A. NEGRI, *Empire*, trad. D-A. Canal, Paris, Exils Éditeur, 2000, p. 371 sq.

⁷² *Ibid.*, p. 384.

⁷³ C. SCHMITT, *Le Nomos de la Terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, trad. L. Deroche-Gurcel, Paris, PUF, 2001 [1950].

une série d'accords plus ou moins formalisés (consensus de Washington (1989), Traité de Maastricht (1991), etc.) qui font office de « constitution globale⁷⁴ ».

La seconde objection élevée contre le concept de « constitution mixte » est qu'il serait intrinsèquement conservateur, et donc inapte à féconder quelque théorie critique de la démocratie. En effet, si l'on se réfère aux modèles historiques qui l'incarnent, comme Sparte ou Venise⁷⁵, ou aux auteurs qui en furent les sectateurs les plus zélés, tels Guichardin, Montesquieu ou Madison, la constitution mixte semble indissociable d'une conception élitiste du corps social, profondément méfiante à l'égard des impulsions populaires comme de toute conflictualité sociale. Centré sur les idéaux de « bien commun », de « juste milieu » et de « modération », le « néo-républicanisme » consensualiste (réactivé par J. Pocock, Q. Skinner ou P. Pettit), qui promeut volontiers la constitution mixte, semble ne pouvoir nous offrir aujourd'hui que « l'héritage incertain de la peur de la majorité ». C'est en ces termes que M. Goldoni et M. Wilkinson la congédient promptement, considérant du reste qu'elle « n'est pas à proprement parler une notion juridique mais un idéal⁷⁶ ».

D'autres usages du concept de constitution mixte sont pourtant possibles. L'exemple le plus éclatant n'est autre que Machiavel, chez qui le concept est rien moins que normatif ou « idéal », mais décrit le champ intrinsèquement agonistique des rapports entre le Prince, les Grands et le Peuple, soit les trois pôles de pouvoirs politique, propriétaire et social. Sans citer explicitement Polybe⁷⁷, Machiavel reprend sa théorie des six régimes, comme celles de l'anacylose et de la constitution mixte, mais en les infléchissant radicalement : la conflictualité sociale cesse d'être considérée comme un mal, elle est au contraire louée comme la source de toute bonne constitution, et la mixité des régimes est repensée à l'aune du « mélange » des « humeurs » antagoniques du peuple et des Grands⁷⁸. L'idée-maîtresse de Machiavel est que « dans toute République, il a deux partis : celui des Grands et celui du peuple ; et toutes les lois favorables à la liberté ne naissent que de leur opposition⁷⁹ ». Et son originalité incontestable est de montrer que le pouvoir politique, en position de tiers entre le pouvoir social et le pouvoir propriétaire, loin d'étouffer ce conflit, doit au contraire l'accueillir, en donnant forme aux « humeurs » contestatrices et revendicatrices de la plèbe. Et de donner en exemple la République romaine qui, écrit-il dans les *Discours*, « restant mixte, fut un État parfait qui atteignit sa perfection grâce à la désunion de la plèbe et du

⁷⁴ E. DELRUELLE, « La citoyenneté mondiale entre éthique et politique : essai de clarification », in G. PIROTTE (dir.) *Manuel d'éducation à la citoyenneté mondiale. Une perspective belge*, Bruxelles, Presses Universitaires de Louvain, 2022, p. 19-38.

⁷⁵ J.-L. FOURNEL, « Le modèle politique vénitien. Notes sur la constitution d'un mythe », *Revue de synthèse*, n° 2-3, avril-septembre 1997, p. 207-219.

⁷⁶ « *Strictly speaking, the mixed constitution is not a legal notion but an ideal one* ». M. GOLDONI, M. WILKINSON, « Introduction », *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, op. cit., p. 3.

⁷⁷ M.-R. GUELFUCCI, « Anciens et Modernes : Machiavel et la lecture polybienne de l'histoire », *Dialogues d'histoire ancienne*, 2008/1, 34/1, p. 85-104.

⁷⁸ Sur les rapports complexes entre la constitution mixte et le modèle médical des humeurs, voir M. GAILLE-NIKODIMOV, « À la recherche d'une définition des institutions de la liberté », *Astérior*, 1, 2003.

⁷⁹ N. MACHIAVEL, « Discours sur la Première Décade de Tite-Live », (I, 4) in E. BARINCOU (dir.), *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, p. 390.

sénat⁸⁰ ». La constitution matérielle machiavélienne est bel et bien une constitution mixte, tendanciellement oligarchique quand le Prince reste aligné sur les intérêts des Grands, tendanciellement démocratique quand il a le cran de trahir sa classe et de prendre le parti du peuple – ce qui est, on le sait, le message délivré par Machiavel dans *Le Prince*.

V. « CORPS INTERMÉDIAIRES » ET CONSTITUTION MATÉRIELLE

Pour autant, je voudrais marquer un désaccord net avec une tendance lourde, ces dernières années, à tirer de la constitution mixte machiavélienne des arguments en faveur d'une conception plébéienne et même « conseilliste » de la démocratie. L'élaboration la plus ambitieuse en ce sens est celle de Camilla Vergara⁸¹. Sa réflexion part de la question de la « *corruption systémique* », un phénomène plus profond que les prébendes et l'enrichissement personnel, qui consiste en une oligarchisation structurelle du pouvoir politique, alimentée par un état aggravé d'inégalités socio-économiques. Dans une perspective qui se réclame de Machiavel, C. Vergara considère la masse (*the many*) et l'élite (*the few*) comme des catégories « socio-ontologiques » structurelles transcendant les contextes historiques. Et comme Machiavel encore, elle identifie les balises d'une politique « plébéienne » à un double niveau : (1) la fondation populaire d'un nouveau corps politique grâce à « l'action extraordinaire » (« révolutionnaire ») d'un Prince (un leader charismatique ou, comme l'avait interprété Gramsci, un collectif, un parti) et (2) l'entretien régulier, en complément des institutions foncièrement oligarchiques que sont les enceintes parlementaires ou les pouvoirs judiciaires, d'un réseau d'assemblées locales où la masse des gens ordinaires pourrait « se rassembler et exercer un réel pouvoir collectif direct⁸² ». Puisant aussi chez Condorcet, Luxemburg et Arendt, C. Vergara propose donc la création d'une « branche plébéienne de gouvernement », une sorte de quatrième pouvoir qui institutionnaliserait le conflit entre les « few » et les « many ».

Cette approche « plébéienne-matérialiste » de la constitution mixte, alternative à l'approche « élitiste-procéduraliste » qui sous-tend aussi bien le libéralisme que le républicanisme, est incontestablement inspirante et novatrice. Toutefois, elle reste elle aussi hantée par la croyance en un sujet collectif indivisé, la « plèbe », que l'auteur qualifie significativement de « pouvoir constituant » – « pouvoir exercé, écrit-elle, à la fois pour établir un cadre constitutionnel qui libère la plèbe de la domination des Grands, et pour maintenir cette émancipation⁸³ ». Comme les théoriciens du « pouvoir constituant » évoqués plus haut, C. Vergara présuppose l'existence d'une subjectivité socio-ontologique unifiée capable de trouver la voie de la solidarité et de l'émancipation par le seul fait d'être assemblée au sein d'espaces d'expression ouverts à toutes et à tous. Les plébéiens se trouvent

⁸⁰ *Ibid.*, I, 2., p. 386. On ne suivra donc pas l'interprétation d'A. Negri selon laquelle Machiavel, au milieu de la rédaction des *Discours*, aurait abandonné le modèle de la constitution mixte au profit d'une vision radicalement plébéienne, « révolutionnaire » du politique. Voir A. NEGRI, *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité*, op. cit., p. 53-132.

⁸¹ C. VERGARA, *Systemic Corruption: Constitutional Ideas for an Anti-Oligarchic Republic*, Princeton, Princeton University Press, 2020.

⁸² *Ibid.*, p. 137.

⁸³ *Ibid.*

majoritaires dans ces assemblées, ils y triompheraient mécaniquement de l'élite minoritaire, et disposeraient aussi de contre-pouvoirs efficaces face à celle-ci.

Comme Samuel Bagg lui en fait le reproche, cette vision est exagérément optimiste, pour deux raisons au moins : (1) « il n'y a aucune raison de penser qu'un système d'assemblées locales serait moins vulnérable à la manipulation et à la subornation, de la part des élites nanties, que les institutions représentatives » – d'autant que, à la différence de J. McCormick, Vergara se refuse à exclure les membres des élites possédantes desdites assemblées populaires⁸⁴ ; (2) dans nos sociétés postindustrielles, une majorité de citoyens s'identifient comme faisant partie d'une large « classe moyenne », sans réelle conscience d'appartenir à une classe productive en conflit avec la classe propriétaire, au point qu'ils peuvent souvent « attacher plus de poids à leur affiliation à une race, une origine ethnique, une religion, un sexe, une région, un mode de vie et/ou une profession ». En conséquence, poursuit S. Bagg, « si l'objectif est d'encourager une tension féconde entre la majorité et l'élite, la tâche politique la plus cruciale n'est pas de créer des institutions qui reflètent cette tension, mais d'encourager les gens eux-mêmes à reconnaître celle-ci ». La priorité, autrement dit, est de former un « parti politique plébéen qui pourrait dès lors remporter une victoire retentissante au sein du système représentatif, de sorte que des institutions plébéennes supplémentaires seraient inutiles⁸⁵ ».

S. Bagg suggère à juste titre que la subjectivité plébéenne dont se réclame C. Vergara n'est pas une donnée transhistorique, mais une construction politique contingente. Pour que le conflit social entre travailleurs et propriétaires se structure en lutte politique, il faut un intense travail militant et organisationnel qui fasse remonter la question sociale jusqu'aux organes de l'État, et amène ces derniers à s'orienter dans un sens démocratique. La question est dès lors de savoir quels sont les agents de cette construction d'un sujet politique plébéen-démocratique. Selon l'hypothèse qu'on développera ici, ces agents ne sont pas à trouver du côté de la tradition des conseils ou des assemblées, comme le croit C. Vergara (et bien d'autres), mais du côté des corps intermédiaires – partis, syndicats, associations, collectivités locales, etc. – qui se situent entre l'État et les individus, et qui transcendent souvent le partage organique entre sphère étatique et sphère civile. Les agents réels de la constitution matérielle mixte des Modernes, ce sont les corps intermédiaires, inassignables à quelque espace institutionnel déterminé, mais répartis sur toute la surface de la société. À l'appui de cette thèse, on peut avancer deux arguments, l'un de type « historico-politique », l'autre de type « socio-ontologique ».

Sur le plan « historico-politique », on peut observer que la démocratisation de la constitution mixte des Modernes, aux XIX^e et XX^e siècles, est fortement corrélée à la montée en puissance des corps intermédiaires. Comme l'a montré B. Manin, les institutions du gouvernement représentatif mêlent des traits démocratiques et aristocratiques⁸⁶ ; et l'État de droit, selon M. Troper, peut à bon droit être qualifié de « forme d'aristocratie⁸⁷ ». Même le suffrage universel n'a pas réellement menacé

⁸⁴ J. MCCORMICK, *Machiavellian Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

⁸⁵ S. BAGG, « Do we need an anti-oligarchic Constitution? », *European Journal of Political Theory*, 2022, vol. 21 (2), p. 399-411.

⁸⁶ B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 2019 [1995].

⁸⁷ M. TROPER, « La démocratie comme État de droit », Séminaire automne 1999 Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique, Oct. 1999,

la captation du pouvoir politique par les notables ni son utilisation au bénéfice des classes possédantes⁸⁸. En vérité, la constitution matérielle moderne s'est démocratisée en même temps que les corps intermédiaires (partis politiques de masses, syndicats, mutualités, coopératives, associations culturelles, éducatives, etc.) devenaient des acteurs incontournables du champ constituant mixte. En France, on le sait, cette montée en puissance des corps intermédiaires eut lieu dans les dernières décennies du XIX^e siècle, avec les lois de 1864 reconnaissant le droit de grève, de 1881 sur la liberté de la presse, de 1884 sur les syndicats, de 1901 sur les associations. Dans le nord de l'Europe, à la suite du fameux congrès de Gotha en 1875, la « social-démocratie » (au sens originnaire de l'action politique concertée du parti, du syndicat et de grandes associations satellites) modifiera en profondeur la constitution matérielle industrielle. Et ce sont encore les corps intermédiaires qui seront à l'origine de la plus grande conquête politique des classes productives européennes : la Sécurité sociale⁸⁹. A contrario, c'est à leur affaiblissement structurel que s'attèlera obstinément la contre-révolution néolibérale, de Thatcher à Macron⁹⁰. Que la démocratisation de la constitution mixte des Modernes résulte de la vitalité des corps intermédiaires, et non des expériences « conseillistes », est une réalité historique incontournable.

Sur le plan « socio-ontologique » maintenant, on peut soupçonner une complicité inavouée entre les ontologies plébéiennes ou conseillistes, volontiers présentistes et horizontales, et l'ontologie libérale centrée sur l'individu – une complicité qui expliquerait leur commune aversion à l'égard de l'État, et une même foi en la possibilité d'une société s'auto-organisant par-delà toute division et tout antagonisme⁹¹. Si les ontologies politiques modernes sont aveuglées par le face-à-face État/individus, c'est qu'elles ont intériorisé le schéma généalogique qui assimile la modernité au triomphe de l'individualisme sur le holisme et à la dissolution (heureuse) des liens communautaires et hiérarchiques que celui-ci légitimait. Pourtant, entre le primat de l'individu prôné par le libéralisme et le primat du tout hérité de l'imaginaire théologico-politique, il y a place pour une ontologie sociale relationnelle ou « transindividuelle⁹² » qui fait du politique un processus d'incorporation, d'institution de corps individuels et de corps politiques en constante interaction – un processus multidimensionnel, irréductible à quelque instance de pouvoir, et dont les corps intermédiaires sont les vecteurs sociopolitiques.

Dans une telle ontologie, les corps intermédiaires deviennent des agents proprement constituants qui assurent une circulation continue entre le « haut » et le « bas » de la société, entre le gouvernement et l'individu, mais aussi entre l'État et la société civile. En effet, la dichotomie fondatrice de la modernité entre droit public et droit privé (normes d'organisation et normes de conduite, dans les termes

Montréal, Canada (halshs-03364353). M. Troper conclut ainsi son article : « la démocratie comme État de droit n'est donc pas une variété de démocratie. C'est une forme d'aristocratie. »

⁸⁸ L. CANFORA, *La démocratie. Histoire d'une idéologie*, trad. A. Colao & P. Itoli, Paris, Seuil, 2006 [2004].

⁸⁹ C. BEC, *La Sécurité sociale. Une institution de la démocratie*, Paris, Gallimard, 2014.

⁹⁰ A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

⁹¹ Sur cette complicité entre les mouvements de type conseillistes comme *Occupy Wall Street* et l'ontologie et l'éthique libérales, voir C. MOUFFE, *Agonistique. Penser politiquement le monde*, *op. cit.*

⁹² É. BALIBAR, « Philosophies du transindividuel : Spinoza, Marx, Freud », in *Spinoza politique. Le transindividuel*, Paris, PUF, 2018, p. 285-334.

de N. Bobbio⁹³) a en fait été tôt brouillée par l'existence de corps sociaux « mixtes » (tels que les mécanismes mutualistes ou les conventions collectives) qui ne relèvent strictement d'aucun des deux registres, au point d'avoir généré leur propre champ politico-juridique : le droit social⁹⁴. Si les théoriciens attirés de la constitution matérielle mentionnent rarement la Sécurité sociale comme composant essentiel de celle-là, c'est parce que, rivés à l'idéologie du pouvoir constituant, ils passent à côté du rôle « matériel » fondamental joué par les corps intermédiaires. Sur le plan socio-ontologique, il est pourtant indispensable de les intégrer pleinement à toute théorie de la constitution matérielle.

VI. TROIS CHANTIERS EN VUE D'UNE THÉORIE DE LA « CONSTITUTION MIXTE DES MODERNES »

Dès lors qu'on admet que la constitution matérielle doit être envisagée comme constitution mixte, et qu'il faut substituer au concept de pouvoir constituant ceux de champ constituant et de corps intermédiaires, un triple chantier de recherches s'ouvre en vue d'élaborer une théorie complète de « la constitution mixte des Modernes⁹⁵ ».

A. Une archéologie philosophique des « corps intermédiaires »

Le premier de ces chantiers consiste à faire l'archéologie philosophique des corps intermédiaires. Il existe un fort contraste épistémique entre les sciences sociales et historiques⁹⁶, qui utilisent volontiers la notion de corps intermédiaires (quoique dans des acceptions hétérogènes), et la philosophie et la théorie politiques, où elle fait l'objet d'un puissant refoulement. Que j'aie mis l'accent, plus haut, sur le rôle résolument *démocratique* des corps intermédiaires aux XIX^e et XX^e siècles, voilà qui a pu étonner quand on sait, d'une part, qu'ils renvoient d'abord dans notre

⁹³ N. BOBBIO, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, trad. D. Soldini, Paris, Dalloz, 2012.

⁹⁴ Si l'histoire du droit social est amplement couverte par la littérature, l'histoire de la *théorie* du droit social reste à faire, en réinvestissant notamment ce qu'on a appelé le « socialisme juridique » de Maxime Leroy, Emmanuel Lévy ou Georges Gurvitch en France, et de Gustav Radbruch ou Hugo Sinzheimer en Allemagne. Voir C.-M. HERRERA, *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2003 ; *Id.*, « Droits sociaux et politique chez Georges Gurvitch », *Droit et société*, 2016/3, n° 94, p. 513-524 ; F. BRUSCHI, A. LOUTE, « La méthode idéal-réaliste de Georges Gurvitch : une intervention intellectuelle qui vise à instituer les droits sociaux », *Les Carnets du Centre de Philosophie du Droit*, n° 152, 2011. On relira aussi dans cette perspective la pensée de Hermann Heller (voir notamment N. LE BOUËDEC, « De l'État de droit libéral à l'État de droit social : critique et transformation de l'État de droit chez Hermann Heller », *Jus Politicum*, n° 23 ; C. JOUIN, « "Donner une forme sociale à l'État" : Heller et Gierke », *Jus Politicum*, n° 23).

⁹⁵ Ce programme de recherches ne fera pas l'économie d'une étude historique approfondie de la notion même de constitution, qui a déjà été bien balisée par O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », in *Jus Politicum*, n° 3, déc. 2009.

⁹⁶ A. CHATRIOT, C. LEMERCIER, « Les corps intermédiaires », in V. DUCLERT, C. PROCHASSON (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, Paris, Flammarion, 2007, p. 691-698. Il faudrait aussi montrer comment la notion accompagne le développement de la sociologie (chez Durkheim par exemple) et de l'institutionnalisme juridique (Santi Romano, Hauriou, Duguit).

imaginaire aux structures sociales de l'Ancien Régime⁹⁷, précisément combattues par la politique révolutionnaire comme faisant écran au face-à-face entre intérêt individuel et intérêt général⁹⁸ ; et d'autre part, qu'ils ne désignent pas seulement les syndicats, partis, mutuelles ou associations issues du mouvement ouvrier, mais aussi les congrégations religieuses, les corporations socioprofessionnelles ou les grands corps d'État (l'armée au premier chef) qui, eux, nourriront les visions les plus conservatrices de la société – jusqu'aux fascismes du XX^e siècle⁹⁹.

Est-il possible et souhaitable de dénouer cet écheveau sémantique et politique ? Il est sans doute plus pertinent de voir dans la notion de « corps intermédiaires » une sorte d'« embrayeur » idéologique qui, au long de la modernité, permet de contester la matrice « État/individu », et le mythe de la souveraineté qui la commande, depuis des points de vue idéologiques parfois opposés : contestation de l'État absolutiste par les monarchomaques huguenots mais aussi, plus tard, par le parti nobiliaire catholique ; contestation, après la Révolution, de l'État bourgeois tant par le mouvement ouvrier que par les courants réactionnaires. Que la philosophie et la théorie politiques se soient efforcées de refouler cet « embrayeur » est manifeste, et compréhensible : l'exigence de penser la souveraineté du corps politique, et donc sa représentation *unitaire* dans la sphère de l'État, est difficilement conciliable avec l'hétérogénéité des instances sociales et la pluralité de leurs intérêts et revendications. Il apparaît ainsi que les traditions philosophiques d'inspiration tant libérale que républicaine ou même marxiste partagent en fait une même « culture de la généralité¹⁰⁰ » tendue entre les deux pôles de l'individu et de l'État. Il existe certes des exceptions, parfois considérables, à ce tableau reconstituitif : Althusius¹⁰¹, Harrington, Hume, Montesquieu, notamment. Chez Hegel, le thème des corps intermédiaires a trouvé l'une des théorisations les plus abouties : « racine éthique de l'État » (à côté de la famille), les corporations (*die Korporationen*) permettent d'articuler dialectiquement la constitution politique de la société (*Verfassung*) avec la constitution formelle (*Konstitution*)¹⁰². Il est toutefois indéniable que la pensée politique moderne reste ordonnée à l'idée de souveraineté populaire, qui s'adosse elle-même à celle de pouvoir constituant, rendant difficile, voire impossible, l'expression politique de la pluralité des corps sociaux.

C'est pourquoi je propose d'adopter une méthode « archéologique » (au sens de Foucault) pour scruter la manière dont l'idée de corps intermédiaires traverse

⁹⁷ L. COSTE, « Des corps intermédiaires sous l'Ancien Régime : revendication ou réalité ? », in *Histoire, économie et société*, 2016/1.

⁹⁸ Je songe évidemment aux lois d'Allarde et Le Chapelier (1791) : « Il n'y a plus de corporation dans l'État ; il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation. »

⁹⁹ J. ROWELL, A.-M. SAINT-GILLE (dir.) *La Société civile organisée aux XIX^e et XX^e siècles : perspectives allemandes et françaises*, Lille, Presses universitaires du Septentrion, 2010 ; C. BOUNEAU (dir.), « Les corps intermédiaires en France : concept(s), généalogie et échelles », *Histoire, économie et société*, 2016/1.

¹⁰⁰ P. ROSANVALLON, « Les corps intermédiaires dans la démocratie », *Rapport annuel du Collège de France*, site du Collège de France 2001-2002, p. 1.

¹⁰¹ G. DUSO, « La costituzione mista e il principio del governo: il caso Althusius », art. cité.

¹⁰² G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. R. Derathé, Paris, Vrin, 1986 [1821]. Voir P. CESARONI, « Hegel: Habit, Custom, and Government », *Conceptos Históricos*, Año 6, n° 9, p. 86-109.

souterrainement la philosophie politique moderne, y compris chez les penseurs qui la critiquent frontalement, tels Bodin, Hobbes, Locke ou Rousseau, mais chez qui elle ressurgit comme un « retour du refoulé ». Si certains auteurs, on l'a vu, n'ont pas éludé les corps intermédiaires (Montesquieu et Hegel en tête¹⁰³), il serait illusoire d'essayer de reconstituer quelque paradigme de pensée cohérent qui, à rebours de la pensée dominante, en aurait pleinement reconnu le statut politique. C'est pourquoi la stratégie la plus adéquate visera plutôt à saisir comment les corps intermédiaires hantent, travaillent de l'intérieur la philosophie politique moderne ; à comprendre aussi de quelle forclusion ils font l'objet, et qui tient certainement au fait qu'ils ne sont pas seulement apparus comme des reliquats du monde féodal et de l'univers théologico-politique, mais aussi comme des instruments potentiels de résistance et d'émancipation dans les mains des groupes sociaux subalternes. Ce n'est pas pour autant qu'il faut idéaliser les corps intermédiaires, sujets à la « loi d'airain de l'oligarchie¹⁰⁴ » et instruments d'intérêts hétérogènes, tantôt progressistes, tantôt conservateurs. Il convient donc de s'orienter vers une définition plastique des corps intermédiaires, qui ne les fige ni dans une forme (association, parti, syndicat, corps d'État, etc.) ni dans une modalité d'expression (médiation, représentation, concertation, etc.), mais qui saisit leur rôle *politique* au sein d'un champ constituant conflictuel et dynamique.

B. Démocratie, oligarchie et « constitution mixte »

Le deuxième chantier consiste à repenser à nouveaux frais la notion de démocratie, et en particulier la tension entre « démocratie formelle » et « démocratie réelle ». Cette tension a pris une forme canonique à travers l'opposition entre la vision libérale de la démocratie comme *État de droit* et la vision républicaine comme *souveraineté populaire*. Selon la métaphore de la démocratie comme jeu (qu'on retrouve notamment chez H. Kelsen¹⁰⁵ et N. Bobbio¹⁰⁶), les institutions de l'État de droit répondraient à la question « quelles sont les règles du jeu ? », « comment joue-t-on ? » (c'est-à-dire : *comment* gouverne-t-on ?), tandis que les institutions de la souveraineté populaire répondraient à la question : « qui sont les protagonistes du jeu ? », « qui est autorisé à jouer ? » (c'est-à-dire : *qui* gouverne ?). Or, une analyse en termes de constitution matérielle soulève une troisième question, qui est en vérité préalable, conditionnante : « à quel jeu joue-t-on ? », « quel est le but du jeu ? » (c'est-à-dire : « *pourquoi* gouverne-t-on ? »). Ce qu'on appelle communément un « pacte social » définit en réalité le « jeu de société » auquel s'adonne une communauté politique, c'est-à-dire la fin, le *telos* politique qu'elle s'assigne. C'est pourquoi la constitution matérielle, comme nous l'avons vu, relève à la fois des rapports de force *de fait* au sein de la société, et de *l'idéal* qui oriente sa dynamique historique. Ontologiquement, il faut donc sortir d'une conception (libérale, derechef) qui réduit la *matérialité* constitutionnelle à l'un des pôles de la dichotomie (le « contenu » par opposition à la « forme »), alors qu'elle renvoie à une structure plus fondamentale, celle du « *temps long de l'histoire* » et de « *la structure globale de la société*¹⁰⁷ », où se cristallisent à la fois

¹⁰³ B. BINOCHÉ, « Ni Hegel ni Montesquieu ? », *Kairos* n° 14, 1999, p. 9-27.

¹⁰⁴ R. MICHELS, *Les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*, trad. S. Jankélévitch, Paris, Flammarion, 1971 [1914].

¹⁰⁵ H. KELSEN, *La Démocratie. Sa nature, sa valeur*, op. cit.

¹⁰⁶ N. BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, trad. S. Gherardi et J-L. Pouthier, Paris, Seuil, 2007 [1984].

¹⁰⁷ C. JOUIN, « Préface », *La constitution matérielle de l'Europe*, op. cit., p. 9.

les rapports agonistiques qui traversent la société et le *telos* éthico-politique qui permet de les dépasser temporairement.

De la sorte, une voie s'ouvre pour penser la démocratie autrement qu'à travers le prisme de la « souveraineté du peuple », même dans sa version procédurale. En renonçant à la fiction du « pouvoir constituant » et aux concepts qui lui sont associés (« peuple », « nation », « multitude »), et qu'on retrouve tant dans le libéralisme que le républicanisme ou le marxisme, on s'offre la possibilité de concevoir la démocratie comme la configuration constitutionnelle où le *demos*, entendu comme groupe spécifique du corps social (celui des producteurs subalternes), se trouve en capacité – toujours relative – de lutter pour son émancipation et de faire valoir ses intérêts au sein du champ constituant.

Sur cette base, on peut procéder à deux reformulations sémantiques. Plutôt que « démocratie », il est préférable de qualifier le type de sociétés dans lequel nous vivons en Occident de « constitution mixte », c'est-à-dire, comme le précise Luciano Canfora dans un ouvrage stimulant, « un régime qui permet au peuple de s'exprimer, mais où seul l'avis des classes possédantes compte », et qui favorise la plupart du temps « la victoire d'une oligarchie dynamique dont le pouvoir se fonde sur les grandes fortunes, mais qui est capable de fabriquer le consensus et de gagner une légitimité électorale en contrôlant les mécanismes électoraux¹⁰⁸ ». Par contre, on réservera le terme « démocratie » aux régimes qui assoient « la prépondérance (temporaire) des non-possédants au cours de la lutte inexorable pour la conquête de l'égalité – une notion dont la signification s'est quant à elle dilatée au cours des siècles pour s'enrichir au fur et à mesure de nouveaux “droits” toujours plus contestés¹⁰⁹ ». Cette définition de la démocratie est plus réaliste, mais elle est aussi potentiellement plus large, car l'enjeu fondamental qu'elle permet de cerner, comme le souligne N. Bobbio, n'est pas le passage de la démocratie indirecte à la démocratie directe, mais le passage de la « démocratie politique » à la « démocratie sociale », autrement dit l'extension du jeu démocratique à d'autres sphères que la sphère proprement politique¹¹⁰.

Telle est donc « la constitution mixte des Modernes » : « l'unité conflictuelle¹¹¹ » des classes et des groupes autour des trois pôles de pouvoir politique, propriétaire et social, et dont la dynamique peut être tendanciellement *démocratique* quand les subalternes pèsent sur l'appareil d'État au point d'être en capacité politique de lutter pour leur émancipation, ou tendanciellement *oligarchique* quand l'appareil d'État, aligné sur les intérêts de la classe propriétaire, neutralise avec succès les pressions politiques subalternes. À la typologie libérale dominante, centrée sur l'opposition « État de droit » *versus* « régimes autoritaires », on substituera donc l'opposition « démocratie » *versus* « oligarchie », dans une veine machiavélienne particulièrement féconde aujourd'hui, on l'a vu¹¹². Si le paradigme proposé ici emprunte au marxisme une grille de lecture en termes de lutte des classes, il s'en distingue cependant par le fait qu'il assume être résolument « postrévolutionnaire » au sens où, toute

¹⁰⁸ L. CANFORA, *La démocratie. Histoire d'une idéologie*, op. cit., p. 415.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 416.

¹¹⁰ N. BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 134 sq.

¹¹¹ C. LEFORT, *Essais sur le politique. XIX^e-XX^e siècles*, op. cit., p. 189.

¹¹² Outre les travaux de Camilla Vergara, discutés plus haut, voir J. FISCHKIN, W. E. FORBACH, *The Anti-Oligarchy Constitution. Reconstructing the Economic Foundations of American Democracy*, Harvard, Harvard University Press, 2022.

constitution matérielle étant mixte, irréductiblement lestée de rapports de domination, il invite à faire son deuil de tout horizon de résolution finale des conflits sociaux¹¹³.

C. La constitution matérielle comme condition substantielle du *Jus Politicum*

Le troisième chantier relève plus spécifiquement de la théorie et de la philosophie du droit, et concerne la constitution matérielle comme *mode de reconnaissance des institutions productrices de normes*. Carlos-Miguel Pimentel a très bien montré que le droit, contrairement à ce que soutiennent les juspositivistes, ne peut se définir comme un simple ensemble de commandements assortis de sanctions. En effet, la condition préalable à tout phénomène d'obéissance est que lesdits commandements soient *reconnus* comme des règles de droit par ceux qu'ils régissent. Il demeure une différence essentielle entre le fait *d'obéir* à une norme et le fait de la *reconnaître* comme telle : le fraudeur désobéit à une norme dont il reconnaît pourtant le caractère juridique, tandis qu'à l'inverse, un citoyen peut fort bien obéir aux normes édictées par un gouvernement dont il ne reconnaît pourtant pas la légitimité. En réalité, seul le rebelle manifeste son désaveu par la désobéissance¹¹⁴. Or, comme l'écrit C.-M. Pimentel, « négligeables à l'échelle de l'individu, ces phénomènes de désaveu revêtent la plus haute importance au niveau politique : car ce qui est en jeu est alors la reconnaissance de la majorité par la minorité, c'est-à-dire l'existence même d'une communauté politique¹¹⁵ » – qui menace effectivement de s'effondrer quand le désaveu devient massif.

D'illustres juspositivistes comme H. Kelsen et H. L. A. Hart ont eux-mêmes fait de la reconnaissance une pièce essentielle de leurs systèmes théoriques, sous la forme de la « norme fondamentale » chez le premier, et de la « règle de reconnaissance » chez le second. Mais leur erreur est de l'avoir conçue comme un acte psychologique *individuel* par lequel chaque sujet de droit reconnaît comme juridiquement valides les normes qu'il reçoit de l'État. Or répétons-le, ce qui est décisif, et qui fait proprement le droit, c'est la reconnaissance *collective*, politique, c'est la façon dont la norme « est admise ou récusée, comprise, discutée, décrite par les organes politiques et les sujets de l'État¹¹⁶ ». En d'autres termes, ce que les positivistes appellent *effectivité* n'est pas une simple question de fait, car à l'échelle

¹¹³ O. BASHKINA, « Constituent Power(s) in a Dualistic Democracy », *Symposium on Constituent power*, 41/2020.

¹¹⁴ La distinction entre obéissance et reconnaissance permet aussi d'affronter le « cap des tempêtes » (N. Bobbio) de toute théorie juspositiviste du droit : la différence entre un État et une mafia. Car une mafia peut imposer tout un ensemble de commandements assortis de sanctions, ceux-ci ne seront toutefois jamais *reconnus* comme des règles de droit par ceux qui s'y plieront. D'ailleurs, une mafia ne peut prospérer que comme *parasite* de l'État. Elle s'en distingue du fait même qu'elle en dépend. Je ne peux donc, sur ce point, suivre la thèse défendue avec brio par mon maître Lucien François (L. FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2004). Bien sûr, il existe toutes sortes de configurations sociopolitiques intermédiaires entre la mafia et l'État, dont le monde contemporain offre quantité d'exemples. Mais les processus de déliquescence de l'État s'accompagnent toujours de formes de désaveu collectif, ce qui prouve *a contrario* le caractère conditionnant, transcendantal de la reconnaissance.

¹¹⁵ C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum*, n° 1, 2008, p. 3.

¹¹⁶ *Ibid.*

collective, le droit n'accède à l'effectivité que s'il est doté d'une *légitimité* suffisante aux yeux de la communauté tout entière¹¹⁷.

C'est pourquoi, du reste, en suivant à nouveau C.-M. Pimentel, on distinguera deux niveaux de reconnaissance d'un ordre juridique : d'une part, une reconnaissance « *formelle* » par laquelle, par exemple, un juge *atteste* de la valeur juridique d'un contrat ou une Cour constitutionnelle de celle d'une loi ; d'autre part, une reconnaissance « *substantielle* », processus éminemment politique impliquant l'ensemble des citoyens-sujets¹¹⁸. Or, la constitution matérielle, telle qu'on l'entend ici, est précisément la base rendant effective cette reconnaissance substantielle – qui se décline elle-même comme reconnaissance « verticale » des organes de l'État par les gouvernés, et comme reconnaissance « horizontale » des différents groupes sociaux entre eux.

Une constitution matérielle est tendanciellement *démocratique* quand il y a reconnaissance de la validité du conflit politique, autrement dit quand les institutions trouvent leur légitimité dans leur capacité à mettre en forme l'antagonisme entre groupes sociaux sous la forme d'une compétition réglée entre majorité et minorité : « l'aménagement d'une scène politique sur laquelle se produit cette compétition, écrit C. Lefort, fait apparaître la division, d'une manière générale, comme constitutive de l'unité même de la société. Ou, en d'autres termes, la légitimation du conflit purement politique contient le principe d'une légitimité du conflit social sous toutes ses formes¹¹⁹. » Le normativisme kelsénien, cible privilégiée des théoriciens de la « constitution matérielle », retrouve peut-être ici une certaine pertinence, à condition de *politiser* radicalement la « norme fondamentale ». Dans ses écrits politiques, H. Kelsen a remarquablement saisi la démocratie parlementaire comme *co-construction*, par la majorité et la minorité, d'une volonté politique qui est donc toujours un compromis instable¹²⁰. Toutefois, son tort est de faire de cette co-construction contingente le simple « contenu » de l'ordre juridique formel, alors qu'elle en est la *condition de possibilité* même¹²¹. La « norme fondamentale » de tout ordre juridique, c'est sa constitution matérielle : ce qui valide juridiquement cet ordre normatif n'est pas une opération logique formelle, mais sa reconnaissance par les groupes sociaux antagonistes. C'est pourquoi il est impossible, au niveau constitutionnel matériel, de séparer le *fait* et le *droit*, ce qui est et ce qui doit être : « il dépend de la reconnaissance, écrit C.-

¹¹⁷ En réintroduisant la notion de légitimité, on ne cède rien au jusnaturalisme, qui considère qu'il est dans la nature même du droit de poursuivre certains objectifs moraux (ainsi, pour le jusnaturalisme moderne : préserver les droits naturels et imprescriptibles de l'homme). Or, il ne s'agit nullement ici de soutenir que le droit est intrinsèquement moral, mais qu'il repose sur un processus politique de reconnaissance sans lequel les règles édictées par quelque prétendant législateur ne sont que de simples énoncés à l'impératif, sans portée collective.

¹¹⁸ C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu en droit politique : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, p. 4-6.

¹¹⁹ C. LEFORT, *Essais sur le politique. XIX^e-XX^e siècles*, op. cit., p. 28.

¹²⁰ H. KELSEN, *La Démocratie. Sa nature, sa valeur*, op. cit.

¹²¹ Une thèse assez proche est défendue par E. LEFORT, *Positivism juridique, relativisme axiologique et démocratie : humanisme et unité dans la pensée de Hans Kelsen*, thèse de doctorat, dirigée par M. Maeschalck et L. Sosoe, Université de Luxembourg et Université Catholique de Louvain, 2015.

M. Pimentel, de faire exister les faits dans le monde du droit, de les faire advenir à l'existence collective¹²². »

CONCLUSION : LA CRISE DE LÉGITIMITÉ DE LA « CONSTITUTION MIXTE »

Nous pouvons ainsi, en guise de conclusion, pointer le phénomène juridico-politique majeur qui se pose aujourd'hui à nos sociétés : la profonde *crise de légitimité* de la constitution mixte. Les mouvements quasi insurrectionnels qui se multiplient dans de nombreux pays, notamment en France (successivement secouée par les Gilets jaunes en 2018, le mouvement d'opposition à la réforme des retraites en 2022, les émeutes de banlieues en 2023) sont à l'évidence autant de mouvements de *désaveu* collectif – désaveu de l'exécutif en place, mais aussi, plus profondément, de l'ensemble des institutions productrices de normes (Parlement, Justice, École, etc.). Il est indéniable que ces phénomènes de désaveu, qui peuvent également prendre la forme de l'abstention électorale ou de certaines formes d'illégalismes, menacent aujourd'hui profondément la constitution mixte.

Pour expliquer ce déficit de reconnaissance, il faut certainement remonter au « moment constituant » des années 1980, quand la constitution matérielle de l'État social de « 45 » a été supplantée par une constitution matérielle « ordonolibérale ». Une constitution mixte tendanciellement *démocratique* (au sens où elle permettait aux groupes subalternes – certes essentiellement occidentaux et masculins – de lutter pour leur émancipation) a subi les effets d'une véritable « contre-révolution » *oligarchique* dont l'instrument juridico-politique, on l'a dit, fut la « constitution économique » (entraînant la privatisation et la dérégulation structurelles de l'économie) : « En réalité, écrit G. Preterossi, avec cette utilisation polémique de la constitution économique néo- (ou ordo-) libérale contre la “vieille” constitution de l'État de masses, l'objectif poursuivi était de neutraliser la pression que ces masses elles-mêmes exerçaient sur l'État au nom des principes de redistribution et de solidarité¹²³. »

Certes, la constitution matérielle néolibérale put se maintenir durant plus de trois décennies car elle réussit à gagner une légitimité suffisante auprès d'une partie au moins de ces « masses », en concluant d'abord dans les décennies 1990-2000 un compromis avec la social-démocratie (théorisé sous la forme de la « Third Way »), et en imposant aussi son propre telos éthico-politique, combinaison de méritocratie ultra-individualiste et d'égalité des chances, de cosmopolitisme et de promesse d'abondance matérielle et technologique¹²⁴. Mais depuis les années 2010, la constitution néolibérale est elle-même entrée dans une profonde crise qui est en fait double, à la fois crise de la *dette* (qui révèle la contradiction *économique* mortifère du capitalisme, entre compression des salaires et besoin d'une demande solvable pour la consommation) et crise de *l'anthropocène* (qui révèle une seconde contradiction mortifère du capitalisme, *écologique* cette fois : la destruction de ses propres conditions environnementales de possibilité).

Face à cette crise, on peut craindre que le pouvoir propriétaire n'opte pour une fuite en avant autoritaire et sécuritaire, au risque de déstabiliser les équilibres sur

¹²² C.-M. PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu en droit politique : l'avènement de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être », art. cité, p. 12.

¹²³ G. PRETEROSSO, « Che cosa resta della costituzione materiale », art. cité, p. 103.

¹²⁴ E. DELRUELLE, « La contre-révolution néolibérale », *Philosophie de l'État social. Civilité et dissensus au XXI^e siècle*, op. cit., p. 97-138.

lesquels repose la constitution mixte. L'hostilité du Président Macron à l'égard des corps intermédiaires est de ce point de vue révélatrice¹²⁵ – une hostilité qu'il partage avec les mouvements populistes, qui revendiquent eux aussi un lien direct, désintermédié avec « le peuple ». Mais la possibilité même de conclure un « pacte social » équilibré entre groupes sociaux antagonistes ne disparaît-elle pas, dès lors que les corps intermédiaires ne sont plus en capacité de jouer leur rôle de relais des groupes subalternes ? Au lieu d'une « unité conflictuelle » des classes et des groupes, on assiste, « en haut » de la pyramide sociale, à « un raidissement de l'establishment néolibéral dans une logique du bunker, qui conduit le pouvoir à une forme d'irrationalisme élitiste¹²⁶ », et « en bas », à des mobilisations spontanées dénuées d'organisation et de hiérarchisation, qui contournent les syndicats sans parvenir à cristalliser leurs revendications dans quelque projet politique cohérent.

Le pouvoir étatique, de plus en plus exclusivement aligné sur les intérêts de la classe propriétaire, est désormais incapable de jouer la fonction de « tiers », de médiateur entre forces sociales antagoniques, qui est pourtant la base de sa légitimité au sein d'une constitution mixte. Comme l'a exposé Pierre Rosanvallon à l'occasion de la réforme des retraites, Macron et le gouvernement peuvent invoquer la « légalité procédurale » issue de l'élection, mais certainement pas la « légitimité sociale » qui « désigne non pas un statut ou une procédure, mais ce qui est perçu comme juste et conforme à l'intérêt général » par l'ensemble des citoyens¹²⁷.

Lorsque la reconnaissance substantielle fait radicalement défaut à la constitution mixte, il n'y a que deux issues : soit la paralysie du système, avec comme conséquence la neutralisation de toute conflictualité proprement politique, soit la contraction du pouvoir étatique autour du seul pôle « monarchique » (l'exécutif) – un phénomène que le terme « césarisme » exprime mieux, selon moi, que celui de « populisme ». En suivant Gramsci, on peut définir le césarisme comme l'irruption, face à un « équilibre catastrophique » entre les forces en lutte, d'un troisième terme qui décide autoritairement de la situation. Le leader césariste est donc celui qui occupe l'*interregnum* entre deux régimes constitutionnels¹²⁸. Cela ne signifie pas qu'il ait pour autant la capacité, ni même la volonté, de rétablir une constitution, démocratique ou oligarchique, car son pouvoir est miné par une contradiction insurmontable : il prétend incarner l'ordre, l'unité, l'identité de la

¹²⁵ Interrogé en 2016 sur les blocages qui empêchent la société française d'avancer, Macron répondit que ces blocages « viennent des corporatismes, des corps intermédiaires et du système politique ». « Nous sommes revenus avant la loi Le Chapelier », déplora-t-il dans la foulée (Entretien au magazine *Le 1*, n° 121, 13 sept. 2016).

¹²⁶ G. PRETEROSI, « Che cosa resta della costituzione materiale », art. cité, p. 95.

¹²⁷ P. ROSANVALLON, « Le débat sur la réforme des retraites est le signe d'un ébranlement de notre démocratie », *Le Monde*, 24 février 2023. Alain Supiot distingue quant à lui « démocratie politique » et « démocratie sociale », et compare la première au capitaine qui tient le gouvernail, et la seconde au vigile « qui évite au capitaine d'un navire de prendre les cartes marines pour les réalités de la mer » (A. SUPIOT, « Un gouvernement avisé doit se garder de mépriser la démocratie sociale », *Le Monde*, 16 mars 2023). Sur les enjeux constitutionnels (formels et matériels) de la réforme des retraites, voir *Jus Politicum*, n° 30, juillet 2023.

¹²⁸ A. GRAMSCI, *Cahiers de prison*, trad. H. Albani, C. Depuyper, G. Saro, Paris, Gallimard, 1978-1996 (C13, § 27), p. 415. Nous suivons le commentaire de Y. DOUET, *L'Histoire et la question de la modernité chez Antonio Gramsci*, Paris, Classiques Garnier, p. 278. Le césarisme est intimement lié chez Gramsci à ce qu'il appelle la « crise organique », dont la définition est célèbre : « l'ancien est en train de mourir alors que le nouveau n'arrive toujours pas à naître : dans cet *interregnum* se manifestent toute une série de symptômes morbides. » (A. GRAMSCI, *Cahiers de prison*, *op.cit.*, III, § 34, p. 283.)

« nation », mais se présente aussi comme le premier opposant au « système » (censément corrompu) de l'État de droit et du gouvernement représentatif qui est le garant de cet ordre. C'est pourquoi les Trump, Orban ou Bolsonaro, loin de mettre un terme à l'état de crise constitutionnelle, travaillent plutôt à le prolonger indéfiniment. Le césarisme se veut la solution à la crise, mais il en est l'agent d'entretien¹²⁹.

S'il est vrai que le césarisme surgit en situation d'*interregnum* entre deux régimes constitutionnels, la tâche présente du droit politique est de réfléchir à la manière d'abrèger cet *interregnum* en vue de mettre en place une nouvelle constitution matérielle – la plus démocratique possible. Il y a un scénario plus pessimiste : c'est que le césarisme devienne la forme constitutionnelle même par laquelle le pouvoir propriétaire décide de préserver coûte que coûte sa suprématie, en installant s'il le faut des modes de gouvernamentalité sécuritaires militarisés¹³⁰. La constitution mixte des Modernes y survivrait-elle ? La seule réponse que cet article suggère, c'est que l'instabilité matérielle qui la caractérise l'expose certes à son irréductible finitude historique, mais témoigne aussi de sa plasticité et donc de sa capacité de résistance et de régénération.

Édouard Delruelle

Professeur de philosophie politique à l'Université de Liège.
MAP – Matérialités de la Politique.

¹²⁹ On trouvera ainsi un angle d'attaque contre la doctrine de Carl Schmitt, qui fait du dictateur, on le sait, le « gardien de la constitution », au motif qu'il est celui qui « décide de l'exception ». Mais le dictateur est-il réellement celui qui permet à la communauté de sortir de l'état d'exception ? N'est-il pas plutôt condamné, pour conserver son pouvoir, à plonger indéfiniment la communauté dans cet état de « crise organique » ?

¹³⁰ B. E. HARCOURT, *The Counterrevolution. How our government went to war against its own citizens*, New York, Basic Books, 2018.

Mémoire

La « jurie constitutionnelle » de Sieyès, prototype du contrôle de constitutionnalité : un mythe et sa persistance

INTRODUCTION

Dans tout manuel de droit constitutionnel contemporain, la référence à la *jurie constitutionnelle* théorisée et proposée par Sieyès aux constituants de l'An III lors des séances des 2 et 18 thermidor, est constante. On peut ainsi lire, dans le manuel de Philippe Ardant et de Bertrand Mathieu, que « Sieyès proposa, lors de l'élaboration de la Constitution de l'an III, la création d'un organe politique, "la jurie constitutionnelle", à laquelle la Nation confierait la tâche d'annuler les actes contraires à la Constitution ». Celui de Bernard Stirn et de Yann Aguila présente ainsi la *jurie* : « En France, l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois par la Constitution de 1958 n'est pas totalement dépourvue de précédents. En 1795, Sieyès défend l'idée d'un jury constitutionnel ou d'un jury de constitution, précurseur des juridictions constitutionnelles en Europe. » Cette référence est devenue incontournable, si bien qu'il n'est sans doute plus d'étudiant en droit qui n'en ait entendu parler. On se plaît à la présenter comme la première tentative d'instaurer en France, pays couramment décrit comme fort réticent à l'idée de limiter les pouvoirs du législateur, représentant de la volonté générale, un contrôle de constitutionnalité des lois. Elle apparaît ainsi comme la première pierre sur laquelle repose le Panthéon du Conseil constitutionnel et fait partie intégrante de la mythologie qui entoure le contrôle des lois. Elle est devenue un véritable mythe. À tel point que certains manuels en font même l'ancêtre du contrôle de la loi, non seulement en France, mais aussi dans l'Europe entière, ce dont témoigne le manuel de Bernard Stirn et de Yann Aguila. Pour autant, cette référence demeure ambivalente. Si la *jurie constitutionnelle* est une ancêtre du contrôle de constitutionnalité tel qu'opéré aujourd'hui, un « prototype », du moins il n'est pas question d'admettre le moindre atavisme. Car la *jurie* est aussi le symbole, l'exemple topique, de l'« organe politique » chargé de ce contrôle, comme l'affirment Philippe Ardant et Bertrand Mathieu. Comment, dès lors, admettre une filiation entre la *jurie* et le Conseil constitutionnel ? L'une est synonyme d'arbitraire, de partialité, de considérations politiques plus que juridiques, tandis que l'autre est impartial et répond en droit à une question de droit. L'héritage est lourd à porter et le risque est grand de voir resurgir les accusations de parti-pris politique à l'encontre du Conseil constitutionnel du fait de cette filiation gênante. Car, comme tout mythe, la *jurie constitutionnelle* a également sa part d'ombre : s'il

ne s'agit que d'un projet théorique, rejeté par les constituants de l'An III, du moins sa réalisation pratique, dans les Sénats des Premiers et Seconds Empires, a condamné pendant plus d'un siècle toute possibilité de voir naître un jour en France un contrôle de constitutionnalité des lois, en raison de l'inefficacité de ces héritières directes. La *jurie* est dès lors présentée comme un prototype inabouti de contrôle, dont l'aboutissement serait celui exercé par le Conseil constitutionnel.

Le contrôle de constitutionnalité désigne, selon Charles-Édouard Sénac dans la thèse qu'il a soutenue en 2010 à l'Université Paris-Panthéon-Assas sur l'office du juge constitutionnel, « toute prise en considération de la Constitution par les juges, comme norme de référence, source d'interprétation, d'inspiration ou d'argumentation ». De manière plus restreinte, il désigne l'opération par laquelle le juge détermine la compatibilité d'une norme juridique inférieure au texte constitutionnel, considéré comme norme suprême. Cela suppose donc une distinction et une hiérarchisation entre les normes selon leur auteur. Il importe de souligner à cet égard que le présent travail se concentre essentiellement, mais pas uniquement, sur le contrôle des lois, et non de toute norme. En effet, la quasi-totalité des organes chargés d'un tel contrôle ont pour attribution principale le contrôle du législateur, y compris la *jurie constitutionnaire*. Quant au prototype, cela correspond au premier exemplaire d'une chose destinée à être reproduite et sur laquelle certaines mises au point restent à faire. Autrement dit, parler de la *jurie constitutionnaire* comme d'un prototype de contrôle de constitutionnalité, cela signifie, d'une part, que Sieyès considérait la Constitution comme une norme juridique à part entière et qu'il la plaçait au-dessus des autres normes, d'autre part, que la *jurie constitutionnaire* était destinée à des perfectionnements ultérieurs et qu'elle aurait servi de modèle de base à l'élaboration d'autres systèmes de contrôle de constitutionnalité. Aussi, considérer la *jurie* comme un prototype comporte déjà une dimension volontariste : elle ne trouverait pas son aboutissement en elle-même, mais dans d'autres systèmes de contrôle qui la parachèverait, selon une conception téléologique. On comprend naturellement tout ce qu'une telle conception peut avoir de problématique sur le plan historique. L'historien se garde bien de penser sa discipline à travers une fin, à rebours des fins de l'histoire théorisées par Georg Wilhelm Friedrich Hegel ou par Karl Marx. Les manuels de droit constitutionnel contemporains adoptent pourtant une telle perspective. Il suffit de lire *Comment on écrit l'histoire ?* de Paul Veyne, suivant lequel il faut se méfier des continuités trompeuses en histoire, pour s'en convaincre. La *jurie* n'est mentionnée dans ces ouvrages que comme une étape dans l'adoption en France du contrôle de la loi, dont la fin est accomplie par le Conseil constitutionnel. Selon ce raisonnement, le premier système de contrôle mentionné ne peut être qu'un prototype destiné à être perfectionné. Car c'est là également le second écueil d'une telle conception : *l'a priori*. Ces manuels décrivent *a priori* la *jurie constitutionnaire* comme un modèle imparfait, ce qui peut fort bien être un avis subjectif, mais quelle place peut-il avoir dans un manuel méthodique ? Il ne devrait pas y en avoir pour le jugement de valeur.

Ce travail se donne ainsi pour objectif de retracer la genèse de la *jurie constitutionnaire*, sa théorisation par l'abbé Sieyès, ainsi que sa postérité jusqu'à aujourd'hui. Même si cela fera l'objet de développements ultérieurs, il s'agit de souligner dès l'introduction que, contrairement à ce qu'on peut lire dans la majeure partie des manuels de droit constitutionnel, la *jurie constitutionnaire* n'est pas le premier système de contrôle de constitutionnalité des lois imaginé dans le monde. Sieyès avait lui-même des sources d'inspiration. Certains systèmes, qui ne semblent guère avoir influencé l'abbé, ont même reçu une application concrète, à l'instar de

la *graphè paranomôn* dans l'Athènes antique ou le Sénat de Catherine II de Russie, avec des fortunes diverses. En France, certains penseurs avaient déjà théorisé un tel mécanisme, que ce soit à l'extrême fin de l'Ancien Régime sous la plume des penseurs physiocrates, ou durant la Révolution française sur les bancs de la Constituante. On le comprend, contrairement à ce qu'on peut lire dans de nombreux manuels, il y a eu des précédents à la *jurie constitutionnelle*. Quant à Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836), il entre dans les ordres en 1774. Sous la protection de l'évêque de Lubersac, il devient vicaire général de Chartres et conseiller commissaire à la chambre supérieure du clergé. En 1788, il devient même chancelier de la cathédrale de Chartres. Il se rend alors célèbre grâce à la publication de l'*Essai sur les privilèges* en 1788, où il pourfend les privilèges de la noblesse, et du fameux *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* en 1789. Devenu représentant du tiers état lors des États généraux, il se distingue par son souhait précoce d'en faire une Assemblée nationale. Il devient même président de l'Assemblée en 1790. Il est réélu député en 1792, ainsi que membre du Comité de Constitution, dont il décide toutefois de démissionner. Le 16 novembre 1793, l'abbé abandonne sa charge de prêtre et ne se rend plus à la Convention durant la Terreur. Celle-ci terminée, il entre au Comité de salut public le 5 mars 1795. S'il est élu à la Commission des Onze chargée de rédiger une nouvelle Constitution, il doit la quitter en raison de l'incompatibilité qui pèse sur cette fonction en raison de son appartenance au Comité. S'il ne participe pas aux travaux de la Commission, ou alors de manière très informelle, il ne manque pas de concurrencer le projet de Constitution proposé par cette dernière dans deux discours, ceux qui intéressent particulièrement cette étude, des 2 et 18 thermidor An III. C'est à cette occasion qu'il propose la création d'une *jurie constitutionnelle* chargée de prononcer « sur les violations ou atteintes faites à la constitution, qui lui seraient dénoncées, contre les actes, soit du Conseil des Anciens, soit du Conseil des Cinq-Cents, soit des assemblées électorales, soit des assemblées primaires, soit du tribunal de cassation ; lorsque ces dénonciations lui seront portées, soit par le Conseil des Anciens, soit par le Conseil des Cinq-Cents soit par des citoyens en nom individuel ». Son projet est toutefois rejeté à l'unanimité. Déçu par son échec, il n'accepte que le poste d'ambassadeur à Berlin le 8 mai 1798 et parvient à conserver la neutralité de la Prusse. Sieyès est ensuite réélu député en 1799 et fait son entrée au Directoire. Désireux de voir tomber une Constitution qu'il n'a jamais aimée, il organise, de concert avec Napoléon Bonaparte, alors de retour de son expédition d'Égypte, le coup d'État du 18 brumaire. Il devient consul provisoire avec Bonaparte et Roger Ducos. Ses propositions constitutionnelles sont cependant rejetées, ou substantiellement modifiées par le premier. C'est le cas de la *jurie constitutionnelle*, que Sieyès avait repensée depuis 1795 et à qui il donnait dorénavant le nom de *Collège des conservateurs*. Bonaparte acceptera l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois, mais décidera de le confier au « Sénat conservateur ». Malgré son nouvel échec, Sieyès devient sénateur et reçoit un important domaine national avec 200 000 livres de rente. Devenu président du Sénat conservateur, il est fait comte d'Empire en 1808. Créé pair de France durant la Première Restauration, il se retire, exilé, en Belgique durant la Seconde et ne revient en France qu'en 1830, avant de mourir en 1836. Son projet de *jurie* ne tomba cependant pas dans l'oubli après sa mort. Il y sera fait constamment référence jusqu'à nos jours, avec toutefois une certaine éclipse dans les années 1930 et après la Seconde Guerre mondiale. Ce travail s'attachera à retracer la postérité de la *jurie constitutionnelle* jusqu'à aujourd'hui, afin de comprendre comment celle-ci a pu être considérée comme un prototype de contrôle de constitutionnalité des lois.

S'il s'agit évidemment d'analyser la postérité de la *jurie constitutionnelle* jusqu'à nos jours, une autre histoire parallèle sera décrite, celle de la distinction topique entre les « organes politiques » et les « organes juridictionnels » chargés du contrôle de constitutionnalité des lois. Comme on a pu le voir, il est courant en effet de décrire la *jurie constitutionnelle* comme l'archétype de l'« organe politique ». C'est bien en ce sens que la *jurie* apparaît comme un simple prototype d'organe chargé du contrôle, nécessairement imparfait. Or, outre le fait qu'une telle caractérisation est parfaitement anachronique et consiste à appliquer des concepts à des systèmes qui leur sont bien antérieurs, ce serait très certainement mal comprendre le souhait originel de Sieyès. En effet, il ne fait guère de doute que Sieyès pensait sa *jurie* comme un véritable tribunal, devant juger en droit et avoir une indépendance certaine face aux trois pouvoirs. *A contrario*, c'est précisément en raison du caractère juridictionnel de la solution apportée par Sieyès aux risques d'abus du législateur que les constituants de 1795 l'écartèrent : la garantie de la Constitution devait être sociopolitique. Par ailleurs, il convient de souligner que le mécanisme de contrôle envisagé par Sieyès n'est guère *sui generis*. Lui-même avait été fort influencé par les écrits des physiocrates, et on a pu rapprocher sa façon d'écrire de la leur. De nombreux autres modèles de contrôle avaient par ailleurs été exposés par les révolutionnaires en 1791 et en 1793, comportant des similitudes non négligeables avec la *jurie constitutionnelle*. Et alors que la guerre d'indépendance américaine, tout comme les textes constitutionnels qui en sont issus, sont fort présents à l'esprit des révolutionnaires, il ne faut pas non plus sous-estimer l'influence que certains de ces systèmes ont pu exercer sur Sieyès. Il importera également de se concentrer sur la postérité immédiate de la *jurie*, à travers les Sénats impériaux. Il est en effet fréquent de présenter ces derniers comme des applications concrètes du système théorique élaboré par Sieyès. Ce faisant, on oublie que ce n'est pas tant la *jurie* qui a servi de source d'inspiration que le *Collège des conservateurs*, issu des réflexions postérieures de Sieyès au sujet du contrôle de constitutionnalité. Par ailleurs, les Sénats impériaux se distinguent par des différences fort substantielles avec les systèmes imaginés par Sieyès. Aussi, il importe de souligner que la *jurie* a été inspirée par d'autres modèles et qu'elle n'est donc pas ce premier système de contrôle de constitutionnalité que nombre de manuels se plaisent à présenter aujourd'hui. D'autre part, contrairement à la description qui en est faite de nos jours, la *jurie* n'a jamais été pensée comme un « organe politique » de contrôle. Enfin, il est fréquent d'identifier la *jurie constitutionnelle* aux Sénats des Premier et Second Empires, opinion qui mérite d'être fortement nuancée. N'ayant en réalité jamais eu d'application concrète, car complètement tronquée par celle qui en fut faite par les Sénats impériaux, il paraît dès lors audacieux de considérer la *jurie* comme un « prototype de contrôle ». On ne peut en effet pas mesurer les imperfections du système imaginé par Sieyès pour la simple raison que celui-ci n'eut jamais d'application concrète fidèle.

Car, pour comprendre la manière dont est décrite la *jurie constitutionnelle* aujourd'hui, il importe de s'intéresser à l'histoire de la distinction conceptuelle topique entre « organes politiques » et « organes juridictionnels » chargés du contrôle de constitutionnalité, distinction qui se retrouve dans l'ensemble des manuels de droit constitutionnel. Une partie de plus en plus conséquente de la doctrine sous la Troisième République se montre favorable à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Or, l'expérience des Sénats impériaux a discrédité pour longtemps un tel contrôle. La thèse peut paraître audacieuse, mais il n'en demeure pas moins que c'est le précédent de la *jurie* couplée avec le souhait de voir introduit un contrôle des lois qui a conduit la doctrine à créer une nouvelle distinction conceptuelle, dans les années 1920, entre « organes politiques » et

« organes juridictionnels ». Il s'agit en effet pour cette doctrine, dont Léon Duguit et Maurice Hauriou sont les principaux représentants, de montrer qu'il existe en réalité deux types de contrôle fort différents et que le contrôle opéré par le juge ordinaire ne saurait être comparé à celui effectué par la *jurie*. De la binarité naît le manichéisme : il y a un « bon » contrôle, celui du juge ordinaire, et un « mauvais » contrôle, celui de la *jurie*. Cette distinction naît cependant en plusieurs étapes : la *jurie constitutionnaire* est identifiée dans un premier temps aux Sénats impériaux, qui pourraient être effectivement, au prix cependant d'un terrible anachronisme et s'il faut vraiment employer la distinction susmentionnée, décrits comme des « organes politiques ». La *jurie* est alors présentée comme un « tribunal politique », ce qui n'est pas un faux-sens, avant de devenir un « corps » ou un « organe politique » de contrôle. Cette caractérisation qui se retrouve dans des traités juridiques louant par la suite le contrôle effectué par le juge ordinaire, inspiré par le système américain, est donc tout à fait idéologique. Il faudra cependant attendre les années 1920 pour que les termes de la distinction soient précisément définis par Joseph Barthélemy, paradoxalement adversaire de tout contrôle de constitutionnalité des lois. À ce titre, il importe de souligner qu'une telle distinction devait avoir une belle postérité, en France naturellement, mais aussi à l'étranger où elle est employée de nos jours, alors même que la littérature contemporaine d'autres pays ne la mentionne guère. Plus que jamais la *jurie constitutionnaire* est considérée comme un prototype de contrôle de constitutionnalité, voire comme un contre-modèle. Certes, la *jurie* est présentée couramment par cette même doctrine comme le premier système de contrôle imaginé, à tort, mais il ne s'agit d'en retenir que l'idée générale, celle du contrôle et de ne s'inspirer d'aucun autre élément. C'est à partir de cette période que la *jurie* est considérée comme un prototype, c'est-à-dire comme un modèle empli de défauts et perfectible.

La doctrine contemporaine est en effet largement tributaire de cette conception. Mais elle se montre plus ambivalente à l'égard de la *jurie constitutionnaire*. Le paradoxe veut dès lors qu'on en fasse souvent l'ancêtre presque vénéré du contrôle de constitutionnalité et parallèlement, le symbole même de l'organe politique chargé du contrôle. La *jurie* est donc l'objet d'une double symbolique à travers deux approches irréconciliables. En effet, d'une part, nombre de manuels suggèrent une filiation entre la *jurie* et le Conseil constitutionnel, la première étant dès lors source de légitimation historique pour le second. Après tout, ces deux organes n'ont-ils pas de nombreux points communs ? Ils sont tous deux des organes spéciaux, pouvaient être saisis – seulement depuis 2009 pour le Conseil constitutionnel – par tout particulier. Or, dans les discussions des constituants de 1958, la *jurie constitutionnaire* de Sieyès n'est pas mentionnée une seule fois. Certes, il n'est pas douteux que certains constituants en connaissaient le mécanisme, que ce soient Marcel Waline ou Roger Latournerie. Mais ceux-ci se sont volontairement affranchis de toute inspiration historique, ou étrangère d'ailleurs, si bien que le Conseil constitutionnel apparaît essentiellement comme une institution *sui generis*. Pourtant, nombre de manuels se plaisent à faire de la *jurie* un modèle ayant inspiré le contrôle effectué par le Conseil constitutionnel, voire même l'ensemble du système européen de contrôle. Il s'agit en réalité de fonder une véritable mythologie du Conseil, propre à légitimer un organe placé constamment sous le feu de la critique. De la même manière, il s'agit d'exclure, à raison, de toute influence venue de l'étranger, mais selon des intentions peut-être moins neutres : la *jurie* est alors considérée comme faisant partie du patrimoine français et révolutionnaire, avec une influence qui a largement débordé les frontières nationales. Pourtant, il n'est pas question de comparer le Conseil constitutionnel avec la *jurie constitutionnaire*. Celle-ci continue en effet d'être décrite comme le

symbole même de l'« organe politique » de contrôle. Or, selon un discours fort volontariste répandu dans la doctrine encore de nos jours, caractériser ainsi le Conseil est parfaitement inenvisageable. La filiation entre les deux institutions ne peut donc être qu'indirecte. Pourtant, sous l'effet de ce même volontarisme, la définition des termes de la distinction entre « organes politiques » et « organes juridictionnels » a évolué, de manière à éviter que le Conseil ne soit perçu comme un « organe politique ». Or, suivant cette nouvelle définition, la *jurie* semble bien devoir être également considérée comme un « organe juridictionnel » de contrôle. La description de la *jurie* comme un prototype de contrôle de constitutionnalité des lois, aussi fautive soit-elle, a encore gardé toute sa vigueur. On peut dès lors se demander en quoi le double mouvement consistant à faire de la *jurie constitutionnelle* imaginée par Sieyès une ancêtre du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel, en même temps qu'un « organe politique » de contrôle fort différent du Conseil a conduit à considérer la *jurie constitutionnelle* comme un prototype de contrôle de constitutionnalité des lois.

Si la *jurie constitutionnelle* a été conçue par Sieyès comme une véritable juridiction qui devait remplacer le contrôle politique plébiscité par de nombreux constituants en 1795, elle a cependant été identifiée aux Sénats des Premier et Second Empires (Titre I). En raison de cette identification et d'un certain volontarisme de la part d'une partie de la doctrine des Troisième et Quatrième Républiques, elle est à l'origine de la distinction entre les « organes politiques » et les « organes juridictionnels » chargés du contrôle de constitutionnalité des lois (Titre II). Ce jugement sur la *jurie* s'est perpétué jusqu'à nos jours, mais de la quête d'une légitimité historique pour le Conseil constitutionnel, il en a résulté une forte ambivalence quant au regard porté sur celle-ci, considérée comme un prototype de contrôle de constitutionnalité des lois (Titre III).

I. L'INVENTION D'UN GARDIEN DE LA CONSTITUTION : LA JURIE CONSTITUTIONNAIRE

Loin d'avoir imaginé un simple prototype de contrôle de constitutionnalité des lois, Sieyès propose, lors des discours qu'il tient les 2 et 18 thermidor An III, un système fort complet à travers la *jurie constitutionnelle*. Il s'agit là d'une véritable juridiction, qui doit être indépendante et supérieure aux autres pouvoirs et qui doit répondre en droit à des questions de droit. À rebours de la conception partagée par la majeure partie des constituants de 1795, suivant laquelle la meilleure garantie de la Constitution est sociale et politique et doit être assurée par un juste équilibre entre l'ensemble des pouvoirs, Sieyès souhaite limiter les pouvoirs du législateur. Toutefois, le système qu'il imagine n'est pas *sui generis*. Outre des précédents, il semble probable que Sieyès s'inspire d'un certain nombre de modèles instaurés ou proposés peu de temps auparavant (A.). La *jurie constitutionnelle*, seule rescapée dans un premier temps du projet de Constitution de Sieyès, est ainsi soumise à la Commission des Onze sous la forme d'un véritable tribunal. C'est pour cette raison qu'elle est finalement rejetée à l'unanimité : le contrôle doit être sociopolitique, et non de nature juridique (B.). La *jurie* connaîtra cependant une application qui, pour être concrète, n'en est pas moins totalement tronquée par rapport au projet original. Les Sénats des deux Empires devaient en effet condamner pour longtemps toute tentative d'instaurer en France un contrôle de constitutionnalité des lois, du fait de leur inertie (C.).

A. Une problématique contemporaine à Sieyès

1. La prise en compte du problème avant la Révolution

a) Les précédents étrangers

Si un grand nombre de traités et de manuels de droit constitutionnel se contentent de citer l'exemple de la *jurie constitutionnaire* imaginée par Sieyès comme un ancêtre putatif ou tutélaire du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel, il est rare de voir cités d'autres exemples, antérieurs au système imaginé par l'abbé. Si ce choix, révélateur d'un certain parti-pris de la part des auteurs de ces ouvrages, fera l'objet de développements dans le dernier titre, il importe de présenter succinctement d'autres modes de contrôle imaginés antérieurement, cela pour deux raisons. Tout d'abord, cela permet de démontrer la grande variété des systèmes auxquels a été préférée la référence à la *jurie constitutionnaire*. Ensuite, il s'agit de comprendre que la question du contrôle de constitutionnalité, avant la Révolution, est déjà au cœur de l'agitation intellectuelle du XVIII^e siècle¹. C'est dans le cadre de ces réflexions que s'inscrit la conception de la *jurie constitutionnaire*. Naturellement, il serait trop long d'exposer dans ce paragraphe et le suivant toute l'histoire du contrôle de constitutionnalité antérieure à la Révolution et cela ne serait sans doute pas bien utile à cette étude. Il importe donc de se concentrer tout d'abord sur l'*éphorat* imaginé par Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), ainsi que sur le Conseil des censeurs de Pennsylvanie. On mentionnera cependant le système de la *graphè paranomôn* de l'Athènes antique², ou le Sénat de Catherine II de Russie, inspiré par les thèses des physiocrates³.

Fichte théorise l'instauration d'un *éphorat* dans ses *Origines du droit naturel d'après les principes de la théorie scientifique* (*Grundlage des Naturrechts nach Principen der Wissenschaftslehre*⁴), peu après la présentation par Sieyès du fonctionnement de sa *jurie*. Pour en arriver à la conclusion d'un nécessaire contrôle du pouvoir, Fichte ne manque pas d'admettre que le respect des droits et libertés individuelles ne peut être assuré que par une force coercitive. Celle-ci doit cependant à son tour pouvoir être contrôlée. La question est alors de savoir par qui. La communauté n'existe en effet que par le biais de la représentation. Aussi, pour que les représentants n'abusent pas de leurs pouvoirs, il faut qu'un organe de contrôle soit institué par la communauté elle-même. Cet organe n'est autre que l'*éphorat*, qui a une double compétence : celle de suspendre le corps exécutif et celle de reconvoquer la communauté. Il n'est cependant pas tenu de juger l'action

¹ Y.-A. DURELLE-MARC, « Qui gardera les gardiens ? Sur la *jurie constitutionnaire* de Sieyès », in W. MASTOR, J. BENETTI *et al.*, *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, 2017, p. 254.

² Pour de plus amples informations sur le système de la *graphè paranomôn*, voir : P. CLOCHE, « Remarques sur l'emploi de la *graphè paranomôn* », *Revue des études anciennes*, 1936, t. 38, n° 4, p. 401-412.

³ Pour de plus amples informations sur le contrôle de constitutionnalité du Sénat sous Catherine II de Russie, voir : A. SLIMANI, *La modernité du concept de nation au XVIII^e siècle (1715-1789)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 268-269 et É. GOJOSSE, « L'établissement d'un contrôle de constitutionnalité selon Catherine II de Russie et ses répercussions en France (1766-1774) », *Revue française de droit constitutionnel*, 1998, n° 33, p. 87-99.

⁴ J. G. FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Principen der Wissenschaftslehre*, Léna et Leipzig, Christian Ernst Gabler, 1796, p. 193-226.

politique du premier⁵. Ce mécanisme, on le comprend, est assimilable à un contrôle populaire. C'est cependant l'autocritique que Fichte fait à ce mécanisme qui intéresse ce travail. En effet, dans un ouvrage postérieur, *Le système de la théorie du droit* (*Das System der Rechtslehre*), publié en 1812, il abandonne la figure de l'*éphorat*. Il se rend en effet compte que, si la trahison de la volonté générale peut être réalisée par le pouvoir exécutif, alors cette trahison est tout aussi envisageable par les *éphores*⁶. On reconnaît là une critique qui sera formulée contre la *jurie constitutionnaire* de Sieyès par Antoine Claire Thibaudeau (1765-1854). Fichte en vient donc à imaginer un remède à ce mal, fondé sur le droit de résistance : la communauté en son entier peut se réunir en vue de juger l'exécutif, ainsi que les éphores, ou bien certaines privées, qualifiées d'« *éphores naturels* », peuvent appeler la communauté à le faire⁷. Mais la question ainsi formulée, celle du contrôle des juges, devait demeurer l'un des principaux arguments contre l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Il importe également de souligner la parenté intellectuelle entre Sieyès et Fichte. Tous deux s'adonnent en effet à un usage de synthèses quintuples qui permettent d'exposer quatre termes différents avant qu'un cinquième ne permette de les unifier tous ensemble. Par ailleurs, tous deux pensent la formation du *moi* à partir du modèle de la statue imaginé par Étienne Bonnot de Condillac (1714-1780), modèle qui imagine l'éveil progressif d'une statue de marbre à la vie et au monde⁸.

Avant que Fichte ne conçoive le système de l'*éphorat*, qui devait avoir une postérité dans le Conseil des éphores de la République de Naples, un autre modèle, celui du Conseil des censeurs de Pennsylvanie, avait vu le jour. Celui-ci revêt une importance particulière puisque, selon Michel Troper, les idées dont il fut porteur « seront deux ans plus tard au fondement du jury constitutionnaire de Sieyès⁹ ». Adoptée en 1776, la Constitution de Pennsylvanie instaurait une chambre unique et refusait au pouvoir exécutif le droit de veto, si bien qu'il importait de limiter les prérogatives du pouvoir législatif¹⁰. Composé d'élus issus du peuple, à raison de deux par ville et par comté, le Conseil des censeurs mis en place pour ce faire devait se réunir tous les sept ans. Son rôle est de vérifier que les organes exécutif et législatif accomplissent correctement leur mission. Pour mener à bien sa mission, il dispose de pouvoirs substantiels : il peut faire des remontrances, engager des poursuites judiciaires, renvoyer des agents fautifs. Il peut également provoquer une réunion en vue d'amender la Constitution. Surtout, il peut recommander l'abrogation des textes législatifs ou réglementaires qui lui paraissent contraires à la Constitution. L'existence du Conseil des censeurs fut cependant éphémère : il se réunit pour la seule et unique fois en 1783, tandis que l'adoption d'une nouvelle Constitution en 1790 le fait définitivement disparaître. Plusieurs raisons peuvent

⁵ M. BARBINI, *Au-delà du dilemme de Calhoun : prémisses pour le dépassement conceptuel de la souveraineté dans le contexte de l'unification politique européenne*, Thèse de Philosophie, dirigée par L. Vincenti, Université Paul-Valéry-Montpellier III, 2019, p. 163.

⁶ *Ibid.*, p. 164.

⁷ J.-C. MERLE, « L'institutionnalisation du droit de résistance chez Fichte », in J.-C. ZANCARINI (dir.), *Le droit de résistance. XIX^e-XX^e siècle*, Paris, ENS Éditions, 2021, p. 194.

⁸ Sans qu'il soit utile de s'attarder davantage sur ce sujet, qui nous écarte de l'objet de cette étude, on renvoie le lecteur à : J. GUILHAUMOU, *Sieyès et l'ordre de la langue. L'invention de la politique moderne*, Paris, Éditions Kimé, 2022, p. 168-169.

⁹ M. TROPER, « La question du bicamérisme en l'An III », in P. SERNA (dir.), *Républiques sœurs. Le Directoire et la Révolution atlantique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2009, p. 27.

¹⁰ *Ibid.*, p. 28.

être avancées, notamment l'opposition au cours des séances entre radicaux et modérés, alors que son efficacité présupposait une certaine unité, de manière à exister pleinement comme institution¹¹. Ce débat exercera une influence directe sur les débats révolutionnaires, certaines propositions de contrôle de constitutionnalité prévoyant notamment l'institution d'un « Tribunal des censeurs », notamment celle de Guy-Armand Simon de Kersaint (1742- 1793). La proximité du projet originaire des constituants de l'An III avec la Constitution de Pennsylvanie, à travers l'absence de balance au sein du pouvoir législatif et l'absence de garanties internes, conduit ainsi à envisager, dans la lignée de ce Conseil, un organe externe chargé de contrebalancer le pouvoir législatif. Il reviendra au prochain chapitre de présenter les similitudes et les divergences avec les systèmes sus-exposés.

b) Le système physiocratique

Sans qu'il soit besoin de revenir sur l'ensemble des thèses physiocratiques, qui ont déjà fait l'objet de travaux fort documentés¹², il importe de souligner d'entrée de jeu l'influence des théoriciens de cette école de pensée sur Sieyès. Celui-ci en a été un lecteur assidu, et même fort critique¹³. Pour autant, nombre des disciples de Quesnay, particulièrement Pierre-Paul Lemercier de La Rivière (1719-1792) et Pierre Samuel du Pont de Nemours (1739-1817), ont été à l'origine de la théorie la plus approfondie pensée au XVIII^e siècle en France du contrôle juridictionnel de la loi¹⁴. La doctrine des physiocrates s'articule autour d'un postulat commun : l'existence d'un ordre naturel consistant dans un ensemble de lois physiques et morales établies par la Providence. Ce droit naturel prescrit des lois dites « fondamentales », qui échappent à tout législateur¹⁵. Il revient dès lors à la puissance publique de les transcrire dans l'ordre constitutionnel, c'est-à-dire dans le droit positif. Il en découle une conséquence singulière : le législateur ne produit aucune norme, il ne fait que les transcrire. En ce sens, le pouvoir législatif n'appartient concrètement à personne¹⁶. Considérant donc la norme positive comme secondaire, il leur importait de s'assurer de sa conformité avec la loi naturelle. Pour employer un anachronisme maîtrisé, cette école se prononça donc en faveur d'un contrôle *a priori* et par voie d'action de la loi positive par le juge. Deux physiocrates se sont particulièrement attachés à théoriser ce système et il revient à ce paragraphe de les analyser plus amplement.

Le premier système de contrôle de constitutionnalité des lois a été imaginé par Lemercier de La Rivière. Celui-ci, au fur et à mesure de ses publications, fait largement évoluer son modèle de contrôle, de manière à sa désolidariser substantiellement des thèses partagées par ses condisciples. À la veille de la Révolution, en 1788, il publie *Les vœux d'un Français* dans lesquels il opère une

¹¹ P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Éditions du Seuil, 2014, p. 73.

¹² Voir par exemple : T. CARVALHO, *La physiocratie dans l'Europe des Lumières. Circulation et réception d'un modèle de réforme de l'ordre juridique et social*, Paris, Mare & Martin, 2020.

¹³ J. GUILHAUMOU, *Sieyès et l'ordre de la langue. L'invention de la politique moderne*, op. cit., p. 37-43 ; C. LARRERE, « Sieyès, lecteur des physiocrates : droit naturel ou économie ? », in J. SALEM ; V. DENIS *et al.* (dir.), *Sieyès et sa pensée*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008, p. 149-161.

¹⁴ M. LAHMER, « La doctrine physiocratique du contrôle juridictionnel de la loi positive », in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité. XVIII^e-XX^e siècle*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003, p. 32.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 34-35.

hiérarchie normative qui distingue « les lois de constitution connues [...] sous le nom de lois fondamentales » et « les lois de l'administration¹⁷ ». Les « lois de constitution » sont des lois naturelles composées d'un triptyque : la propriété, la liberté et la sûreté. Il faut y ajouter les dispositions qui caractérisent la monarchie française et où on trouve notamment, outre les traditionnelles inaliénabilités du domaine et règles de succession de la couronne, l'indivisibilité de la souveraineté, le contrôle de l'activité normative du roi et la réunion régulière de la nation en assemblées¹⁸. Les « lois de l'administration » désignent les lois faites par le monarque, seul détenteur du pouvoir législatif. On le comprend, dans cet ouvrage, Lemerrier de La Rivière aboutit à l'idée d'un contrôle de conformité des secondes aux premières. Pour assurer celle-ci, il imagine que des « magistrats supérieurs » soient chargés du « dépôt » des lois fondamentales¹⁹. Malgré le flou volontairement conservé par le penseur, on reconnaît à travers ces lignes le Parlement. Pour autant, celui-ci ne représentant pas la nation et ne participant ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif, demeure une instance uniquement juridictionnelle. Le contrôle ainsi imaginé doit être préalable et systématique, comme l'écrit Lemerrier de La Rivière : « Il faut [...] qu'aucune loi nouvelle ne puisse être publiée qu'après avoir été vérifiée [...] et enregistrée²⁰ ». Pour autant, dans un ouvrage postérieur, *Essais sur les maximes et lois fondamentales de la monarchie française, ou Canevas d'un code constitutionnel*, publié en 1789 et alors que le roi n'est plus le titulaire du pouvoir législatif, il ajoute une troisième catégorie de lois, « les lois du royaume », qui sont adoptées par les États généraux. Les « lois de l'administration », qui s'apparentent aux règlements, ne peuvent pas méconnaître « les lois nationales ». Mais celles-ci ne sont plus susceptibles de contrôle de constitutionnalité. On le comprend, Lemerrier de La Rivière a déjà intégré le principe du légicentrisme²¹.

Du Pont de Nemours, quant à lui, imagine également un mécanisme devant permettre le respect des normes fondamentales par les normes positives. Il élabore également en ce sens une hiérarchie normative coiffée des principaux droits naturels qu'énumérait Lemerrier de La Rivière : la liberté, la sûreté et le droit de propriété. Une procédure de contrôle est dès lors imaginée, qui laisse une place prépondérante aux citoyens et aux représentants de la nation. En ce sens, Dupont de Nemours souhaite que les citoyens puissent entreprendre entre eux une discussion libre²². Chaque citoyen doit être ainsi en mesure de se forger sa propre opinion, notamment grâce aux journaux dont la liberté de rédaction doit être assurée par la Constitution. Ce mécanisme doit être enclenché pour toutes les lois votées. Si ce dernier s'apparente à un contrôle *a priori*, le penseur ne manque pas également de prendre en considération les lois révélées injustes par leur application. Dans ce cas, il ne faut pas que « l'obéissance [...] soit [...] au-delà de ce qui est indispensable pour le bon ordre²³ ». Il revient alors aux représentants de la nation, à l'origine de la loi injuste, de la révoquer ou de la réformer. Pour assurer

¹⁷ Cité dans : É. GOJOSSE, « Lemerrier de La Rivière et l'établissement d'une hiérarchie normative », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2004, n° 20, p. 285-305, ici p. 298-299.

¹⁸ *Ibid.*, p. 299.

¹⁹ *Ibid.*, p. 303.

²⁰ Cité dans : *Ibid.*, p. 304.

²¹ *Ibid.*, p. 301-302.

²² A. MERGEY, « Le contrôle de l'activité législative de la nation en 1789 : l'opinion de Dupont de Nemours », *Journal of interdisciplinary history of ideas*, 2014, n° 3, p. 1-33, ici p. 24.

²³ Cité dans : *Ibid.*, p. 26.

le bon fonctionnement de ce système, Dupont de Nemours souhaite qu'une partie du corps législatif soit renouvelée tous les ans, de manière à ce que ceux qui ont conduit à l'adoption d'une loi mauvaise soient écartés du corps. Il prône même le recours au mandat impératif²⁴. Le mécanisme ici présenté se différencie donc fortement du précédent : il préfigure le contrôle de constitutionnalité par un organe populaire, qui sera plébiscité par certains durant la Seconde Guerre mondiale et à son issue. D'un autre côté, il n'en demeure pas moins que c'est au corps législatif à qui revient, *in fine*, le contrôle de constitutionnalité. Les physiocrates furent cependant mal compris des révolutionnaires, à une exception notable : Sieyès. D'aucuns pensent même que l'abbé, qui parlait et pensait comme les premiers, a été touché par une véritable réminiscence physiocratique d'un législateur abandonné à sa discrétionnalité. C'est en ce sens que la *jurie constitutionnaire* devrait beaucoup aux écrits de ces penseurs, notamment lorsqu'on pense, comme on le verra plus tard, que celui-ci dotait cette dernière d'une fonction de « jury d'équité naturelle ». Cette dernière fonction devait amener le juge à s'estimer dans l'impossibilité de rendre une décision si la loi était défailante ou si elle heurtait sa conscience. Or, les physiocrates se démarquaient par leur souhait de voir le juge remonter à la raison primitive de la norme juridique, en accord nécessaire avec la loi naturelle²⁵. La postérité des physiocrates ne peut donc être sous-estimée.

2. Les craintes des excès du législateur par la Constituante

a) La nécessité de circonscrire les compétences du législateur

La problématique, à laquelle tente de répondre la *jurie constitutionnaire*, n'a pas été vue par Sieyès seul. En réalité, elle est déjà fort présente dans les débats de l'Assemblée nationale constituante formée le 17 juin 1789. L'historiographie a pu souligner les craintes formulées par les constituants de 1791 à l'égard de la puissance du pouvoir exécutif et de sa capacité à violer les droits tout juste consacrés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Sous la plume de certains, l'idée de protéger ces mêmes droits des excès du législateur est une nouveauté des débats de l'An III²⁶. Pour autant, la lecture des débats de la Constituante montre déjà une défiance face aux potentielles lois tyranniques de celui-ci. Deux craintes s'expriment donc déjà en filigrane : celle que les droits et libertés proclamés par la Déclaration ne soient pas suffisamment garantis, celle que la Constitution elle-même ne le soit pas. Elles ne furent cependant pas négligées par les constituants de 1791, qui tentèrent d'y apporter une réponse, quoique toute théorique. C'est en raison de ces mêmes appréhensions que Sieyès devait proposer quatre ans plus tard son système. La première préoccupation de certains constituants concerne la protection des droits et libertés contenus dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. On rappellera au passage que cette dernière étant conçue comme faisant pleinement partie de la Constitution de 1791. Par ailleurs, nombre de constituants, largement influencés par les thèses physiocratiques susmentionnées, ramenaient tous les droits ainsi consacrés à trois plus généraux : la liberté, l'égalité, ce qui n'est guère inattendu, ainsi que la

²⁴ *Ibid.*, p. 27.

²⁵ M. LAHMER, « La doctrine physiocratique du contrôle juridictionnel de la loi positive », in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité. XVIII^e-XX^e siècle, op. cit.*, p. 51-52.

²⁶ P. ROLLAND, « La garantie des droits », in J. BART, J.-J. CLERE *et al.*, *La Constitution de l'An III ou l'ordre républicain*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 1998, p. 30-31.

propriété. Cela apparaît fort bien dans la « charte contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux » présentée par Charles-François Bouche (1737-1795) le 12 août 1789. Celui-ci affirme en ce sens :

On peut conclure de tout ce qui vient d'être dit que les droits que les hommes apportent dans la société, se rapportent à ces trois : *liberté, égalité, propriété* ; d'où il suit que le but des lois conservatrices doit être de leur en garantir la *sûreté*. La mauvaise Constitution est celle qui viole ces droits ; la bonne Constitution est celle qui les assure ; l'excellente Constitution est celle qui leur donne le plus grand développement possible²⁷.

Deux ans plus tard, durant les débats de la journée du 11 août 1791 portant précisément sur la question de la protection de la propriété, Bon Albert Briois de Beaumetz (1755-?) exprime ainsi son appréhension d'une « tyrannie de la majorité », pour reprendre l'expression consacrée plus tard par Tocqueville. Il s'exclame à cette occasion :

Il est impossible d'imaginer qu'une nation composée de vingt-cinq millions de citoyens, parmi lesquels malheureusement un petit nombre est propriétaire, tandis qu'un très grand nombre ne l'est pas, n'établisse pas dans sa Constitution des moyens politiques pour conserver cette même Constitution qui réside sur la propriété. En effet, si c'est partout l'influence du nombre qui doit, dans la Constitution, dans l'ordre des pouvoirs constitués, régler l'administration, la législation et la conservation même de la Constitution, je dis qu'il est impossible qu'à la longue, le grand nombre n'agisse pas pour son intérêt et qu'il n'attaque pas directement et radicalement ce qu'enfin on est convenu d'appeler, dans cette tribune, l'aristocratie de la propriété²⁸.

Si l'auteur de cette déclaration n'en tire pas les conséquences du point de vue du contrôle de constitutionnalité, du moins met-il en évidence l'absurdité qui consisterait à proclamer des droits contraires aux intérêts du plus grand nombre qui pourrait aussitôt les piétiner en l'absence de toute garantie effective. Outre la garantie des droits, certains constituants s'interrogent de manière plus générale sur la protection apportée à la Constitution, elle-même garante des droits et libertés individuels, au cas où celle-ci serait mise en péril. Ce danger peut, naturellement, venir de l'exécutif. Mais les débats des années 1789-1791 témoignent de la conscience de quelques représentants du fait qu'il puisse également venir du législateur. Ces craintes s'expriment particulièrement au cours des débats relatifs au monocamérisme. L'un des arguments avancés par les opposants à ce dernier est justement fondé sur les excès potentiels de cette unique chambre. C'est pourquoi certains constituants se disent favorables à l'instauration d'un veto royal, censé garantir la Constitution face aux excès du législateur et rendre possible un certain équilibre entre le pouvoir royal et représentatif. Dans une allocution sur le meilleur gouvernement pour la France faite le 12 août 1789 devant la Constituante, Jean-Joseph Mounier (1758-1806) s'oppose à un tel système : pour lui, le veto royal est une garantie bien insuffisante. Il ne manque pas de reconnaître cependant, après avoir rappelé l'échec du monocamérisme pennsylvanien, que « non seulement, une seule assemblée pourrait rendre la Constitution incertaine ; mais elle bouleverserait

²⁷ *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs & politiques des chambresfrançaises*, Paris, Paul Dupont, 1875, t. VIII, p. 404.

²⁸ *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs & politiques des chambresfrançaises*, Paris, Paul Dupont, 1888, t. XXIX, p. 362.

fréquemment toutes les lois²⁹ ». Gérard de Lally-Tollendal (1751-1830) exprime peu de temps après, le 31 août, une opinion similaire. Il affirme ainsi :

Une chambre unique ne sera jamais liée par ses délibérations ; elle aura beau prétendre s'enchaîner, comme elle seule aura forgé sa chaîne, comme elle seule la tiendra dans ses mains, elle la rompra toutes les fois qu'elle le voudra [...]. La Constitution elle-même sera dans un danger perpétuel, livrée à l'inconstance, au caprice, à toutes les passions humaines³⁰.

Tous deux se prononcent ainsi en faveur de la création d'une deuxième chambre : le premier imagine un « corps placé entre le roi et les représentants³¹ », similaire à la chambre des pairs britannique, tandis que le second propose l'instauration d'un Sénat. Cette seconde chambre serait destinée à assurer un arbitrage entre le pouvoir royal et entre les représentants de la nation, afin de faire respecter la Constitution, ce qu'exprime Lally-Tollendal en termes clairs par cette question rhétorique : « N'est-il pas plus simple qu'un Corps législatif permanent, organisé de manière à pouvoir conserver, à pouvoir perfectionner et non à pouvoir détruire, veille incessamment sur la Constitution³² ? » On le comprend cependant, il ne s'agit donc pas, pour ces deux constituants, de créer un organe chargé à proprement parler du contrôle de constitutionnalité des lois. En tout état de cause, ce contrôle doit émaner d'une habile répartition des pouvoirs, dans une conception promise à une longue postérité. Lally-Tollendal l'exprime en termes clairs : « Le dernier degré de perfection d'une Constitution n'est-il pas de distribuer tellement tous les pouvoirs entre ceux qui doivent en être revêtus, que chacun, ayant assez de ses moyens, et devant être content de sa part, respecte celle des autres, pour qu'on respecte la sienne, et soit intéressé au maintien de la Constitution qui les garantit toutes³³ ? »

La violation de la Constitution est ainsi une problématique reconnue par l'ensemble des constituants. Le 8 août 1791, François Buzot (1760-1794), membre du Comité de Constitution, déclare devant l'Assemblée que si elle examine le texte, « [elle] y verra non pas que la Constitution [lui] garantir des droits, mais que la Constitution promet que la loi les [lui] garantira³⁴ ». Face à ces craintes, Isaac Le Chapelier (1754-1794) demande que « les législatures lisent dans l'acte de la Constitution, l'obligation de ne faire aucune espèce de loi qui, par ses dispositions ou ses conséquences, puisse nuire à la liberté et à l'égalité des citoyens³⁵ ». Un alinéa 3 au Titre 1^{er} est finalement voté, ainsi rédigé : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par

²⁹ *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs & politiques des chambres françaises*, Paris, Paul Dupont, 1875, t. VIII, p. 416.

³⁰ *Ibid.*, p. 516.

³¹ *Ibid.*, p. 417.

³² *Ibid.*, p. 517.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs & politiques des chambres françaises*, Paris, Paul Dupont, 1888, t. XXIX, p. 271, cité dans : L. JAUME, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la Révolution et des premières années du XIX^e siècle ? », in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité...*, op. cit., p. 19.

³⁵ *Ibid.*, p. 295.

la Constitution³⁶. » On s'en tient donc à une simple déclaration de principe, sans envisager d'autorité permettant de lui donner corps. C'est en ce sens que Stanislas de Clermont-Tonnerre (1757-1792) note le peu d'effectivité d'un tel principe dans un opuscule publié en 1791 : « Pour que cette comparaison faite à chaque instant fût utile, il faudrait qu'il y eût un juge qui prononçât s'il y a identité ou contradiction entre la loi et le principe dont on la rapproche ; mais ce juge n'existe pas ; mais le préambule semble donner à chaque individu le droit d'être le juge³⁷. » Pour autant, quelques projets virent le jour avant 1795, qui cherchaient à rendre plus ou moins effectif un tel contrôle.

b) Les propositions de contrôle

La question du contrôle de l'activité du législateur est davantage prise en considération par la Convention nationale lors de la rédaction de la Constitution de l'An I. On imagine en effet des moyens concrets, contrairement aux débats de la Constituante, pour permettre l'abrogation de toute loi portant atteinte soit à la Constitution, soit à la Déclaration des droits qu'elle comporte. Cette préoccupation est aussi bien partagée par les girondins que par les jacobins, qui proposent des mécanismes variés devant rendre effective cette protection. À nouveau, on remarque que la *jurie constitutionnaire* de Sieyès se rapproche de ces projets sur certains points. On se contentera dans ce paragraphe d'en présenter deux, celui du girondin Armand de Kersaint (1742-1793) et celui du projet de Constitution jacobine, même s'il faut également mentionner le projet de Condorcet qui proposait un mécanisme complexe de contrôle reposant sur la démocratie directe³⁸.

Soulignant que les quelques exemples à travers l'histoire qui avaient vu naître un gardien du pacte social avaient toujours promu un « corps politique » et « aristocratique », Kersaint décrit en ces termes l'organe qu'il imagine pour accomplir cette mission, lors de la séance du 17 avril 1793 : « Le moment est arrivé, je pense, d'offrir un plus parfait modèle au monde ; le tribunal des censeurs que je vous propose, loin de porter atteinte au principe primordial de notre association, l'égalité, sera créé pour le conserver, pour le défendre contre les sourdes atteintes des riches et des ambitieux³⁹. » Outre l'influence évidente de la Constitution pennsylvanienne sur ce projet, on remarque également que commence, timidement, à émerger une distinction entre organes politiques et juridictionnels chargés du contrôle de constitutionnalité des lois. Pour Kersaint, le mode de nomination des membres de ce « tribunal » en fait manifestement un organe juridictionnel, contrairement à l'interprétation que l'on peut en avoir aujourd'hui : les censeurs doivent être au nombre de 21. Leur nomination reviendrait à la Convention dans le dernier jour de sa session, puis au Corps législatif. Il pourra être exigé, pour occuper ce poste, d'avoir eu des fonctions municipales⁴⁰. Le contrôle « politique » des lois apparaît donc comme caractérisé lorsqu'il est opéré

³⁶ Cité dans : L. JAUME, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la Révolution et des premières années du XIX^e siècle ? », art. cité, p. 19.

³⁷ S. DE CLERMONT-TONNERRE, *Analyse raisonnée de la Constitution française décrétée par l'Assemblée nationale des années 1789, 1790 et 1791*, Paris, Migneret, 1791, p. 132.

³⁸ Pour de plus amples informations sur le projet de Condorcet, voir : M. FIORAVANTI, « Sieyès et le jury constitutionnaire : perspectives historico-juridiques », *Annales historiques de la Révolution française*, 2007, n° 349, p. 87-103, ici p. 91.

³⁹ *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs & politiques des chambresfrançaises*, Paris, Paul Dupont, 1902, t. LXII, p. 432.

⁴⁰ *Ibid.*

par une assemblée titulaire en même temps d'un pouvoir politique. Or, pour Kersaint, si les censeurs doivent siéger sur les bancs de l'Assemblée, ils ne doivent pas avoir de voix délibérative. Évidemment, étant donné la méfiance à l'endroit du juge des révolutionnaires, héritée des Parlements d'Ancien Régime, Kersaint se garde de parler d'un contrôle juridique des lois. Mais les précisions qu'il donne aux fonctions de ce tribunal sont assez révélatrices de sa pensée :

Les fonctions politiques du tribunal des censeurs seront de deux natures ; la première s'appliquera à l'examen des décrets du Corps législatif, dans leur rapport avec les principes de la Constitution et les lois précédemment rendues ; la seconde, à celui de la conduite politique des corps constitués secondaires dans le même rapport. Chargés de conserver et de défendre le dépôt sacré des lois constitutionnelles, les censeurs devront dénoncer toute infraction, en ce genre, au peuple, et en poursuivre le redressement par-devant l'Assemblée nationale. Ce tribunal doit être dans l'ordre politique des autorités constituées, ce que le tribunal de cassation est dans l'ordre civil judiciaire⁴¹.

Parce que le contrôle porte sur des actes politiques, c'est ce terme qui revient le plus souvent. Mais dans son mode de fonctionnement, Kersaint conçoit son organe comme un véritable « tribunal », la comparaison avec le tribunal de cassation en étant révélatrice. Pour autant, les pouvoirs du Tribunal des censeurs sont limités au bon vouloir de l'Assemblée nationale, puisqu'elle seule conserve le droit de modifier ses lois et peut passer outre l'avis du Tribunal des censeurs.

Les jacobins ne manquent pas non plus d'inclure dans leur projet constitutionnel un mécanisme devant empêcher l'adoption de lois contraires à la Constitution. Il est présenté lors de la séance du 16 juin 1793 et comporte un chapitre XV, composé de quatre articles, portant sur un « grand jury national ». Ces quatre articles sont ainsi libellés :

Art. 1^{er}. Le grand jury est institué pour garantir les citoyens de l'oppression du corps législatif et du conseil. Tout citoyen opprimé par un autre particulier a droit d'y recourir.

La liste des jurés est composée d'un citoyen élu dans chaque département par les assemblées primaires. Le grand juré est renouvelé tous les ans, avec le corps législatif.

Il n'applique point les peines, il renvoie devant les tribunaux.

Les noms des jurés sont déposés dans une urne au sein du corps législatif⁴².

À nouveau, on remarque le souci des conventionnels de ne pas faire de l'organe de contrôle un corps politique. Le choix même de « jury » n'est pas anodin : il renvoie directement à l'idée de tribunal. Le fait que ses membres soient élus ne l'empêche pas d'avoir l'allure d'une juridiction, même si les litiges sont tranchés, *in fine*, par les tribunaux. La réponse que fait Didier Thirion (1763-1815) est particulièrement instructive : celui-ci demande à ce que la proposition soit ajournée car il estime qu'il existe déjà un tribunal de cette sorte : « l'opinion publique⁴³ ». C'est cela le contrôle politique des lois au sens des révolutionnaires. Finalement, même si Robespierre affirme que « la législature ne doit pas pouvoir impunément

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 19 juin 1793, p. 732, compte-rendu de la séance du 16 juin 1793.

⁴³ *Ibid.*

commettre des actes d'oppression⁴⁴ », le contrôle des lois n'apparaîtra pas dans la Constitution de l'An I.

A. La *jurie constitutionnaire* impossible

1. Présentation du projet de Sieyès

a) Les discours de thermidor

À l'issue de la Terreur, le 1^{er} germinal An III (22 mars 1795), la Convention se prononça en faveur du maintien de la Constitution de 1793, adoptée le 24 juin et suspendue dès le 10 octobre. C'est en ce sens qu'elle désigna une Commission des Sept en vue d'élaborer les lois organiques destinées à permettre son application. Pour autant, le 1^{er} prairial An III (20 mai 1795), on abandonna cette idée après une insurrection des sans-culottes parisiens, entrés dans la salle de la Convention aux cris « du pain et la constitution de 1793⁴⁵ ». Quelques jours plus tard, la Convention décide donc de nommer une nouvelle commission, composée de onze membres en vue de rédiger une nouvelle Constitution, ou à tout le moins, d'adapter celle de 1793 aux nouveaux dangers. Parmi ces membres, on trouve notamment l'abbé Sieyès. Mais un décret du 4 mai, rendant incompatible l'appartenance à la fois à la commission et au comité de Salut public, force Sieyès à se retirer de la *Commission des Onze*. Sieyès ne manque cependant pas d'intervenir quelquefois au sein de cette dernière qui travaille du 4 juillet au 17 août 1795, de manière officieuse⁴⁶. Cela ne l'empêche pas de se prononcer contre le projet présenté à la Convention et, alors que les travaux de la Commission étaient presque terminés, d'exposer son propre projet. C'est dans ce contexte qu'il proposa l'instauration d'une *jurie constitutionnaire*, au cours des discours des 2 et 18 thermidor An III (20 juillet et 5 août). Ces discours sont révélateurs de la pensée politique d'ensemble de l'abbé, notamment de sa conception de la souveraineté, de la séparation des pouvoirs et de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués. Par ailleurs, il convient de souligner que, nonobstant une originalité certaine, ce projet partage certaines caractéristiques communes avec ceux qui l'avaient précédé. Le texte complet du dernier discours, celui qui présente le fonctionnement de la *jurie*, a été rapporté en annexe.

Durant son discours du 2 thermidor, Sieyès expose les grands principes qui président à sa conception de la *jurie constitutionnaire*. C'est notamment le cas de la souveraineté populaire. Il déclare à cette occasion : « Les pouvoirs illimités sont un monstre en politique, et une grande erreur de la part du peuple français. Il ne la commettra plus à l'avenir [...]. Je dis qu'à mesure qu'on s'éclairera, qu'on s'éloignera des temps où l'on a cru savoir, quand on ne faisait que vouloir, la notion de la souveraineté rentrera dans ses justes limites, car, encore une fois, la souveraineté du peuple n'est point illimitée⁴⁷. » Ce n'est cependant pas la première fois que le théoricien de la souveraineté nationale exprimait une telle opinion. Cette dernière est en fait liée à sa conception du régime représentatif. Durant la séance

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ M. FIORAVANTI, « Sieyès et le jury constitutionnaire : perspectives historico-juridiques », art. cité, p. 92.

⁴⁶ Y.-A. DURELLE-MARC, « Qui gardera les gardiens ? Sur la *jurie constitutionnaire* de Sieyès », art. cité, p. 255.

⁴⁷ *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 25 juillet 1795, compte-rendu de la séance du 2 thermidor An III, p. 1236.

du 7 septembre 1789 à propos du veto royal, il avait notamment affirmé : « Le Peuple ou la Nation ne peut avoir qu'une voix, celle de la législation nationale [...]. Le Peuple, je le répète, dans un pays qui n'est pas une démocratie (et la France ne saurait l'être), le Peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants⁴⁸. » Il en vient même à préférer aux notions de souveraineté et de volonté générale celle de « besoins », concept beaucoup plus passif, mais aussi bien plus intellectualisé⁴⁹. Par ailleurs, pour Sieyès, la nation, concept sur lequel on ne reviendra pas car fort éloigné de ce propos⁵⁰, doit s'exprimer grâce à la représentation, par le biais d'une assemblée de députés élus. Il ne faut cependant pas se méprendre : Sieyès n'a pas inventé le mandat représentatif et se montre au contraire favorable à ce que les citoyens puissent contrôler et révoquer continuellement leurs représentants⁵¹. Cette distinction entre représentés et représentants le conduit à distinguer pouvoir constituant et pouvoir constitué, comme cela apparaît dans son œuvre la plus connue, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*. Il y affirme notamment :

Ces lois sont dites fondamentales, non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la Constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation⁵².

Dans son discours du 2 thermidor, l'abbé appelle du reste à distinguer « la volonté constituante, la volonté pétitionnaire, la volonté chargée de l'exécution et la volonté législative proprement dite⁵³ ». La bonne Constitution est celle qui assure une séparation ingénieuse des pouvoirs. Partant de toutes ces réflexions plus ou moins clairement énoncées durant son allocution, Sieyès en vient à présenter le système harmonieux de séparation des pouvoirs qu'il prétend avoir découvert.

La première proposition concrète qu'il fait devant l'Assemblée est précisément celle de l'établissement d'une *jurie constitutionnelle* : « Je demande d'abord un *jury de constitution*, ou, pour franciser un peu plus le mot de jury, et le distinguer dans le son de celui de juré, une *jurie constitutionnelle*. C'est un véritable corps de représentants que je demande, avec mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte qui serait portée à la Constitution⁵⁴. » Son projet est cependant bien plus complet et prévoit que chacune des volontés du peuple sera représentée et défendue par un organe particulier : la volonté constituante, par la *jurie constitutionnelle*, la volonté pétitionnaire, par le *Tribunat*, la volonté gouvernante, par le Conseil d'État et la volonté législative, par une législature. Le

⁴⁸ E.-J. SIEYÈS, *Dire de l'abbé Sieyès sur la question du veto royal*, Paris, Baudouin, 1789, p. 18-19 ; cité dans : A. LAQUIÈZE, « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et du XX^e siècle », in J. SALEM, V. DENIS *et al.* (dir.), *Sieyès et sa pensée, op. cit.*, p. 82.

⁴⁹ Pour de plus amples informations sur l'évolution de la pensée de Sieyès à ce sujet, voir : L. JAUME, « Sieyès et le sens du jury constitutionnel : une réinterprétation », *Droits*, 2002, n° 26, p. 115-134, ici p. 121-123.

⁵⁰ Pour de plus amples informations sur le concept de nation chez Sieyès, voir : S. GOYARD-FABRE, « L'idée de représentation à l'époque de la Révolution française », *Études françaises*, 1989, t. 25, p. 71-85, ici p. 80-81.

⁵¹ A. LAQUIÈZE, « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et du XX^e siècle », art. cité, p. 83.

⁵² Cité dans : *Ibid.*, p. 86.

⁵³ *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 25 juillet 1795, compte-rendu de la séance du 2 thermidor An III, p. 1237.

⁵⁴ *Ibid.*

discours du 2 thermidor n'est pas très disert sur le fonctionnement de la *jurie*. Toutefois, à sa toute fin, alors que Sieyès résume ses propos en une proposition de quatre articles, il donne le nombre de membres qu'il souhaiterait voir siéger au sein de celle-ci : « Il y aura, sous le nom de *jurie constitutionnaire*, un corps de représentants, au nombre des trois vingtièmes de la législature avec mission spéciale de juger et prononcer sur les plaintes en violation de constitution, qui seraient portées contre les décrets de la législature⁵⁵. » Thibaudeau, puis Pierre Daunou (1761-1840), membres de la Commission des Onze, soulignent alors la très forte ressemblance du projet de Sieyès avec celui de la Commission. Toutefois, ils en exceptent la *jurie constitutionnaire* « qui manque tout à fait à [leur] plan⁵⁶ ». Aussi demandent-ils à Sieyès de leur faire parvenir une description de celle-ci. C'est dans le discours du 18 thermidor que Sieyès en précise le mécanisme. Il commence par exprimer ses regrets à l'idée de voir son projet amputé des trois quarts de ses propositions. Il s'interroge ensuite : « Comment en effet la prévoyance du législateur s'accoutumerait-elle à l'idée d'une constitution abandonnée, pour ainsi dire, à elle-même au moment de sa naissance ? Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien ; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code⁵⁷. » L'abbé égrène alors les trois missions de la *jurie* qu'il projette : veiller « avec fidélité à la garde du dépôt constitutionnel », s'occuper « à l'abri des passions funestes, de toutes les vues qui peuvent servir à perfectionner la constitution » et enfin offrir « à la liberté civile une ressource d'équité naturelle, dans des occasions graves où la loi tutélaire aura oublié sa juste garantie⁵⁸ ». Dans sa mission de gardien de la Constitution, la *jurie* doit connaître « des actes inconstitutionnels et personnellement irresponsables du Conseil des Cinq-Cents et de celui des Anciens⁵⁹ » et de « ce qui peut se passer d'inconstitutionnel dans l'exercice des diverses procurations électorales⁶⁰ ». Il faut aussi y ajouter les actes des assemblées primaires et du tribunal de cassation. Refusant toute auto-saisine, il prévoit que celle-ci puisse être saisie par le Conseil des Cinq-Cents, par celui des Anciens et par tout citoyen, après cependant que la *jurie* se soit assurée que la réclamation était fondée. Sans qu'il soit besoin de détailler la deuxième mission de cet organe, celle réservée à la révision, puisqu'elle n'intéresse pas directement ce travail, il importe de se concentrer également sur sa fonction de juge d'équité naturelle. Pour Sieyès, en effet, il est fréquent que la loi positive conduise à la condamnation d'un innocent ou à l'acquiescement d'un coupable. Cela démontre selon lui le « vide » substantiel de la loi positive. Aussi, il s'agirait pour la *jurie* de devenir un « supplément de juridiction naturelle⁶¹ ». Concernant la composition, elle doit compter 108 membres, renouvelés par tiers chaque année. Ses membres devront impérativement être issus des membres sortants du Conseil des Cinq-Cents et du Conseil des Anciens. Les premiers membres seront quant à eux choisis parmi les membres des assemblées constituante, législative et conventionnelle. Il est

⁵⁵ *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 26 juillet 1795, compte-rendu de la séance du 2 thermidor An III, p. 1240.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 13 août 1795, opinion de Sieyès sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire proposé le 2 thermidor An III, p. 1311.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, p. 1312.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

également prévu l'absence de publicité des séances et que les actes inconstitutionnels soient annulés.

On le comprend, la *jurie* imaginée par Sieyès, quoiqu'elle ait de nombreux traits originaux, est marquée par certaines ressemblances avec les autres systèmes susmentionnés qui l'avaient précédée. Il convient donc de fortement nuancer l'opinion de Paul Bastid, selon lequel « Sieyès a été le premier en France à parler de contrôle, à démontrer qu'une Constitution d'origine populaire devait voir son application effectivement garantie à l'égard de tous, qu'il y avait lieu de la protéger contre le législateur lui-même⁶² ». Outre la volonté de voir un organe exercer un contrôle de constitutionnalité des lois, partagée par l'ensemble des projets, on peut également noter la forte proximité entre les appellations « grand jury national » des jacobins et « jurie constitutionnaire » de Sieyès. Cette dernière se rapproche par ailleurs du projet de Kersaint quant au mode de nomination de ses membres : dans les deux cas, le Parlement joue un rôle central car c'est à lui qu'il revient de les désigner. Enfin, la fonction de juge d'équité naturelle dévolue à la *jurie*, qui crée un double ordre de lois suprêmes – celui de la Constitution et celui des lois naturelles –, ne peut qu'être considérée comme une référence au contrôle imaginé par les physiocrates. Non seulement la *jurie* ne fut pas la première tentative d'introduction d'un contrôle de constitutionnalité en France, mais encore possède-t-elle des caractéristiques communes avec ses devancières. Cela n'a rien d'anodin, puisqu'une question se pose dès lors : pourquoi les manuels de droit constitutionnel se réfèrent-ils aujourd'hui uniquement à la *jurie* et non pas à ces autres systèmes, qui l'ont manifestement influencée ?

a) La solution juridictionnelle plutôt que politique

Il s'agit ici d'étudier la nature même, juridique ou politique, de la *jurie constitutionnaire* de Sieyès. Une partie conséquente de la doctrine a en effet eu tendance, comme le souligne Lucien Jaume, à projeter sur elle des « structures de pensée postérieures⁶³ » et à l'assimiler à un organe politique de contrôle de constitutionnalité des lois. L'analyse de Paul Bastid est symbolique de ce phénomène : « Mais, si Sieyès a le mérite de formuler la doctrine avant tout le monde, il l'a orientée dans un sens où elle a subi un arrêt de développement. Il a voulu organiser le contrôle par un organe spécial, à caractère politique, au lieu de le confier aux juges ordinaires⁶⁴ » affirme-t-il. Il s'agit là d'une opinion courante sur la *jurie* qui fera l'objet de développements ultérieurs. Pourtant, le projet de Sieyès se caractérise précisément par le souhait de ne pas laisser aux seuls mécanismes politiques le soin d'assurer la pérennité du texte constitutionnel. S'il importe de ne pas tomber dans un anachronisme substantiel en qualifiant l'organe imaginé par Sieyès de « juridictionnel », du moins s'agit-il de souligner que le projet s'inscrit d'emblée dans une volonté d'extraire le contrôle des instances politiques de la nation pour le confier à un organe largement inspiré de la juridiction judiciaire.

Paul Bastid souligne lui-même que, pour caractériser son organe, Sieyès emprunte une terminologie propre à la langue judiciaire. Si pour lui, il s'agit avant tout d'un fard destiné à masquer le caractère politique du contrôle opéré par celui-

⁶² P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, Genève, Slatkine Reprints, [1939] 1978, p. 597.

⁶³ L. JAUME, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la Révolution et des premières années du XIX^e siècle ? », art. cité, p. 23.

⁶⁴ P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., p. 598.

ci, il énumère les éléments suivants : la *jurie* est qualifiée de « tribunal de cassation dans l'ordre constitutionnel⁶⁵ ». Par ailleurs, il ne fait aucun doute que la *jurie* doit uniquement se prononcer selon le droit. Pour Bastid, en outre, l'impuissance de celle-ci, voulue par Sieyès, la rapproche des organismes judiciaires⁶⁶. Il ajoute que celui-ci souhaitait rendre son jury aussi indépendant que les juges ordinaires. Et en effet, le vocabulaire employé par Sieyès ne laisse guère de doute sur sa volonté de lier la *jurie* au système judiciaire. Outre l'appellation de tribunal de cassation de l'ordre constitutionnel, l'abbé la qualifie de « juridiction naturelle⁶⁷ » et de « tribunal des droits de l'homme⁶⁸ ». Il se demande également : « Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien ; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la *magistrature* de ce code⁶⁹ ? ». La terminologie employée pour décrire le fonctionnement de la *jurie* est elle aussi influencée par le vocabulaire juridique : l'abbé parle d'« infractions⁷⁰ » à la Constitution et de « droit d'appel ou de réclamation près de cette espèce de tribunal⁷¹ ». Il faut pourtant souligner le fait que Sieyès fait une autre analogie avec le pouvoir judiciaire, de manière plus inattendue : pour lui, en effet, le législateur ne veut pas, il « juge⁷² » – terme employé dans le discours du 2 thermidor – à de multiples reprises pour caractériser l'activité de ce dernier. Son rôle est en effet d'arbitrer entre le tribunal et le gouvernement dans le projet de thermidor. Le terme ne semble cependant pas employé dans le même sens : la *jurie* « juge » parce qu'elle vérifie la conformité d'une disposition à une autre quand la législature « juge » en tranchant le choix qui lui est laissé par les propositions du gouvernement et du tribunal. Car l'abbé considère l'ensemble de l'ordre politique comme devant fonctionner à la manière de l'ordre judiciaire, comme on le verra juste ci-dessous. Surtout, c'est par le rapport qu'elle entretient au politique que la *jurie* apparaît avant tout comme le choix d'un organe juridictionnel.

Pour les constituants de l'An III, on l'exposera davantage dans la prochaine section, la garantie des droits comme celle, plus large, de la Constitution, est avant tout une garantie sociale, politique, et non juridique. La garantie juridictionnelle n'est pas inconnue des révolutionnaires. Même si le contrôle prévu par l'abbé n'est pas formellement confié à une juridiction, ni *a fortiori* au pouvoir judiciaire, il semble qu'on puisse reconnaître matériellement à la *jurie constitutionnelle* un caractère juridictionnel⁷³. Pour Sieyès en effet, la protection des libertés ne peut que passer par un recours juridictionnel. C'est d'ailleurs en ce sens qu'il souhaite que tout individu s'estimant lésé dans ses droits puisse saisir la *jurie*, affirmant : « Quand un particulier se croit blessé dans ses droits, il est libre s'il a la faculté de

⁶⁵ *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 13 août 1795, opinion de Sieyès sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnel proposé le 2 thermidor An III, p. 1311.

⁶⁶ P. BASTID, *Sieyès et sa pensée, op. cit.*, p. 598.

⁶⁷ *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 13 août 1795, opinion de Sieyès sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnel proposé le 2 thermidor An III, p. 1311.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 1312.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 1311.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² L. JAUME, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la Révolution et des premières années du XIX^e siècle ? », art. cité, p. 22.

⁷³ P. ROLLAND, « La garantie des droits », art. cité, p. 68-69.

se plaindre et la certitude de trouver justice⁷⁴. » En réalité, et cela a souvent été mal compris tant par les contemporains de l'abbé que par la doctrine postérieure, celui-ci ne sépare pas l'ordre politique de l'ordre civil. Les différends entre particuliers ne se distinguent guère des litiges entre un particulier et la puissance publique ou entre les pouvoirs publics entre eux. C'est d'ailleurs pour cette raison que la législature qu'il imagine est imaginée comme un « tribunal ». Il énonce ainsi le critère commun à tous les types de juridictions : « Tous puisent leurs décisions dans une autorité supérieure ; les uns dans le code des lois positives, la législature dans le livre plus ancien et plus complet des lois naturelles, car rien n'est arbitraire⁷⁵. » Pour l'abbé, tout l'ordre politique doit donc être géré selon des principes judiciaires. La *jurie* apparaît enfin comme une solution juridictionnelle dans la mesure où elle est chargée de mettre fin à un débat entre différents politiques. Cela lui est permis, car elle n'est pas politique elle-même. Elle est en dehors du rapport politique entre les pouvoirs, ce qui permet à Sieyès de dépolitiser la solution qu'il apporte à la question du règlement pacifique des conflits en République⁷⁶. Et c'est justement parce que les constituants de l'An III préfèrent un contrôle politique des lois que la proposition de Sieyès sera, *in fine*, rejetée.

2. Les motivations d'un rejet

a) La conservation politique de la Constitution

À l'issue de la séance du 25 thermidor An III (12 août 1795), faisant suite à la discussion sur la *jurie constitutionnaire* de Sieyès entamée la veille, cette dernière est unanimement rejetée par l'Assemblée⁷⁷. Comment l'expliquer ? Il ressort de la discussion que c'est précisément parce que l'Assemblée se méfie d'un organe juridictionnel de contrôle et parce que pour elle, s'il doit y avoir contrôle, c'est avant tout du point de vue politique. Thibaudeau l'exprime fort bien, en faisant une distinction entre les moyens extérieurs et les moyens inhérents permettant de contenir les pouvoirs⁷⁸. Parmi les premiers, il range l'appel au peuple, à des censeurs ou à tout autre corps institué à cette fin. Par les seconds, il désigne l'équilibre des pouvoirs qui doit permettre d'assurer les libertés individuelles des citoyens. Malgré les sympathies éprouvées pour la *jurie* par certains constituants, notamment

Joseph Eschassériaux (1753-1824), il importe en effet de souligner que la garantie des droits, pour l'Assemblée de 1793, est essentiellement une garantie sociale. Il faut noter à ce titre que le contrôle de constitutionnalité populaire est également rejeté par les constituants, comme le suggère la distinction opérée par Thibaudeau. Conscients malgré tout, *a fortiori* après l'épisode de la Terreur, du danger de laisser aux représentants le soin de la conservation de la Constitution, celle de l'An III prévoit un certain nombre de mécanismes destinés à empêcher tout excès. La garantie de la Constitution apparaît ainsi comme une garantie sociale.

⁷⁴ Cité dans : *Ibid.*, p. 69.

⁷⁵ Cité dans : *Ibid.*, p. 70.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 71.

⁷⁷ *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 19 août 1795, discussion sur le jury constitutionnaire, p. 1336.

⁷⁸ *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 18 août 1795, discussion sur le jury constitutionnaire, p. 1332.

Il convient en premier lieu de souligner la méfiance généralisée des constituants pour tous les mécanismes « extérieurs » de contrôle, pour reprendre l'expression de Thibaudeau, y compris pour le contrôle populaire. Ce sont en effet les « moyens inhérents » qui doivent permettre la conservation de la Constitution. Thibaudeau s'en fait l'écho, affirmant :

Mais on sait combien il serait dangereux, ou au moins illusoire, de soumettre des questions constitutionnelles à la décision d'une grande nation ; ce sont des épreuves qu'on ne tente pas souvent, sans compromettre l'ordre social et la tranquillité publique. Les discussions politiques font naître les diversités d'opinions, ouvrent la plus vaste carrière à toutes les passions, et dans cet état de choses le meilleur gouvernement ne peut jamais acquérir ce degré de stabilité, et ce caractère imposant et respectable, que le temps seul peut lui imprimer⁷⁹.

Le député François-Antoine de Boissy d'Anglas (1756-1826) incarne parfaitement cette tendance. Il s'oppose notamment à une proposition visant à laisser au peuple le pouvoir de dénoncer un de ses représentants, car cela constituerait une « juridiction turbulente et anarchique⁸⁰ ». Par ailleurs, il souligne qu'il n'est pas souhaitable de laisser constamment délibérer le peuple sur les sujets politiques. Enfin, il craint qu'une telle procédure ne favorise les conflits d'intérêts, terreaux fertiles des guerres civiles⁸¹. Cette conception a des implications concrètes sur la nouvelle Constitution : le droit à l'insurrection, promu par le texte de 1793, disparaît de celui de l'An III. De manière similaire, les débats relatifs au droit de pétition révèlent également la position des constituants sur un potentiel pouvoir rival. La solution adoptée ne varie dès lors pas de celle retenue en 1791⁸² : si le droit de pétition individuel est consacré, celui en nom collectif est rejeté. L'article 364 de la Constitution de l'An III énonce ainsi : « Tous les citoyens sont libres d'adresser aux autorités publiques des pétitions, mais elles doivent être individuelles. » Il s'agit en effet d'éviter toute pression populaire sur les représentants de la nation⁸³. Les constituants de 1795 sont résolument favorables à la démocratie représentative, au détriment de la démocratie directe.

Ce sont donc les « moyens inhérents » de contrôle qui ont la faveur de la majorité des constituants de 1795. Plutôt qu'une garantie de type juridictionnelle, ceux-ci s'en remettent à une « garantie sociale » fondée essentiellement sur l'agencement des pouvoirs et sur leur séparation. L'article 22 de la Déclaration des droits de l'An III énonce ainsi : « La garantie sociale ne peut exister si la division des pouvoirs n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées, et si la responsabilité des fonctionnaires publics n'est pas assurée. » Concernant la première garantie politique à la conservation de la Constitution, la séparation des pouvoirs, on remarque que les constituants de 1795 reprennent les principes retenus dans la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. » C'est du reste la première garantie que rappelle Thibaudeau dans son discours du 24 thermidor An III (11 août 1795), dans lequel il rejette le principe de la *jurie*. Il s'exclame notamment : « Il n'y a que la séparation des pouvoirs et leur

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ P. ROLLAND, « La garantie des droits », art. cité, p. 51.

⁸¹ *Ibid.*, p. 52.

⁸² Sur la question du droit de pétition comme individuel ou collectif, voir : Y.-A. DURELLE-MARC, « Le droit de pétition. Le paradoxe d'une prérogative du citoyen en régime représentatif », *Jus politicum*, 2022, n° 27, p. 125-142, ici p. 138.

⁸³ P. ROLLAND, « La garantie des droits », art. cité, p. 58.

indépendance qui constituent la liberté⁸⁴. » La seule innovation consiste à diviser le corps législatif lui-même en deux chambres sans se fonder sur les différences sociales⁸⁵. Cette division est également considérée comme une garantie face aux abus, comme le souligne Denis-Toussaint Lesage, qui rejette également l'institution d'une *jurie constitutionnelle* : « Pour moi, je crois que vous avez un conservateur suffisant de la constitution dans la division du corps législatif en deux chambres⁸⁶. » Thibaudeau souligne à ce titre que le contrôle de constitutionnalité a déjà été prévu par la Commission à travers le Conseil des Anciens : « Le Conseil des Anciens pourrait-il se plaindre en inconstitution d'une proposition du Conseil des Cinq-Cents ? Non, puisqu'il a le droit de la rejeter⁸⁷. » Daunou va même plus loin en ce sens, insistant sur le caractère politique de ce contrôle : « Si [le Conseil des Anciens] rejette une loi, ce sera celle qui, sous l'apparence populaire, renfermera des dispositions inconstitutionnelles et propres à ramener l'anarchie⁸⁸. » Il n'y a donc pas de place pour un organe non politique de contrôle. La Constitution de l'An III ouvre en effet le champ à un contrôle politique de constitutionnalité, uniquement formelle, des lois, aux termes de l'article 88 : « Le Conseil des Anciens refuse d'approuver les résolutions du Conseil des Cinq-Cents qui n'ont point été prises dans les formes prescrites par la Constitution. » Outre la division des pouvoirs, qui apparaît comme la principale garantie politique et sociale de la Constitution, il faut également compter sur la définition précise des compétences et sur la responsabilité de l'exécutif et de l'administration, qui découlent naturellement de celle-ci. On le comprend, le rejet de la *jurie* par les constituants de 1795 vient de ce qu'ils considèrent la garantie politique comme suffisante. Mais ce refus est également fondé sur les craintes suscitées par une garantie de type juridictionnel.

b) Les craintes suscitées par une juridiction constitutionnelle

Le rejet de la *jurie constitutionnelle* en 1795 ne vient pas seulement du fait que les constituants considèrent la garantie politique de la séparation des pouvoirs comme suffisante. Pour nombre d'entre eux en effet, il vient également des craintes suscitées par le modèle juridictionnel proposé par Sieyès. Car, et cela est bien connu, les révolutionnaires se méfient des juges. Montesquieu et son opinion sur les juges, « bouches de la loi », n'ont peut-être pas eu l'influence sur les révolutionnaires qu'on leur prête souvent⁸⁹, mais la méfiance à l'égard de ceux-ci est certaine et s'étend entre 1789 et l'An VIII, pour culminer entre 1792 et 1794. Cette méfiance apparaît tout d'abord à travers le mode de désignation des juges, l'article 5 du Titre III de la Constitution de 1791 prévoit que les juges seront élus. Il n'y a pas de juridictions spécialisées dans l'appel, car les révolutionnaires préfèrent l'arbitrage en équité à travers, par exemple, les « tribunaux de famille ». L'Ordre des avocats est supprimé en 1790, tandis qu'en 1793, les Facultés de droit sont

⁸⁴ *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 17 août 1795, discussion sur le jury constitutionnelle, p. 1330.

⁸⁵ P. ROLLAND, « La garantie des droits », art. cité, p. 61.

⁸⁶ *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 19 août 1795, discussion sur le jury constitutionnelle, p. 1336.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Séance du 29 messidor An III, cité dans : P. ROLLAND, « La garantie des droits », art. cité, p. 72.

⁸⁹ Voir la démonstration de Philippe Rémy dans : P. REMY, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, 2003, n° 107, p. 22-36, ici p. 24-25.

fermées⁹⁰. Jacques-Guillaume Thouret (1746-1794), dans un discours tenu le 24 mars 1790, en explique partiellement les raisons : « Si la Nation doit s'honorer de la vertu de quelques magistrats bons patriotes, une foule de faits, malheureusement incontestables, annoncent que le plus grand nombre hésitent encore à se montrer citoyens, et qu'en général, l'esprit des grandes corporations est un esprit ennemi de la régénération⁹¹. » Le juge est perçu comme un conservateur de l'ordre ancien, comme un privilégié, voire comme un factieux qui cherche à étendre son pouvoir au détriment de la volonté des représentants de la nation. Cette méfiance est toujours ancrée dans l'esprit des constituants de l'An III. Plus particulièrement, la *jurie constitutionnelle* est rejetée pour deux motifs essentiellement, exposés par Thouret : elle représente un danger car nul ne pourra aller à l'encontre de ses décisions, fussent-elles mauvaises, et elle risque de favoriser la minorité par rapport à la majorité porteuse de la volonté générale.

La première crainte exprimée par Thibaudeau peut être résumée dans cette formule : « Si le jury constitutionnel, dont les fonctions seront déterminées par la constitution, en passe les limites, qui est-ce qui réprimera son usurpation⁹² ? » Pour lui, la *jurie* est une institution inutile car, si elle règle la question de la violation de la Constitution par le corps législatif, elle ne la règle pas pour elle-même, si bien qu'« on ne fait que reculer la difficulté d'un degré de plus⁹³ ». Et dans l'hypothèse où le Conseil des Cinq-Cents et le Conseil des Anciens entreraient en conflit, on peine à imaginer qu'un pouvoir conciliateur puisse mettre fin à ce conflit. Par ailleurs, dans la mesure où le projet ne prévoit pas d'auto-saisine, il y a un risque de voir la *jurie* s'entendre avec un autre pouvoir constitué pour accroître ses prérogatives. Et comme la mission qui serait confiée à la *jurie* appartient déjà dans le projet de la Commission au Conseil des Anciens, ce serait rendre inutile ce dernier conseil. La seconde raison avancée par Thibaudeau est la crainte de voir naître une dictature de la minorité. Puisque tout citoyen pourra saisir la *jurie*, alors celle-ci connaîtra en réalité de tous les actes du corps législatif car tout acte provoquera nécessairement des mécontents. Et puisque le corps législatif, organe élu, représente la majorité, alors l'institution d'une *jurie* permettrait à une minorité de plaignants d'imposer leurs vues à la volonté générale. Et Thibaudeau de conclure dans une formule lapidaire : « [La *jurie*] ne pourrait convenir qu'à un peuple chez lequel il serait convenu que c'est la minorité qui a toujours raison et qui doit faire la loi⁹⁴. » On ne peut donc laisser le contrôle de constitutionnalité des actes du corps législatif à un organe juridictionnel. La garantie ultime de la Constitution, c'est l'amour du peuple pour cette dernière et pour sa liberté.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 26.

⁹¹ Cité dans : P. BASTID, *Sieyès et sa pensée, op. cit.*, p. 603.

⁹² *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 17 août 1795, discussion sur le jury constitutionnel, p. 1330.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *La Gazette nationale ou le Moniteur universel*, 18 août 1795, discussion sur le jury constitutionnel, p. 1332.

C. La *jurie constitutionnelle* enfin possible ?

1. Les Sénats conservateurs des deux Empires

a) Le mécanisme de contrôle de l'An VIII et de 1852

Il importe de souligner d'entrée de jeu, même si cela fera l'objet de développements plus substantiels dans le deuxième titre, que la doctrine, aussi bien celle de la Troisième République que celle d'aujourd'hui, considère que la *jurie constitutionnelle* imaginée par Sieyès en l'An III a eu une réalisation concrète dans le Sénat conservateur des deux Empires ou tout du moins qu'elle en a servi de modèle. Le fait que les Constitutions de l'An VIII, de l'An X, de l'An XII et de 1852 instaurent un contrôle de constitutionnalité des actes du corps législatif est indéniable. Les Sénats conservateurs sont constamment décrits comme les premiers organes dotés d'une telle compétence, ce qui est en réalité fort contestable puisque, comme dit précédemment, le Conseil des Anciens institué par la Constitution de l'An III pouvait déjà, en vertu de l'article 88 de ce texte, opérer un contrôle de constitutionnalité formel des actes pris par le Conseil des Cinq-Cents. En revanche, il est indéniable que les Sénats conservateurs sont dotés, au moins *de jure*, de compétences bien plus étendues que leur prédécesseur. Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle la *jurie constitutionnelle* aurait servi de modèle mérite quelques éclaircissements. Il importe en effet de savoir de quel système imaginé par Sieyès il est question. Celui proposé en l'An III a en effet évolué. L'abbé ne nomme plus l'organe qu'il conçoit « *jurie constitutionnelle* », mais « *conseil des conservateurs* », avec de notables différences par rapport à celle-ci. Et le système finalement retenu – et renommé, puisqu'il s'agit désormais d'un Sénat conservateur – se distingue lui-même substantiellement des propositions de Sieyès à Bonaparte par l'entremise d'Antoine Boulay de la Meurthe (1761-1840).

Hostile à la Constitution de l'An III, Sieyès cherche à renverser le Directoire grâce à un coup d'État. Pour ce faire, il s'allie avec Napoléon Bonaparte, tout juste rentré de son expédition d'Égypte, quoique son premier choix se fût porté sur Barthélemy Catherine Joubert (1769-1799), qui mourut cependant le 15 août 1799 lors de la bataille de Novi⁹⁵. Le coup d'État du 18 brumaire An VIII est une réussite⁹⁶. Chaque assemblée désigne dès lors une commission en vue de la rédaction d'une nouvelle Constitution. Sieyès n'intervient pas directement dans l'élaboration du texte, mais il agit par l'entremise de Boulay de la Meurthe, venu le voir dès le lendemain du coup d'État et à qui il révèle ses idées concernant la nouvelle Constitution entre le 20 et le 30 brumaire An VIII⁹⁷. Celles-ci ont en réalité fort évolué depuis 1795. Sieyès imagine en effet pour la nouvelle Constitution un exécutif composé d'un « Grand électeur », dont les principales missions sont de représenter la nation et de nommer deux consuls, chargés du gouvernement du pays, l'un étant tourné vers l'extérieur, l'autre vers l'intérieur. Chacun devait avoir à sa disposition un Conseil d'État, avec un rôle purement consultatif et des ministres responsables devant eux. Le pouvoir législatif du projet confié à Boulay de la Meurthe ne se distingue guère de celui de l'An III, avec un Tribunal et

⁹⁵ A.-A. BIGEON, *Sieyès, l'homme – le constituant*, Paris, Henri Becus, 1893, p. 60.

⁹⁶ Pour de plus amples informations sur le coup d'État du 18 brumaire, voir : J.-O. BOUDON (dir.), *Brumaire : la prise de pouvoir de Bonaparte*, Paris, Éditions SPM, 2001.

⁹⁷ J. MENICHETTI, « L'écriture de la Constitution de l'An VIII : quelques réflexions sur l'échec d'un mécanisme révolutionnaire », *Napoleonica. La Revue*, 2013, n° 18, p. 68-83, ici p. 73.

un Conseil d'État, coiffés du *Collège des conservateurs*⁹⁸. Ce dernier, tout comme la *jurie constitutionnelle*, a pour mission principale de « maintenir la constitution dans toute sa pureté, soit en statuant sur les difficultés d'application et les conflits de compétence, soit en réprimant les atteintes qui pourraient lui avoir été portées⁹⁹ ». Le caractère juridictionnel de cet organe est souligné par Sieyès dans cette phrase : il « n'est rien dans l'ordre exécutif, rien dans le gouvernement, rien dans l'ordre législatif. Il est parce qu'il faut qu'il soit, parce qu'il faut une magistrature constitutionnelle¹⁰⁰ ». Comme le souligne Boulay de la Meurthe, ce Collège a des différences substantielles avec la *jurie* de l'An III. En effet, il n'est plus question de renouvellement annuel et par tiers des membres : désormais, les membres du Collège sont membres à vie et se recrutent eux-mêmes parmi les notables de la liste nationale. Les 108 membres de la *jurie* sont remplacés par 100 sièges de sénateur, dont seulement 80 devaient l'être de manière continue, les 20 autres devant permettre à ceux-ci de procéder à des nominations extraordinaires. Ils étaient doués du droit d'absorption, c'est-à-dire que le Collège pouvait, en admettant un membre de force dans son sein, rendre un citoyen inapte à toute autre fonction publique¹⁰¹. Il était également prévu que ces sénateurs soient richement dotés et qu'ils aient des compétences plus étendues que les membres de la *jurie*. Ils auraient ainsi joué un rôle dans la confection des listes d'éligibilité et des listes nationales, ainsi que dans le choix des membres du « jury législatif » et du tribunal. Enfin, en cas de vacance, les sénateurs devaient faire un choix sur une liste de trois candidats présentés chacun par le corps législatif, par le tribunal et par le Premier consul. Si tous trois proposaient le même nom, alors le Collège devait ratifier ce choix.

Pour autant, le projet de Sieyès ne fut pas totalement suivi par Napoléon Bonaparte ni par son neveu. La première chose que le Premier consul refusa concerna le nombre de sénateurs. Bonaparte décida en effet de réduire leur nombre à 80, dont 60 devaient être nommés au moment de la proclamation de la Constitution, puis à raison de deux par année durant les dix années suivantes. Par ailleurs, Bonaparte s'opposa au droit d'absorption et à l'opulence que Sieyès avait envisagée pour ses sénateurs. De 100 000 francs de dotation annuelle pour les membres du *Collège des conservateurs*, on passa à 25 000 francs¹⁰². Il fut également prévu que les sénateurs fussent à jamais inéligibles à d'autres fonctions, qu'ils n'eussent pas le droit de censure et de conserver le secret de leurs délibérations¹⁰³. Pour le reste, et même si le nom de « Collège des conservateurs » fut abandonné au profit de celui de « Sénat conservateur », les propositions de Sieyès furent acceptées, notamment le contrôle de constitutionnalité des actes législatifs. La Constitution du 22 frimaire An VIII prévoit ainsi, en son article 21 : « [Le Sénat] maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunal ou par le gouvernement : les listes d'éligibilité sont comprises parmi ces actes ». Les autorités dotées du droit de saisine ont donc drastiquement été réduites par rapport à la *jurie constitutionnelle* : les particuliers n'y ont plus accès. Le sénatus-consulte du 16 thermidor An X, dit Constitution de l'An X, ne

⁹⁸ A.-A. BIGEON, *Sieyès, l'homme – le constituant*, op. cit., p. 179-182.

⁹⁹ A. BOULAY DE LA MEURTHE, *Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'An VIII. Extraits des mémoires inédites de M. Boulay de la Meurthe*, Paris, Paul Renouard, 1836, p. 32.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., p. 421.

¹⁰² A.-A. BIGEON, *Sieyès, l'homme – le constituant*, op. cit., p. 195.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 196.

mentionne plus le contrôle de constitutionnalité qu'en des termes fort vagues. Le nom même de « Sénat conservateur » est abandonné au profit de « Sénat », terminologie révélatrice, et n'est plus mentionné qu'au Titre V, et non plus au Titre II comme dans la précédente Constitution. L'article 54 dispose ainsi : « [Le Sénat] explique les articles de la Constitution qui donnent lieu à différentes interprétations. » Il n'a donc plus qu'un pouvoir d'interprétation. La Constitution du 28 floréal An XII, si elle fait encore plus reculer le Sénat dans l'ordre des pouvoirs cités – le Titre VIII lui est réservé –, semble accroître à nouveau les prérogatives de cet organe concernant le contrôle de constitutionnalité. Il devient officiellement protecteur de certaines libertés individuelles, plus précisément du droit de ne pas être détenu de manière arbitraire et de la liberté de la presse aux termes des articles 60 et 64. L'article 70 dispose quant à lui : « Tout décret rendu par le Corps législatif peut être dénoncé au Sénat par un sénateur [...] comme n'ayant pas été délibéré dans les formes prescrites dans les Constitutions de l'Empire, les règlements et les lois. » Il est donc précisé que le Sénat ne peut plus exercer qu'un contrôle de constitutionnalité formel des lois. Les textes constitutionnels impériaux se rapprochent donc davantage en cette matière de la Constitution de l'An III que des projets de *jurie constitutionnaire* ou de *Collège des conservateurs* imaginés par Sieyès. Fait notable, l'auto-saisine devient donc la règle.

Concernant la Constitution du Second Empire, la commission chargée de l'élaborer, composée, de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), d'Eugène Rouher (1814-1884), de Jacques-André Mesnard (1792-1858), de Victor de Persigny (1808-1872) et de Charles de Flahaut (1785-1870), prit pour base un projet de Louis-Napoléon Bonaparte, inspiré lui-même de la Constitution de l'An VIII. Cependant, le texte final fut rédigé par le seul Rouher et accepté sans débat dans la nuit du 13 au 14 janvier 1852¹⁰⁴. Sans qu'il soit besoin de décrire la totalité de la Constitution de 1852, il importe de se concentrer sur le Sénat institué par ce texte. Il doit être composé de personnes qui se sont distinguées soit par leur nom, soit par leur fortune, soit par leurs talents, soit par les services rendus par elles. La proclamation qui précède la Constitution précise son rôle :

[Le Sénat] est le dépositaire du pacte fondamental et des libertés compatibles avec la Constitution ; et c'est uniquement sous le rapport des grands principes sur lesquels repose notre société, qu'il examine toutes les lois [...]. Il a le droit d'annuler tout acte arbitraire et illégal, et, jouissant ainsi de cette considération qui s'attache à un corps exclusivement occupé de l'examen de grands intérêts ou de l'application de grands principes, il remplit dans l'État le rôle indépendant, salutaire, conservateur, des anciens parlements.

L'article 26 de la Constitution de 1852 dispose par ailleurs que « 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 ». Le Second Empire instaure donc à nouveau, *de jure* un contrôle de constitutionnalité matériel des lois, tant du point de vue de l'équilibre des pouvoirs que de celui des libertés individuelles. Les contemporains ont insisté sur l'héritage laissé par Sieyès quant à la conception de cet organe. C'est par exemple le cas de Charles-Alfred de Janzé (1822-1892), qui fait la généalogie reliant la *jurie constitutionnaire* au Sénat du Second Empire¹⁰⁵. Pour

¹⁰⁴ P. BASTID, *Sieyès et sa pensée, op. cit.*, p. 532.

¹⁰⁵ C.-A. DE JANZÉ, *La Constitution de 1852, par un des 42*, Paris, A. Lacroix, Verboeckhoven et Cie, 1867, p. 14-18.

autant, il faut noter un certain nombre de différences entre la *jurie constitutionnaire* et le *Collège des conservateurs* d'un côté et le Sénat du Second Empire de l'autre. Le recrutement des membres du dernier est en effet fort différent de celui des deux premiers, contrairement à ce qu'affirme Janzé, soutenant que :

Reprenant l'idée de la jurie constitutionnaire de Sieyès, développée et formulée en l'An V sous la forme du Collège des conservateurs, ou du Sénat conservateur, [le législateur de 1852] a créé une assemblée, formée de toutes les illustrations du pays, gardien du pacte fondamental et des libertés publiques, une assemblée composée des éléments qui, dans tout pays, créent les influences légitimes, le nom illustre, la fortune, le talent, les services rendus et remplissant dans l'État le rôle indépendant, salubre, conservateur des anciens parlements¹⁰⁶.

En effet, le Sénat de 1852 comprend les cardinaux, les maréchaux, les amiraux et les citoyens que celui qui était encore président de la République juge digne de la fonction. Il n'est donc plus question de cooptation. La première année, ce sont 80 sénateurs qui sont nommés, avec un nombre maximal porté à 150. Sur les 72 nommés par le Prince-président, on trouve de nombreux militaires, mais aussi des magistrats, des hommes d'affaires ou des intellectuels¹⁰⁷. Les sénateurs sont inamovibles et exercent leurs fonctions à vie. Ces dernières sont théoriquement gratuites, avec à nouveau une importante différence, même s'ils peuvent se voir obtenir une dotation personnelle. Par ailleurs, l'article 4 du texte constitutionnel dispose que le Sénat exerce, à côté du président et du corps législatif, la puissance législative¹⁰⁸. En revanche, il est prévu que les sénateurs opèrent systématiquement un contrôle *a priori* de la loi, tandis que, théoriquement, tout citoyen pouvait le saisir par le biais d'une pétition. Le caractère juridictionnel tant vanté par Sieyès n'est donc plus à l'ordre du jour. Et la pratique constitutionnelle des deux Empires devait rendre le contrôle de constitutionnalité tout théorique.

b) Un contrôle impossible

Les critiques de la doctrine contre les Sénats des deux Empires n'a jamais été assez vive. Pour cause, il n'existe en réalité que fort peu d'exemples où ces organes ont opéré un contrôle de constitutionnalité des lois comme le leur permettait la Constitution. Certaines critiques sont cependant mal fondées formulées par la doctrine, notamment concernant la réduction des possibilités de saisine après la suppression du Tribunat en 1807 par Napoléon, comme on le verra dans le prochain titre. Toutefois, il n'en demeure pas moins que ce contrôle a brillé par son inexistence et que Napoléon, comme son neveu, ont cherché et réussi à affaiblir ce dangereux contre-pouvoir.

Sous le consulat, le consulat à vie et le Premier Empire, le Sénat est en réalité le meilleur allié de Napoléon. C'est sur celui-ci que ce dernier s'appuie pour procéder à l'élimination de l'An X : par le sénatus-consulte du 22 ventôse, le Sénat décide de recourir au système électif pour désigner les membres du Tribunat et du corps législatif devant rester en fonction. Par le sénatus-consulte du 14 thermidor An X, cet organe transforme le consulat décennal en consulat à vie¹⁰⁹. S'il avait parmi ses prérogatives celle de la défense de la liberté de la presse et du droit de ne pas être détenu arbitrairement, le bilan est en réalité décevant : durant toute son existence,

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 135-136.

¹⁰⁷ P. BASTID, *Sieyès et sa pensée, op. cit.*, p. 534.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 527.

le Sénat reçut 585 pétitions de prisonniers ou de leur famille. Durant les quatre premiers mois de son existence, 44 mises en liberté sont certes prononcées, mais ceux-ci demeuraient sous la surveillance de la haute police, tandis que le Sénat ne s'occupait plus de leur sort. Le plus souvent, il agissait surtout comme organe d'intercession. La commission chargée de la liberté de la presse eut un bilan encore moins bon, puisque les périodiques lui échappaient¹¹⁰. Par ailleurs, progressivement, le Sénat se voit reconnaître, et s'arroge sans fondement juridique, le pouvoir constituant, puisque c'est lui qui proclame la Constitution de la même année, qui modifie substantiellement celle de l'An VIII, notamment les listes de notabilité et les compétences du Tribunal. Il se réserve dans ce même texte des prérogatives bien plus accrues qu'auparavant : les incompatibilités avec les fonctions publiques disparaissent (article 64), tandis que c'est lui qui peut prononcer la dissolution du corps législatif ou du Tribunal (article 55). La pratique a donc définitivement eu raison de la *jurie constitutionnaire* imaginée par Sieyès : agissant selon des considérations politiques, le Sénat du Premier Empire ne manque pas de violer lui-même la Constitution en se déclarant implicitement pouvoir constituant. L'absence d'indépendance de ses membres à l'égard de Napoléon, alors même que Sieyès avait imaginé, à l'origine, un organe capable de s'affirmer face aux autres pouvoirs, eut raison de sa crédibilité. Par ailleurs, les possibilités de saisine, particulièrement restreintes, ne permettaient pas le moindre contrôle de constitutionnalité des lois. Ironiquement, la seule fois où le Sénat fonda une de ses décisions sur la Constitution, ce fut pour mettre fin à celle-ci et entériner la chute de Napoléon. Les motivations du décret du 3 avril 1814 portant déchéance de ce dernier sont en effet éloquentes :

Le sénat conservateur,

Considérant que dans une monarchie constitutionnelle, le monarque n'existe qu'en vertu de la constitution ou du pacte social ;[...]

Qu'il a entrepris une suite de guerres en violation de l'article 50 de l'acte des constitutions du 22 frimaire An VIII, qui veut que la déclaration de guerre soit proposée, discutée, décrétée et promulguée comme des lois ;

Qu'il a inconstitutionnellement rendu plusieurs décrets portant peine de mort [...];

Qu'il a violé les lois constitutionnelles, par ses décrets sur les prisons d'état ;
Qu'il a anéanti la responsabilité des ministres, confondu tous les pouvoirs, et détruit l'indépendance des corps judiciaires ; [...]¹¹¹.

Quant au Sénat du Second Empire, il voit ses attributions substantiellement modifiées au gré des sénatus-consultes, de manière à se transformer progressivement en chambre haute ordinaire. Durant les premières années du Second Empire, il est en réalité un instrument dynastique. Le sénatus-consulte du 7 novembre 1852 donne au Sénat la faculté de nommer l'Empereur à défaut d'héritier du trône. Celui du 17 juillet 1856 lui confie la désignation du régent en l'absence de tout prince français capable d'assurer cette fonction¹¹². Celui du 2 février 1861 fait évoluer ses fonctions de manière substantielle puisqu'il organise la publicité des débats du Sénat, à l'opposé du projet de Sieyès, tandis que le 18 juillet 1866, cet organe se voit reconnaître le monopole des discussions

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 530.

¹¹¹ *Recueil général des lois, décrets, ordonnances, etc. depuis le mois de juin 1789 jusqu'au mois d'août 1830*, Paris, Administration du journal des notaires et des avocats, 1839, t. 13, p. 1-2.

¹¹² P. BASTID, *Sieyès et sa pensée, op. cit.*, p. 537.

constitutionnelles. Le 14 mars 1867, il se reconnaît la faculté de s'opposer à la promulgation de certaines lois¹¹³. Cette évolution trouve son aboutissement dans le sénatus-consulte du 20 avril 1870 qui fait perdre au Sénat son pouvoir constituant pour en faire une chambre haute¹¹⁴. On le comprend, en devenant une partie du corps législatif, le Sénat du Second Empire perd en grande partie ses compétences en matière de contrôle de constitutionnalité des lois puisqu'il est peu probable qu'il annule un texte qu'il a lui-même adopté. Progressivement donc, on s'éloigne à nouveau du système de la *jurie constitutionnaire* imaginé par Sieyès. Par ailleurs, cet organe, comme son prédécesseur, ne témoigna jamais d'un grand zèle pour effectuer ce contrôle. En effet, si le veto du Sénat du Second Empire contre une loi frappée d'inconstitutionnalité empêche l'exécutif de promulguer la loi, une garantie d'indépendance qui le différencie de son homologue du Premier Empire, cette compétence ne fut utilisée qu'une seule fois à propos d'une loi sur les instruments de musique, 25 sénateurs la considérant alors comme inconstitutionnelle. Il n'y eut pas de suite. Et si certains membres de cet organe s'émurent parfois de l'inconstitutionnalité de certains actes, à l'instar du général Aristide de la Ruë (1795-1872) lors de la séance du 15 juillet 1866, ils n'en demandèrent pas l'annulation pour inconstitutionnalité¹¹⁵. À nouveau, le fonctionnement et la composition du Sénat n'étaient guère semblables aux vœux originaires de Sieyès et le contrôle de constitutionnalité, uniquement théorique.

2. La postérité doctrinale de Sieyès

a) L'influence sur la pensée libérale

La relation entre Sieyès et le courant du libéralisme politique est ambiguë : alors que le premier avait été un des premiers à rejeter le système anglais comme modèle lors des débats de la Constituante¹¹⁶, les libéraux sont les premiers, et pour longtemps, à vanter le modèle anglais. Pour autant, ces derniers ne manquent pas de s'inspirer d'un grand nombre de théories développées par l'abbé. Certes, nombre d'entre eux ne se reconnaissent aucune filiation avec la pensée de Sieyès, à l'instar de Lucien-Anatole Prévost-Paradol (1829-1870) ou d'Édouard Laboulaye (1811-1883), quoique celui-ci fût un de ses lecteurs et le qualifia d'« esprit ingénieux », avant d'ajouter une note le décrivant comme « chimérique et paradoxal¹¹⁷ ». Mais sa pensée pénétra amplement ce courant, notamment grâce à l'entremise de Benjamin Constant. Les deux hommes se connaissaient fort bien, l'abbé ayant même fait nommer celui-ci au Tribunat le 24 décembre 1799, malgré l'opposition de Bonaparte¹¹⁸. Leurs conceptions se rejoignent ainsi non seulement sur la notion de souveraineté, nécessairement limitée, mais aussi, plus particulièrement, sur la nécessité d'un pouvoir indépendant des autres afin d'assurer l'harmonie de ceux-ci.

Benjamin Constant adhère pleinement à la théorie de la souveraineté limitée de Sieyès. Si aucun de ses écrits ne s'y réfère explicitement, le membre du groupe de

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ V. ADOUMIE, *De la monarchie à la république. 1815-1879*, Vanves, Hachette, [2013] 2016, p. 96.

¹¹⁵ C.-A. DE JANZE, *La Constitution de 1852, par un des 42*, op. cit., p. 139-140.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 13.

¹¹⁷ É. LABOULAYE, *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier et Cie, 1872, p. 161.

¹¹⁸ É. HOFFMANN, *Les « principes de politique » de Benjamin Constant*, Genève, Librairie Droz, 1980, p. 187-193.

Coppet le reconnaît explicitement en 1830, lors du retour Sieyès de l'exil auquel il avait été condamné, affirmant : « C'est aussi à Sieyès que nous devons le principe le plus nécessaire à reconnaître dans toute organisation politique, la limitation de la souveraineté. Il y avait du courage à le proclamer au sein de la Convention qui avait terriblement abusé de la souveraineté illimitée¹¹⁹. » Dans ses *Principes de politique*, il affirme ainsi : « La souveraineté du peuple n'est pas illimitée, elle est circonscrite dans les bornes que lui tracent la justice et les droits des individus. La volonté de tout un peuple ne peut rendre juste ce qui est injuste¹²⁰. » On remarque également la conception relativement jusréaliste de Constant, partagée avec Sieyès. De cette conception de la limitation de la souveraineté découle nécessairement une réflexion sur les libertés individuelles :

Les citoyens possèdent des droits individuels indépendants de toute autorité sociale ou politique, et toute autorité qui viole ces droits devient illégitime. Les droits des citoyens sont la liberté individuelle, la liberté religieuse, la liberté d'opinion, dans laquelle est comprise sa publicité, la jouissance de la propriété, la garantie contre tout arbitraire. Aucune autorité ne peut porter atteinte à ces droits sans déchirer son propre titre¹²¹.

Le corollaire de cette idée est la circonscription de la souveraineté dans un champ strict, qui doit se limiter aux dangers qui affectent la société, de l'intérieur comme de l'extérieur¹²². Les conceptions politiques de Constant l'amènent ainsi à partager avec Sieyès le souhait de voir instaurer un pouvoir au-dessus et en dehors des autres pouvoirs, destinées à assurer leur harmonie.

Car la *jurie constitutionnelle* imaginée par l'abbé trouvera une certaine postérité dans l'œuvre de Benjamin Constant, à travers le « pouvoir neutre » théorisé par ce dernier. Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un contrôle de constitutionnalité des lois qu'envisage celui-ci, mais d'un organe régulateur, à la manière de la *jurie*. Il le décrit ainsi :

Lorsque les citoyens divisés entre eux d'intérêt se nuisent mutuellement, une autorité neutre les sépare, prononce sur leurs prétentions et les préserve les unes des autres. Cette autorité, c'est le pouvoir judiciaire ; de même, lorsque les pouvoirs publics se divisent et sont prêts à se nuire, il faut une autorité neutre qui fasse à leur égard ce que le pouvoir judiciaire fait à l'égard des individus. Le pouvoir préservateur est, pour ainsi dire, le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs¹²³.

Cet organe doit être au-dessus de tous les autres et des conflits potentiels qui peuvent naître entre eux. Constant considère qu'un tel pouvoir devrait avoir un intérêt à la préservation de la Constitution. Pour celui-ci, la clef de la garantie de la Constitution réside dans une organisation des pouvoirs qui donne à toutes les

¹¹⁹ B. CONSTANT, « Souvenirs historiques à l'occasion de l'ouvrage de M. Bignon », *Revue de Paris*, 1830, t. 11, p. 121.

¹²⁰ *Id.*, *Principes de politique applicable à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, Paris, Alexis Emery, 1815, p. 28.

¹²¹ *Ibid.*, p. 25.

¹²² A. LAQUIÈZE, « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et du XX^e siècle », art. cité, p. 74.

¹²³ B. CONSTANT, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, Paris, Aubier, 1991, p. 390, cité dans L. JAUME, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la Révolution et des premières années du XIX^e siècle ? », art. cité, p. 27.

autorités l'intérêt d'observer cette dernière¹²⁴. Par ailleurs, cette fonction doit être discrétionnaire et ne peut rien ordonner aux individus. Ce pouvoir doit pouvoir dissoudre les Chambres et destituer le gouvernement. Qui le compose ? Le premier modèle imaginé par Constant imagine un corps collectif, avant de se rallier à l'idée que c'est le monarque qui doit exercer une telle mission, à la manière de la Grande-Bretagne¹²⁵. Si un tel pouvoir a un certain nombre de points communs avec la *jurie constitutionnelle* de Sieyès, il n'en diverge pas moins sous certains aspects. Dans sa version républicaine en effet, le « pouvoir neutre » de Constant est particulièrement démocratique, tandis que la *jurie* de Sieyès a une composition relativement élitiste. Malgré tout, les deux systèmes se rejoignent en ce que, si la *jurie constitutionnelle* doit être composée des hommes les plus vertueux, au sens aristotélien du terme, les meilleurs dans leur domaine, afin d'assurer sa propre pérennité, le « pouvoir préservateur », comme l'appelle Constant, a pour objectif de ne pas être renversé, non pour protéger ses pouvoirs, fort limités, mais pour sauvegarder sa dignité¹²⁶. Malgré ces quelques ressemblances, il s'agit de souligner que Constant a abandonné l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois : s'inscrivant dans l'idée que c'est avant tout l'équilibre des pouvoirs qui permet la sauvegarde de la Constitution, il ne fait qu'imaginer un organe susceptible de faciliter celui-ci.

b) « Génie » ou « esprit creux » – le regard des historiens

Après l'accroissement de la mainmise de Napoléon Bonaparte sur le régime issu de la Constitution de l'An VIII et, à plus forte raison, après sa mort en 1836, l'abbé Sieyès tomba relativement dans l'oubli. Il fallut attendre le Second Empire pour que les historiens, soucieux de légitimer le régime napoléonien en rappelant l'action d'un homme qui en fut un des premiers artisans, s'intéressent à nouveau à sa personne et à son œuvre. Si les écrits à propos de Sieyès durant cette période sont relativement élogieux, ce n'est plus guère le cas à partir de l'instauration de la Troisième République. L'historiographie de cette période témoigne de l'ambivalence de la personnalité de Sieyès, tantôt considéré comme un génie, tantôt comme un « esprit creux » ou un « traître ». Cette personnalité ambiguë est en effet difficile à appréhender : même s'il est l'un des révolutionnaires les plus célèbres à travers son pamphlet « Qu'est-ce que le Tiers-État ? », il est aussi l'allié de Bonaparte, l'instigateur du 18 brumaire qui devait mettre fin à la Révolution, que lui-même appela de ses vœux. On pourra s'étonner de la présence d'un tel paragraphe dans une étude consacrée à l'histoire du droit. Il semblait cependant nécessaire de comprendre comment la personnalité de Sieyès a été jugée *a posteriori* pour appréhender le jugement porté sur sa *jurie constitutionnelle* durant les décennies suivantes. Car les juristes ne manquent pas de lire les historiens. De manière générale, ce jugement est particulièrement mitigé, tant concernant la personnalité de l'abbé que son projet de *jurie*.

Comme le note Alphonse Armant Bigeon, dont la biographie de Sieyès fit longtemps référence dans le monde des historiens, tout comme celui des juristes – dans un article paru en 1936, Boris Mirkine-Guetzévitch (1892-1955) y fait

¹²⁴ D. ROUSSEAU, « La garantie de la Constitution », in J.-P. CLEMENT, L. JAUME et M. VERPEAUX (dir.), *Liberté, libéraux et constitutions*, Paris, Economica, 1997, p. 103.

¹²⁵ L. JAUME, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la Révolution et des premières années du XIX^e siècle ? », art. cité, p. 27-28.

¹²⁶ M.-H. CAITUCOLI-WIRTH, « La vertu des institutions : l'héritage méconnu de Sieyès et de Constant », *Histoire@Politique*, 2012, n° 16, p. 121-139, ici p. 133-134.

référence¹²⁷, l'historiographie s'est attachée « à ne voir en lui que le théoricien abstrait, le métaphysicien nébuleux aux idées chimériques, le Constituant de chambre, aux conceptions vagues et irréalisables¹²⁸ ». Il dépeint là l'une des tendances les plus favorables à Sieyès, qui tend à en faire un génie incompris. Une partie des historiens reconnaît ainsi en lui, durant les Troisième et Quatrième Républiques, l'auteur de projets « ingénieux et compliqués, comme tout ce qui sortait de l'esprit de Sieyès¹²⁹ » ou « remarquables par la lucidité de l'exposition et l'harmonie de l'ensemble¹³⁰ ». La doctrine ne se montre cependant pas toujours tendre avec le théoricien, comme le montre fort bien le jugement de Mirkine-Guetzévitch : « Et Sieyès prononce gravement cette phrase grotesque : “La politique est une science que je crois avoir achevée”. Il n'en comprend pas le ridicule et il croit posséder la pierre philosophale de son art social¹³¹. » Et celui-ci d'insister : « Très vite, il a déçu ses admirateurs. Il n'écrit plus, il ne produit rien, il répète toujours qu'il a un plan de Constitution [...]. Au fur et à mesure qu'il développe ses projets, on s'aperçoit que le fameux plan est nul, que ses projets sont grotesques, inapplicables¹³². » À l'occasion du discours prononcé par l'avocat général Jean Cruppi (1855-1933) lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation en 1896, celui-ci n'hésite pas à qualifier Sieyès d'« esprit creux¹³³ ». Quant à la personnalité elle-même, elle est particulièrement décriée par l'historiographie. Bigeon loue certes le révolutionnaire, mais critique de manière particulièrement virulente l'homme qui précipita la République lors du 18 brumaire¹³⁴. Certains, ignorant le révolutionnaire, en font l'objet de toutes leurs critiques : « Le crime de Brumaire fut œuvre d'un soldat, Bonaparte et de trois anciens prêtres : Sieyès, Talleyrand, Fouché, quatre noms qui signifient trahison, parjure, corruption¹³⁵. » On le comprend, l'homme et le théoricien sont loin de faire l'unanimité dans les décennies qui suivirent sa mort. Son projet de *jurie constitutionnaire* également.

Une partie de l'historiographie sous le Second Empire ne manque pas de louer le contrôle de constitutionnalité imaginé par Sieyès. Ainsi, au prix d'erreurs historiques particulièrement édifiantes, Paul Lacroix (1806-1884), reprenant l'*Histoire de France* de Louis-Pierre Anquetil (1723-1808), affirme : « Dans le chef-d'œuvre de Sieyès, il y avait au sommet du pouvoir un grand électeur à vie, nommé par le sénat et nommant lui-même deux consuls, celui de la paix et celui de la guerre. Le Grand Électeur était placé à la tête d'un jury constitutionnaire chargé de faire toutes les élections. Il était révocable par le sénat, mais il avait le pouvoir

¹²⁷ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « L'abbé Sieyès », *La Révolution française : revue historique*, 1936, t. 5, p. 229-237, ici p. 229.

¹²⁸ A.-A. BIGEON, *Sieyès, l'homme – le constituant*, op. cit., p. 2.

¹²⁹ A. DE LA FORGE, « La liberté de la presse sous la Révolution française », *La Révolution française : revue historique*, 1881, t. 1, p. 41-52, ici p. 48.

¹³⁰ M. SPRONCK, « Éphémérides de la Révolution française », *La Révolution française : revue historique*, 1882, t. 2, p. 898-904, ici p. 898.

¹³¹ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « L'abbé Sieyès », art. cité, p. 232.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Journal officiel de la République française. Lois et décrets*, 1896, partie non-officielle, p. 5703.

¹³⁴ A.-A. BIGEON, *Sieyès, l'homme – le constituant*, op. cit., p. 3-4.

¹³⁵ J.-C. COLFAVRU, « Documents inédits sur le 18 brumaire », *La Révolution française : revue historique*, 1881, t. 1, p. 53-59, ici p. 54.

d'absorber tous les fonctionnaires dans certaines circonstances¹³⁶. » Tous ne furent cependant pas aussi affables, même durant cette période. Prosper Duvergier de Hauranne (1798-1881), décrivant le discours du 18 thermidor, se montre bien plus acerbe : « Quand ce plan, si péniblement élaboré, fut connu, la faveur dont avait joui la jurie constitutionnaire tomba subitement et Berlier eut besoin d'expliquer l'adhésion que la commission y avait donné¹³⁷. » La discipline historique devait cependant jouer un rôle crucial dans la postérité de la *jurie constitutionnaire*. Il convient de souligner ainsi que tous les étudiants de première en apprenaient le mécanisme à l'orée du XX^e siècle. Un cours complet d'histoire de 1901 décrit précisément l'idée de Sieyès et la qualifie même de « chef-d'œuvre d'horlogerie politique¹³⁸ ». Cela est central, car tous les futurs juristes pouvaient précocement apprendre son existence. Pour autant, leur opinion fut souvent rude sur la *jurie*. L'avocat général Cruppi affirme ainsi que l'objectif de Sieyès était de donner tous les pouvoirs à sa *jurie*¹³⁹, tandis que Mirkine-Guetzévitch dénie le moindre réalisme à Sieyès lorsqu'il propose son projet : « Quel projet irréalisable ! Proposer une jurie constitutionnaire (le contrôle constitutionnel des lois) à l'époque de la Révolution, ce n'était pas seulement inutile, mais absurde. L'assemblée a compris que le projet de Sieyès, très discuté, même à une époque normale était, au moment de la Révolution, un pédantisme dangereux¹⁴⁰. » La *jurie constitutionnaire* nourrit donc fortement les critiques de la doctrine juridique. Il ne s'agissait ici que d'analyser celles qui étaient autant dirigées vers l'homme que vers le projet. Mais la doctrine, jusqu'en 1958, témoigna d'un rejet général du contrôle de constitutionnalité tel qu'imaginé par Sieyès, comme on le verra dans le deuxième titre.

Aussi, alors que Sieyès avait cherché à établir un contrôle de constitutionnalité qui serait indépendant des luttes politiques du moment, en donnant un caractère relativement juridictionnel à sa *jurie constitutionnaire*, les Sénats conservateurs des deux Empires ôtèrent au projet initial toute forme d'indépendance, de sorte qu'ils ne s'adonnèrent jamais au moindre contrôle de constitutionnalité. Or, la doctrine des XIX^e et XX^e siècles, identifiant la *jurie constitutionnaire* aux Sénats conservateurs, va l'assimiler à un organe politique de contrôle, à l'opposé pourtant de ce qui avait été formulé originellement par l'abbé. Le Conseil constitutionnel est largement tributaire de cet héritage doctrinal : s'il cherche à établir une filiation avec la *jurie*, il est souvent présenté par la doctrine comme un organe juridictionnel, formule réussie et aboutie du contrôle de constitutionnalité.

II. LA JURIE CONSTITUTIONNAIRE, UN « ORGANE POLITIQUE » MAL-AIMÉ

La distinction conceptuelle entre les « organes politiques » et les « organes juridictionnels » chargés d'opérer un contrôle de constitutionnalité des lois se retrouve dans tous les manuels contemporains. Toutefois, il importe de souligner

¹³⁶ L.-P. ANQUETIL et P. LACROIX, *Histoire de France depuis les temps les plus reculés jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Dufour, Boulanger et Legrand, 1862, t. 5, p. 407.

¹³⁷ P. DUVERGIER DE HAURANNE, *Histoire du gouvernement parlementaire en France 1814-1848*, Paris, Michel Lévy frères, 1857, t. 1, p. 370.

¹³⁸ R. JALLIFFIER, *Cours complet d'histoire, rédigé conformément au programme du 11 août 1902 : cours de première, temps modernes et contemporains (1715-1815)*, Paris, Garnier frères, 1908, p. 608-609.

¹³⁹ *Journal officiel de la République française. Lois et décrets*, 1896, partie non-officielle, p. 5703.

¹⁴⁰ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « L'abbé Sieyès », art. cité, p. 234.

dans le présent titre qu'une telle distinction, loin d'être scientifique, cache des motivations relativement partisans de la part de la doctrine des Troisième et Quatrième Républiques. Souhaitant voir instauré un contrôle du législateur en faveur du juge ordinaire, les Sénats des deux Empires et à travers eux, la *jurie constitutionnelle*, sont des exemples passés insurmontables. Il s'agit dès lors de différencier un « bon » contrôle, impartial, d'un « mauvais » contrôle, aussi partial qu'arbitraire. Plus que jamais, la *jurie constitutionnelle* est assimilée à un prototype de contrôle, largement perfectible. En ce sens, celle-ci a largement contribué à la naissance d'une telle distinction que l'on ne retrouve dans aucun traité juridique étranger de cette époque. Il s'agit donc d'analyser le processus ayant conduit à l'identification de la *jurie* comme un « organe politique » de contrôle (A). La *jurie* est donc mal-aimée par la doctrine de cette époque, qui lui préfère le système américain de contrôle, du contrôle par le juge ordinaire pour certains, par une Cour suprême pour d'autres (B).

A. L'assimilation de la *jurie constitutionnelle* à un « organe politique »

1. Une nouvelle distinction conceptuelle

a) La distinction entre organe politique et organe juridictionnel

Sans conteste, le droit public contemporain doit beaucoup à la doctrine développée par les juristes de la Troisième République. Une distinction conceptuelle notamment, inventée dans les premières années du XX^e siècle, se retrouve dans tous les manuels de droit constitutionnel contemporain : celle entre les « organes politiques » et les « organes juridictionnels » chargés du contrôle de constitutionnalité des lois. Distinction promise à une brillante postérité. Pourtant, ce travail tâche de démontrer que cette invention ne fut pas neutre et trouva son origine dans une démarche militante de certains publicistes, convaincus de la nécessité de mettre en place en France un contrôle de constitutionnalité des lois. La *jurie constitutionnelle* se trouve d'emblée au centre de cette distinction et, d'une certaine manière, ce fut même elle qui la motiva. Il convient dans ce paragraphe de décrire le processus progressif qui conduisit à inventer les notions d'« organe politique » et d'« organe juridictionnel » de contrôle. Cette distinction n'est pas neutre pour la présente étude : elle devait influencer, et influence toujours, le regard de la doctrine sur la *jurie constitutionnelle*. Car le manichéisme succède bien souvent à la binarité. Cela explique également le regard ambivalent porté sur cet ancêtre putatif du Conseil constitutionnel. Ce paragraphe présente de manière générale des développements qui feront l'objet d'analyses plus précises dans la suite de ce titre.

Il n'est sans doute pas aisé de dresser la généalogie d'une distinction conceptuelle. Ce travail s'y attache donc du mieux qu'il peut. Une première étape est franchie par l'identification de la *jurie constitutionnelle* à un « tribunal politique ». Et du « tribunal politique », on en vient rapidement à l'assimiler à un « organe » ou un « corps » politique de contrôle. Enfin, par opposition, on invente la notion d'« organe juridictionnel » de contrôle. La distinction, à ce stade, demeure particulièrement floue, puisque ces deux concepts ne sont pas précisément définis. La redécouverte du mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois en France doit beaucoup à l'École libérale, et notamment à Tocqueville qui décrit le fonctionnement de ce contrôle aux États-Unis de manière fort détaillée dans *De la démocratie en Amérique* (1835-1840), comme on le verra dans la prochaine section.

De nombreux professeurs de droit, mais aussi des hommes politiques, se montrent favorables à l'importation d'un tel système en France. C'est en partie pour cette raison que la *jurie constitutionnelle* de Sieyès est redécouverte par les juristes sous la Troisième République. Certes, ce système n'était pas tombé dans l'oubli, grâce au travail des historiens et historiens du droit. En effet, l'effondrement du Second Empire s'était accompagné d'une relecture critique de ses institutions. Dans un ouvrage de 1879 retraçant l'histoire du Sénat et de la magistrature en France, Lourdeau décrit la *jurie constitutionnelle* comme un « tribunal de cassation politique [...] ne pouvant exercer aucune autre fonction politique¹⁴¹ ». On voit déjà s'opérer une transformation des propos de Sieyès qui caractérisait sa *jurie*, comme on l'avait vu, de « tribunal de cassation dans l'ordre constitutionnel ». Un double mouvement se fait jour. D'une part, en raison de l'attachement de la doctrine française à la séparation des pouvoirs, il est en effet inconcevable de penser un corps composé de juges non professionnels comme un corps judiciaire : l'expression « tribunal politique » est donc fort pratique. D'autre part, pour les professeurs de droit, de plus en plus nombreux à se montrer favorables à l'instauration du contrôle de constitutionnalité en France, mais conscients des échecs passés d'une telle tentative sous les deux Empires et de la mauvaise réputation en France de ce contrôle, il s'agit d'inventer une distinction en vue de montrer qu'une forme de ce contrôle est condamnable et l'autre viable. Le premier ouvrage pour cette étude qui ébauche cette distinction est l'*Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire* primé par l'Institut des sciences morales et politiques et publié en 1881 par Antoine Saint-Girons (1854-1941), avocat et professeur à la Faculté libre de droit. Il explique en effet le rejet de la *jurie constitutionnelle* par les constituants de l'An III car « c'était un corps trop politique, ayant des attributions trop étendues, pour ne pas soulever des conflits passionnés [...]. Pour remplir des fonctions si délicates, il faut posséder le calme de l'impartialité et surtout avoir des habitudes judiciaires¹⁴² ». Au prix d'un faux-sens, puisque pour les constituants, c'étaient précisément les mécanismes politiques qui rendaient inutiles l'instauration d'une *jurie constitutionnelle*, Saint-Girons pose les premières pierres d'une distinction promise à une longue postérité et ce, pour plaider discrètement en faveur de l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité par les tribunaux existants. Du « tribunal de cassation politique », on était passé à un « corps politique ».

Pour autant, la distinction conceptuelle n'était pas complète car elle partait de systèmes de contrôle existant ou ayant existé pour ensuite les caractériser. Or, tout concept doit être *a priori* : il ne doit pas partir d'exemples empiriques, mais les classer. Cette transformation fut réalisée par de nombreux publicistes postérieurs, notamment Hauriou et Esmein dont les apports feront l'objet de développements ultérieurs. Léon Duguit offrit une première définition en filigrane des deux notions d'« organe politique » et d'« organe juridictionnel » dans la deuxième édition de son *Traité de droit constitutionnel*. Après avoir souligné le droit pour chaque citoyen de ne pas respecter les lois « contraires au droit », il s'intéresse au contrôle de constitutionnalité effectué par une « haute cour » et, s'il trouve cette solution séduisante, il ne manque pas d'affirmer : « Si [les membres de cette haute juridiction] sont nommés par le gouvernement ou par le parlement, il est à craindre

¹⁴¹ E. LOURDEAU, *Du Sénat et de la magistrature dans la démocratie française*, Paris, Librairie Germer Baillière et C^{ie}, 1879, p. 58.

¹⁴² A. SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, Larose, 1881, p. 560.

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 demande¹⁴³. » Il ajoute ensuite : « Si la haute juridiction peut intervenir d'office et annuler spontanément toute loi pour inconstitutionnalité, elle devient un organe politique susceptible d'acquérir une trop grande puissance dans l'État¹⁴⁴. » Enfin, dans les pages suivantes, il exprime son adhésion à ce que tous les tribunaux puissent connaître de l'inconstitutionnalité d'une loi. Pour Duguit, donc, un « organe politique » de contrôle peut être qualifié comme tel dès lors que ses membres sont élus d'une part, ou qu'il puisse s'autosaisir. Cette première ébauche de définition n'eut pas vraiment de postérité. Et on peut le comprendre : de nombreux États américains pratiquaient à son époque et pratiquent toujours l'élection de leurs juges, tandis que l'administration civile sous la Révolution avait également conduit à une telle formule. Si on suit Duguit, ils ne seraient donc pas des juges, idée contestable. Ce fut finalement Joseph Barthélemy qui donna toute sa portée à cette distinction en opposant explicitement *a priori* les deux types d'organe et en leur donnant une définition opposée. Dans son *Traité de droit constitutionnel* (1926), co-écrit avec Paul Duez, il souligne, sans ambiguïté : « L'histoire et le droit comparé nous présentent deux systèmes touchant le contrôle de la constitutionnalité des actes : 1- le contrôle par un organe politique, 2- le contrôle par un organe juridictionnel¹⁴⁵. » Il définit ainsi l'organe politique comme « un organe constitutionnel distinct du gouvernement, du parlement et des tribunaux [qui] a comme mission principale, sinon exclusive, de vérifier la conformité à la Constitution des divers actes des autorités publiques et notamment du législateur¹⁴⁶ ». Cet organe possède donc une double caractéristique : d'une part, il doit se distinguer des trois pouvoirs conventionnels, d'autre part, le contrôle de constitutionnalité est sa principale prérogative. Cette définition coïncide par trop d'aspects à la *jurie constitutionnelle* imaginée par Sieyès, en reprenant l'expression de Sieyès rapportée par Boulay de la Meurthe selon laquelle cet organe « n'est rien dans l'ordre exécutif, rien dans le gouvernement, rien dans l'ordre législatif. Il est parce qu'il faut qu'il soit, parce qu'il faut une magistrature constitutionnelle¹⁴⁷ » pour ne pas avoir été créé de toute pièce pour s'appliquer à la *jurie constitutionnelle*, qui est d'ailleurs citée dans les lignes suivantes comme le principal exemple d'« organe politique », comme on le verra *infra*. Et ce, même s'il s'agit à nouveau d'un faux-sens, puisque ces termes s'appliquaient au *Collège des conservateurs*, et non à la *jurie*. Dans les pages suivantes, il définit ainsi l'« organe juridictionnel » chargé du contrôle : « dans ce système de contrôle, c'est un juge qui vérifie si l'acte est conforme à la Constitution » et souligne son impartialité¹⁴⁸. L'impartialité des membres de l'organe chargé du contrôle devient ainsi le critère prépondérant de la distinction. Par ailleurs, à travers la distinction de Barthélemy et Duez, on voit que la naissance de cette distinction doit beaucoup à la *jurie constitutionnelle*. Cette

¹⁴³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, Paris, Ancienne librairie Fontemoing et C^{ie}, [1911] 1923, t. 3, p. 665.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, [1926] 2004, p. 203.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ A. BOULAY DE LA MEURTHE, *Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'An VIII. Extraits des mémoires inédites de M. Boulay de la Meurthe*, Paris, Paul Renouard, 1836, p. 32.

¹⁴⁸ J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 207.

dernière fera date, et de nombreux travaux la reprendront. Pour ne citer qu'un exemple, l'auteur d'une thèse de 1935 portant sur le Tribunal suprême de la principauté de Monaco, décrivant l'évolution de la doctrine sur le contrôle de constitutionnalité, reprend cette distinction en ces termes : « La question a évolué à un autre point de vue : du contrôle par une assemblée politique, elle est devenue le contrôle par un organe juridictionnel¹⁴⁹. »

a) Les évolutions postérieures de la distinction : le contrôle populaire

La distinction conceptuelle entre organes chargés du contrôle de constitutionnalité des lois a été enrichie par la suite : en effet, durant la Seconde Guerre mondiale et à son issue, certains souhaitent éviter tout intermédiaire entre la Constitution et le peuple. Il n'est dès lors plus question d'un organe pour effectuer un tel contrôle, qui doit revenir directement ou indirectement au peuple par la voie du référendum. L'idée n'est en réalité pas nouvelle, puisqu'on avait pu voir qu'elle avait été envisagée par les révolutionnaires et critiquée par Thibaudeau. Une telle conception est à l'opposé de ce qu'imaginait Sieyès, partisan du régime représentatif, de la souveraineté limitée et de la conservation de la Constitution par des sages. Il convient cependant de décrire brièvement ce système, car il serait partiel de n'aborder la question du contrôle que par un organe, qu'il soit juridictionnel ou politique selon la doctrine.

Un certain nombre de projets de Constitution rédigés par la Résistance durant la Seconde Guerre mondiale ne considère pas le contrôle de constitutionnalité par un organe juridictionnel comme une garantie suffisante. Il faut dire que de nombreux juristes durant cette période, magistrats ou professeurs de droit, ne se sont pas démarqués par leur grande résistance à l'occupation nazie, voire ont même volontairement collaboré – Joseph Barthélemy, ministre de la Justice sous Vichy entre 1941 et 1943, illustre parfaitement ce phénomène¹⁵⁰. Il en a résulté une certaine méfiance à l'égard du juge, notamment dans sa capacité à protéger les droits fondamentaux. Les systèmes imaginés durant cette période privilégient donc, pour certains, un contrôle de constitutionnalité par voie de référendum organisé par un organe précis. On peut ainsi citer le projet de la Commission d'études de la réforme de la Constitution, rédigé en 1944, qui motive ainsi son choix : « Si le mandataire prend une décision contraire à la Constitution, et aux principes fondamentaux qui définissent la communauté nationale, le mandant seul apparaît compétent pour redresser son erreur. Le seul contrôle possible de la constitutionnalité des lois est donc celui du peuple consulté par la voie du référendum¹⁵¹. » Le second projet d'André Philip (1902-1970) est encore plus clair : « Il y a donc lieu d'organiser une procédure de contrôle de la constitutionnalité des lois ; celle-ci ne saurait être effectuée par un organisme judiciaire ; la souveraineté appartient au peuple, et non pas aux juges ; c'est donc le peuple lui-même qui doit effectuer son contrôle¹⁵². » Il

¹⁴⁹ J.-M. CROVETTO, *Le Tribunal suprême de la principauté de Monaco, le contrôle de constitutionnalité des actes et mesures de la puissance publique*, Paris, Jouve, 1935, p. 164.

¹⁵⁰ Pour de plus amples informations sur la collaboration des juristes français durant l'Occupation, voir : F. AUDREN et J.-L. HALPERIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS Éditions, 2013, p. 197-208 et, pour le Conseil d'État plus particulièrement, K. WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif. Du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, 2010, p. 98-99.

¹⁵¹ J.-E. CALLON, *Les Projets constitutionnels de la Résistance*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 208.

¹⁵² *Ibid.*, p. 233.

ne se prononce cependant pas sur l'identité de l'organe chargé d'organiser le référendum pour ce faire : cour de justice, président de la République, seconde assemblée, etc.

Ce dernier fut le principal acteur politique qui tenta de faire adopter un tel système à la Libération. Il ne mentionne pas l'existence du contrôle exercé par un « organe politique » mais, lors des débats de la commission de constitution de 1945, il mentionne trois possibilités de contrôle : le premier est « l'absence totale de contrôle », le deuxième est « le contrôle par l'autorité judiciaire qui a qualité pour proclamer la non-application de la loi », le troisième est « le contrôle par voie de référendum, le référendum étant mis en action par un organisme spécial¹⁵³ ». Mais la doctrine aura peut-être vu dans l'« organe spécial » une inspiration de la *jurie constitutionnelle*. Si les républicains populaires, ainsi que Philip, se prononcent en faveur du dernier système, les communistes de la Commission s'élevèrent contre une telle proposition qui risquait de remettre en cause la suprématie de la Constitution, tandis que la droite, favorable à un contrôle par une Cour suprême, ne s'y rallia guère. Le contrôle populaire n'eut donc pas de postérité, et le premier projet de la Commission ne comporta pas le moindre contrôle de constitutionnalité¹⁵⁴.

2. La jurie constitutionnelle, exemple symbolique de l'« organe politique »

a) La filiation avec le Sénat des deux Empires

La doctrine s'est durant longtemps montrée particulièrement critique à l'égard du projet de *jurie constitutionnelle* imaginée par Sieyès. Une des raisons à ce phénomène trouve ses racines dans l'identification de la *jurie* aux Sénats des deux Empires. Les reproches faits à ces derniers rejaillissent ainsi sur celle-ci, avec une double conséquence. Tout d'abord, on y voit l'origine de certaines erreurs historiques qui se perpétuent jusque dans les manuels de droit constitutionnel contemporains : les deux échecs du contrôle de constitutionnalité par ces organes des Premier et Second Empires occultent la préexistence d'une institution française chargée du contrôle de constitutionnalité des lois, à savoir le Conseil des Anciens, qui n'est plus du tout mentionné. Ensuite, suivant un phénomène similaire, la *jurie constitutionnelle* apparaît bien vite dans les traités juridiques de la Troisième République comme le premier système de contrôle imaginé en France, au détriment du mécanisme de contrôle théorisé bien avant par les physiocrates, ou les autres modèles présentés par les constituants de 1791. Là encore, cette erreur se perpétue jusqu'à nos jours. Enfin, il s'agit de souligner que cette filiation n'avait rien d'évident au départ : comme on avait pu le voir, ce n'est que très indirectement que la *jurie constitutionnelle* a servi de modèle aux Sénats des deux Empires : si modèle il y a, c'est bien davantage le *Collège des conservateurs* qu'il aurait fallu prendre en compte, et avec toutes les nuances que l'on avait eu l'occasion de souligner. De manière générale, la filiation établie par les manuels et traités juridiques de la Troisième République a eu des conséquences substantielles sur l'écriture des manuels contemporains, avec toutes les erreurs et les raccourcis que cela suppose.

¹⁵³ Séance de la commission de la Constitution, t. 1, p. 133, cité dans : J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, Paris, Dalloz, 2002, p. 394.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 395-406.

Étudier les thèses de doctorat de cette période présente l'avantage de découvrir les idées dominantes de la doctrine à la même époque. Le doctorant n'a pas encore eu le temps de développer son propre système de pensée et raisonne, sous la Troisième République, largement selon des idées couramment admises par la doctrine. Une thèse, plus particulièrement, témoigne de ce phénomène, celle d'André Lebrun sur l'inconstitutionnalité des lois aux États-Unis, publiée en 1899. On peut notamment y lire :

Le premier système complet de ce genre, qui ne fut jamais que théorique, fut celui que proposa Sieyès dans son grand discours à la Convention du 2 thermidor An III. Il faisait ressortir cette idée qu'on n'avait pas encore tiré un parti suffisant de la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir constitué ; que la conséquence pratique et qu'on avait omise, de la séparation entre ces deux pouvoirs, était la création d'une autorité compétente pour annuler les actes et les lois qui seraient contraires à la Constitution¹⁵⁵.

Nonobstant la nuance apportée par l'expression « système complet », on voit que, déjà à la fin du XIX^e siècle, les précédents systèmes de contrôle de constitutionnalité imaginés en France avaient été oubliés. La *jurie* devenait ainsi le premier modèle de ce genre. De manière similaire, ni le *Traité de droit constitutionnel* de Léon Duguit, ni le *Précis de droit constitutionnel* de Maurice Hauriou ne présentent d'autres systèmes antérieurs imaginés avant la *jurie*, qui apparaît ainsi comme une invention originale. Ce constat doit cependant être nuancé : deux publicistes (seulement) citent quelques systèmes imaginés pendant la Révolution. Il s'agit d'Adhémar Esmein et de Joseph Barthélemy. Le premier, dans ses *Éléments de droit constitutionnel*, cite ainsi, avant d'en venir à la *jurie*, les conceptions de Dupont de Nemours, celles de Robespierre et celles de Maxime Isnard (1758-1825), tous favorables à voir dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen un texte supérieur aux lois¹⁵⁶. Le second, dans son *Précis de droit constitutionnel*, cite le système du « grand jury national » proposé en 1793 par Marie-Jean Hérault de Séchelles (1759-1794)¹⁵⁷. Il importe de souligner que ceux-ci se sont démarqués par leur hostilité, à rebours d'une doctrine de plus en plus acquise à cette idée, à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois en France par le juge. On peut donc supposer que les partisans du contrôle ont plus ou moins omis de mentionner les systèmes de contrôle antérieurs à la *jurie*, afin de désigner plus aisément l'adversaire, le contrôle manqué par les « organes politiques ». La coïncidence est donc troublante.

Et de manière similaire, aucun professeur de droit ne mentionne le contrôle de constitutionnalité instauré au profit du Conseil des Anciens dans la Constitution de l'An III avant les Sénats des deux Empires. On peut à nouveau citer la thèse d'André Lebrun : « Le système de l'annulation des lois inconstitutionnelles sortit ainsi du domaine de la théorie, mais il n'y a pas d'exemple cependant qu'il ait jamais fonctionné¹⁵⁸. » Tout comme il était admis que la *jurie* était le premier système théorique de contrôle de constitutionnalité, on considérait les Sénats conservateurs comme les premières applications concrètes d'un tel principe. Car la doctrine de la Troisième République identifie unanimement la *jurie constitutionnaire* à ces organes de contrôle. Les exemples les plus emblématiques de ce phénomène sont ces lignes d'Adhémar Esmein : « Enfin le Sénat jouait le rôle

¹⁵⁵ A. LEBRUN, *L'inconstitutionnalité des lois aux États-Unis*, Paris, Arthur Rousseau, 1899, p. 8.

¹⁵⁶ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Larose et Forcel, 1896, p. 425.

¹⁵⁷ J. BARTHELEMY, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Librairie Dalloz, 1932, p. 108.

¹⁵⁸ A. LEBRUN, *L'inconstitutionnalité des lois aux États-Unis*, op. cit., p. 11.

d'un Tribunal de Cassation ; c'était, comme avait dit Sieyès, la "jurie constitutionnelle"¹⁵⁹ » ou celles de Léon Duguit : « La *jurie constitutionnelle* de Sieyès devient le Sénat conservateur de la Constitution de l'An VIII¹⁶⁰. » D'autres publicistes se montrent tout de même plus nuancés sur cette assimilation, qu'ils ne démentent pas, mais avec quelques précautions oratoires. Maurice Hauriou écrit ainsi : « Cette conception du Sénat conservateur fut elle-même une retouche pratique d'une ébauche plus théorique qui figurait dans le plan de Sieyès sous le nom de *jurie constitutionnelle*¹⁶¹. » De manière similaire, Ferdinand Larnaude (1853-1942), lors de la séance du 27 février 1902 à la Société de législation comparée, s'exclame : « Si le Droit avait, comme le croient certains, une puissance créatrice, il aurait dû résulter de ce caractère de la Constitution une règle analogue à celle que nous rencontrons aux États-Unis. Et c'est ce qu'avait bien vu le grand théoricien constitutionnel qui avait imaginé la jurie constitutionnelle, laquelle s'est transformée, sous la brutale influence du Premier Consul, en Sénat conservateur, qui n'a jamais rien conservé¹⁶². » Pour ne citer qu'un dernier exemple, Joseph Barthélemy écrit quant à lui que « le système [de la jurie constitutionnelle] n'eut pas de succès devant la Convention. Mais son auteur réussit à la réaliser partiellement avec le "Sénat conservateur" de la Constitution du 22 frimaire an VIII¹⁶³ ». On le comprend, nonobstant certaines nuances, la doctrine assimile complètement la *jurie constitutionnelle* aux Sénats des deux Empires, ces derniers étant la traduction concrète des conceptions théoriques de Sieyès. Ce faisant, toute mention au *Collège des conservateurs*, duquel ces organes ont tiré leur véritable inspiration, a disparu. Par ailleurs, aucun des publicistes susmentionnés ne décrit vraiment les différences qui existent entre le modèle et sa copie dans la vie institutionnelle des deux Empires. Et en raison de cette identification, les critiques de la doctrine à l'égard de ces organes s'appliquent également à la *jurie constitutionnelle*, désormais assimilée à un « organe politique de contrôle ».

a) Un contrôle politique donc biaisé

Comme on avait pu le souligner, l'un des objectifs de ce travail est de montrer que la *jurie constitutionnelle* a joué un rôle central dans la naissance de la distinction entre « organes politiques » et « organes juridictionnels » chargés du contrôle. La déficience des Sénats des deux Empires avait en effet jeté le discrédit sur le contrôle de constitutionnalité des lois en France. Dès lors, pour la doctrine favorable à l'introduction d'un tel mécanisme en France, il s'agissait de montrer que ces systèmes étaient mauvais, non pas parce qu'ils avaient été dévoyés, mais parce qu'ils l'étaient par leur essence même. Il fallait dès lors trouver une distinction permettant de différencier le contrôle viable et impartial du contrôle inexistant ou partial. Dans cette optique, et de la même manière que les Sénats des deux Empires, la *jurie* fut considérée comme un repoussoir par la doctrine qui ne

¹⁵⁹ A. ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814. Révolution, consulat & Empire*, Paris, Larose & Forcel, 1908, p. 270.

¹⁶⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, op. cit., [1911] 1923, t. 3, p. 666.

¹⁶¹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, [1923] 1929, p. 268.

¹⁶² F. LARNAUDE, « Les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, 1902, n° 3, p. 175-229, ici p. 216.

¹⁶³ J. BARTHELEMY, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 108.

pardonnait pas cet échec historique qui rendait difficile l'introduction d'un contrôle appelé de ses vœux. Et pourtant, comme on avait pu le voir, c'est précisément pour éviter les égarements de la politique que Sieyès avait plébiscité un modèle indépendant et supérieur aux autres pouvoirs. De là est issue, selon ce travail, l'erreur d'interprétation sur la *jurie* que l'on retrouve encore aujourd'hui dans les manuels de droit constitutionnel.

Il convient directement de nuancer ce propos, ce qui peut paraître certes étrange au premier abord. En effet, certains éminents professeurs de droit ne se sont ni ralliés à l'idée d'instaurer en France un contrôle de constitutionnalité des lois, ni à la distinction opérée entre « organe politique » et « organe juridictionnel » de contrôle. C'est le cas d'Adhémar Esmein. Certes, celui-ci qualifie volontiers la *jurie constitutionnaire* d'« organe politique » : « Mais cette autorité gardienne de la Constitution ne devait pas être le pouvoir judiciaire, bien que [Sieyès] lui donna le nom de jury ; ce devait être un corps spécial, politique et représentatif¹⁶⁴. » Pour autant, dans ce même texte, le professeur de droit constitutionnel remet largement en cause la distinction susmentionnée. Après avoir longuement exposé le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité opéré aux États-Unis, il ne manque pas de souligner : « 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 judiciaire¹⁶⁵. » Naturellement, c'est en partie parce qu'Esmein considère le système américain comme une remise en cause de la séparation des pouvoirs entre le législateur et le juge qu'il refuse cette distinction, au nom de la suprématie de la loi. Et c'est pour ce même motif qu'il rejette toute idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois en France :

Depuis que nos lois constitutionnelles de 1875 sont entrées en vigueur, la question ne s'est point posée de savoir si les tribunaux pouvaient être juges de la constitutionnalité des lois. Elle ne pouvait guère se poser : car, si cette Constitution a séparé le pouvoir législatif et le pouvoir constituant, défendant ainsi au Corps législatif de toucher aux lois constitutionnelles, elle n'a point, d'autre part, limité le champ d'action du législateur¹⁶⁶.

Nonobstant cette motivation, Esmein dénie donc à la distinction entre les organes chargés du contrôle de constitutionnalité toute pertinence et c'est en ce sens que, contrairement à nombre de ses collègues, il ne remet pas en cause le fait que la *jurie* soit un tribunal. On avait vu qu'il la caractérisait de « tribunal de cassation » et la dernière citation, qui vient juste après un développement consacré à la *jurie constitutionnaire* et au Sénat des deux Empires, l'assimile de cette manière à un « tribunal ». Cet exemple ne manque pas d'intérêt car c'est précisément contre ces arguments, qui rejettent le contrôle de constitutionnalité au motif que le juge opère lui-même et toujours un contrôle politique, que la distinction des organes chargés du contrôle est développée par la doctrine favorable à celui-ci. Il s'agit alors de montrer que le juge n'est pas capable d'un contrôle politique, qui est l'apanage d'autres systèmes.

Cette mise sur un pied d'égalité des « organes politiques » et des « organes juridictionnels » n'a guère échappé aux partisans du contrôle et suscita une réponse de Maurice Hauriou et de Léon Duguit. Ce dernier écrit notamment :

¹⁶⁴ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, op. cit., p. 426.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 423-424.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 428.

Naturellement, Esmein soutient l'opinion contraire. Il refuse aux tribunaux le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois et il écrit que leur reconnaître une pareille prérogative, ce serait leur donner véritablement un pouvoir politique. Hauriou lui répond très justement : « Un jugement qui refuse d'appliquer une loi à une hypothèse déterminée n'empêche point cette loi de devenir exécutoire ; il n'a point la prétention d'arrêter le parlement dans son droit de légiférer ni le chef de l'État dans la promulgation. Il ne s'occupe de cette loi qu'après la promulgation : il ne l'annule même pas, il ne déclare même pas la loi inapplicable en toute hypothèse. » Hauriou a pleinement raison¹⁶⁷.

On le comprend, l'enjeu est dès lors de montrer que le juge est incapable d'un contrôle politique de constitutionnalité, qui ne peut être dès lors que l'œuvre d'un « organe politique », incarné par les Sénats des deux Empires et, à travers eux, par la *jurie*, objets de toutes les critiques. Hauriou ne manque ainsi pas d'écrire :

Quant à des annulations de textes inconstitutionnels par [les Sénats des deux Empire], [...] il n'y en eut jamais. D'une part, le Sénat conservateur ne pouvait être saisi que par le gouvernement ou par le Tribunal, il ne pouvait ni se saisir d'office ni être saisi par des intéressés. D'autre part, en qualité de corps politique, le Sénat conservateur n'était pas indépendant, on s'était arrangé pour le ligoter¹⁶⁸.

Comme on a pu le voir, Hauriou commet ici une erreur historique puisque la Constitution de l'An XII prévoyait précisément l'auto-saisine du Sénat. Il est tentant d'y voir ici une tentative de celui-ci de présenter encore davantage cet organe comme politique. Les critiques de Duguit ne sont pas moins vives dans un passage ajouté à la seconde édition de son *Traité* : « Si le Sénat conservateur de la constitution de l'an VIII eut quelque indépendance au début du consulat, il devint bientôt entre les mains du premier consul et de l'empereur un instrument docile¹⁶⁹. » Il ajoute : « Le sénat du Second Empire ne fut pas plus indépendant, et son rôle se borna à modifier la constitution de 1852 au gré du prince¹⁷⁰. » Il s'agit ainsi d'expliquer l'échec en France du contrôle de constitutionnalité par le caractère politique de l'organe chargé du contrôle, en raison de son absence d'indépendance et de sa saisine restreinte. À nouveau, la thèse d'André Lebrun est particulièrement emblématique de cette rhétorique :

Il eût été incontestablement dangereux de confier cette mission à une assemblée politique, où les passions se seraient données libre carrière, où des discussions trop vives auraient rendu impossible un examen sérieux et attentif de la question. C'est l'erreur que commettait Sieyès dans la conception de sa jurie constitutionnaire. Il est probable que celle-ci eût manqué à son rôle, comme tous les corps politiques auxquels une semblable fonction fût attribuée : le collège des censeurs qui se réunissait en Pennsylvanie ne rendit jamais les services qu'on en attendait ; les Sénats de l'An VIII et du Second Empire faillirent presque aussitôt complètement à leurs devoirs. Seul le système américain, en remettant la solution de la question à un pouvoir neutre, permet qu'elle soit examinée à l'abri des passions politiques¹⁷¹.

En raison de sa parenté alléguée avec les systèmes impériaux, la critique faite à ces derniers rejaillit sur la *jurie constitutionnaire*. L'« organe politique » de contrôle

¹⁶⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, op. cit. p. 673.

¹⁶⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., [1923] 1929, p. 268.

¹⁶⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, op. cit., p. 666.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 667.

¹⁷¹ A. LEBRUN, *L'inconstitutionnalité des lois aux États-Unis*, op. cit., p. 180.

n'est en réalité qu'un concept commode pour désigner le mauvais contrôle, celui voué à l'échec, par opposition au bon contrôle, celui effectué par le juge. De l'exemple empirique du contrôle dérisoire effectué par le Sénat des deux Empires, ces professeurs de droit en tirent une conséquence essentialiste. Cela apparaît particulièrement sous la plume d'Hauriou :

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. C'est pour cette raison qu'on est obligé de se retourner vers le juge¹⁷².

Si le contrôle de constitutionnalité a échoué en France, c'est parce que l'organe chargé du contrôle était politique. Aussi faut-il laisser ce contrôle au juge. La distinction entre « organes politiques » et « organes juridictionnels » de contrôle était née. On verra dans le chapitre suivant que d'autres projets, ceux privilégiant une haute cour, ont pu recevoir ce qualificatif en vue de les discréditer. Le seul contrôle acceptable, c'est celui opéré par le juge.

3. La faible postérité de la jurie avant 1958

a) Le jugement mitigé des opposants au contrôle juridictionnel

Si le système de la *jurie constitutionnaire* ne fut jamais plébiscité par la doctrine juridique durant la Troisième République, du moins certains jugements sur celle-ci ne furent-ils pas aussi incisifs que ceux qui viennent d'être mentionnés. Il importe de souligner à ce titre que les avis les moins critiques émanent de juristes qui se montrent sceptiques face à l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité en France. C'est particulièrement le cas de Raymond Carré de Malberg et de Joseph Barthélemy. Particulièrement attachés à la suprématie de la loi, « expression de la volonté générale », ceux-ci ne regardent pas d'un œil hostile cet organe composé d'anciens représentants de la nation. Sans s'intéresser ici à proprement parler à des disciples de Sieyès, il s'agit de montrer que la *jurie constitutionnaire* fut pas uniquement source de critiques de la part de la doctrine.

Il importe de souligner ainsi que les publicistes les plus rétifs à l'idée d'instaurer un contrôle de constitutionnalité en France sous la Troisième République sont également ceux qui jugent le projet de Sieyès avec le moins de sévérité par rapport à leurs contemporains. Certes, ils ne s'opposent pas frontalement à l'introduction de ce système, mais ils émettent d'importantes réserves. Carré de Malberg, qui a importé en France la thèse jellinekienne de l'autolimitation de la puissance de l'État, juge ainsi impossible de permettre au juge un tel contrôle en l'état actuel de la Constitution, les lois de 1875 ne comportant que des dispositions relatives à l'organisation des pouvoirs et aucune règle statutaire bornant le pouvoir du législateur. Sans révision constitutionnelle, le contrôle lui semble donc impossible¹⁷³. Celui-ci ne distingue guère le contrôle de constitutionnalité opéré par des « organes politiques » ou « juridictionnels ». Quant à Barthélemy, qui fut *a contrario* celui qui théorisa la distinction dans les termes les plus clairs, il rejette aussi bien le contrôle par un « organe politique » que par un « organe juridictionnel ». Il affirme à ce titre : « Nous ne pensons pas que l'institution puisse

¹⁷² M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., [1923] 1929, p. 268.

¹⁷³ R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1931, p. 124-125.

s'établir en France et y constituer une sérieuse garantie contre l'oppression¹⁷⁴. » Tous deux perçoivent parfaitement la distinction entre la théorie, la *jurie constitutionnaire*, et l'expérience pratique qui en fut donnée à travers les Sénats des deux Empires. C'est en ce sens que Carré de Malberg, pour qui l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois ne remettrait pas en cause la souveraineté populaire puisque le peuple aurait ainsi, de sa propre volonté, décidé de limiter son pouvoir, fait l'éloge de Sieyès en ces termes :

C'est en s'inspirant de ces idées que le principal théoricien de la souveraineté populaire au temps de la Révolution, Sieyès, combinait avec sa définition du régime représentatif – dans lequel, disait-il, le peuple lui-même veut par ses représentants – l'institution d'une jurie constitutionnaire, qui aurait eu pour mission d'annuler les lois enfreignant la Constitution. Et les vues de Sieyès sur ce point étaient correctes : car, dans tout État de droit, la souveraineté populaire ou autre, ne peut s'exercer que dans les formes et sous les conditions fixées par l'ordre juridique en vigueur¹⁷⁵.

On sait du reste que Carré de Malberg était un lecteur assidu de Sieyès et que c'est en s'inspirant de ses écrits qu'il a développé sa théorie de l'organe¹⁷⁶. On voit par ailleurs à travers ces lignes de la plume du professeur alsacien qu'ignorant parfaitement la distinction entre les « organes politiques » et les « organes juridictionnels », celui-ci fait de la *jurie constitutionnaire* de Sieyès l'ancêtre nationale de tous les projets favorables au contrôle de constitutionnalité. Une telle conception devait elle aussi avoir une longue postérité, comme on le verra dans la troisième partie. Un an plus tard, Barthélemy, même s'il conclut en affirmant qu'« En France, l'examen de constitutionnalité par un corps politique a donc subi un échec presque complet¹⁷⁷ », il souligne que la *jurie constitutionnaire* « ne manque ni d'ampleur ni d'intérêt¹⁷⁸ ». Ce sont donc les partisans du contrôle de constitutionnalité par le juge ordinaire qui portent sur le système de Sieyès le regard le plus critique. Mais une telle conception n'est pas partagée par tous les professeurs de droit de la première moitié du XX^e siècle.

b) Le projet d'Alfred Naquet

Parmi toutes les propositions faites par des députés en vue d'instaurer un contrôle de constitutionnalité en France, il en est une, particulièrement, qui se rapproche de la *jurie constitutionnaire* de Sieyès, celle d'Alfred Naquet (1834-1916). Rien pourtant ne laisse présager la moindre parenté intellectuelle entre l'auteur de *Qu'est-ce que le Tiers-État* et le boulangiste et infatigable partisan du rétablissement du droit de divorce Alfred Naquet, qui fut du reste un fervent opposant à Napoléon III¹⁷⁹. L'influence de Sieyès est en réalité ici très incertaine, puisque celui-ci n'est pas cité par le député du Vaucluse. Mais le projet présenté par Naquet s'en

¹⁷⁴ J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., [1926] 2004, p. 225.

¹⁷⁵ R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, op. cit., p. 125.

¹⁷⁶ On a cependant pu souligner que Carré de Malberg n'avait en réalité pas bien compris la pensée de Sieyès sur ce sujet, voir : A. LAQUIEZE, « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et du XX^e siècle », art. cité, p. 82.

¹⁷⁷ J. BARTHELEMY, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1932, p. 110.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 109.

¹⁷⁹ Pour de plus amples informations sur la vie et l'œuvre d'Alfred Naquet, voir : C. PORTALEZ, *Alfred Naquet et ses amis politiques : patronage, corruption et scandale en République (1870-1898)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2018.

rapproche pourtant sur plusieurs points, ce que ne manquent pas de souligner Ferdinand Larnaude¹⁸⁰ et Paul Bastid¹⁸¹. Il s'agit donc de le présenter succinctement afin de le comparer avec celui de Sieyès.

C'est en 1894, au cours de la séance du 15 mars, qu'Alfred Naquet aborde la question du contrôle de constitutionnalité des lois, au milieu d'une proposition beaucoup plus globale de révision de la Constitution incluant le monocrisme et une réforme du pouvoir exécutif afin de lui donner plus de stabilité. Durant ce discours, Naquet cite sa référence : le modèle américain. Mais le député ne propose l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité que très brièvement :

Créer une Constitution limitative ; à côté de cette Constitution, établir, comme aux États-Unis, une Cour suprême judiciaire qui puisse, dans les espèces, affranchir l'individu de l'obéissance à la loi lorsqu'elle est inconstitutionnelle, absolument comme vos tribunaux peuvent briser dans les espèces l'arrêté d'un maire lorsqu'il n'est pas conforme à la loi [...], je crois que ce serait assurer une tout autre garantie que celle qui résulte de cette Assemblée¹⁸².

On n'en saura cependant pas plus sur ce projet au cours de ce débat. Pour en apprendre davantage, il faut se référer à un ouvrage qu'il a publié en 1873, *La république radicale*. Dans le chapitre XI, réservé à l'instauration d'une Cour suprême, il décrit plus en détail son projet. De manière générale, le rôle de cette Cour serait d'user de son veto suspensif contre les lois inconstitutionnelles. Concernant la composition, « le mieux serait [...] de la faire élire par l'Assemblée qui se sépare et pour une durée égale à celle de l'Assemblée qui doit suivre¹⁸³ ». Il justifie ce choix par le fait qu'il souhaite voir instaurée une chambre unique, chargée des révisions constitutionnelles proposées par la chambre qui l'a précédée. En ce sens, il s'agit pour cette dernière de protéger son œuvre de la nouvelle assemblée. Il faudra par ailleurs que cette Cour motive ses jugements et soit liée par des textes précis. Il propose par ailleurs qu'un certain nombre de principes soient inscrits dans la Constitution : ce sont uniquement sur le fondement de ceux-ci que cette Cour pourrait juger un texte inconstitutionnel. Sans rendre exhaustive la liste de ces principes, il souhaiterait qu'y figurent la séparation de l'Église et de l'État, le droit de réunion et d'association, ainsi que la liberté de la presse, l'obligation, la gratuité et la laïcité de l'enseignement, l'assiette de l'impôt et le choix de la capitale. On le comprend, ce sont surtout les grands chantiers législatifs que devait mener plus tard la Troisième République auxquels il fait référence, et donc principalement des droits sociaux. La description de cette « Cour suprême » s'arrête là. Ce projet réduit considérablement les possibilités de contrôle de constitutionnalité par rapport à celui de Sieyès. On notera cependant quelques parentés. Tout d'abord, et c'est la principale, la composition de cette Cour, faite d'anciens représentants de la nation, est très proche du mode de nomination imaginé par Sieyès. Par ailleurs, l'importance accordée à certains droits, notamment à la liberté de la presse, rapproche le projet du Sénat conservateur du Premier Empire, composé, comme on avait pu le voir, de deux commissions, dont

¹⁸⁰ F. LARNAUDE, « Les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », *op. cit.*, p. 223-224.

¹⁸¹ P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, *op. cit.*, p. 602.

¹⁸² *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires. Chambre des députés. Compte-rendu in extenso*, 15 mars 1894, p. 529.

¹⁸³ A. NAQUET, *La république radicale*, Paris, Librairie Germer-Baillière, 1873, p. 148.

l'une était précisément chargée de veiller à cette liberté, au moins en théorie. La postérité de la *jurie constitutionnaire* est donc bien maigre.

B. L'exaltation du contrôle par un « organe juridictionnel »

1. Les partisans du contrôle par le juge ordinaire

a) La découverte du système américain en France : Tocqueville et Laboulaye

Il semblait important dans cette étude de s'intéresser à l'exaltation du contrôle par un organe juridictionnel que l'on trouve dans une grande partie de la doctrine et dans de nombreuses propositions de révision constitutionnelle avant 1958. Cela pour deux raisons. Tout d'abord, il s'agit de mieux comprendre par là le jugement sévère porté par la doctrine sur la *jurie constitutionnaire*. Ensuite, les débats ici présentés ne sont pas sans influence sur la conception du contrôle de constitutionnalité après 1958. C'est sans conteste le courant libéral qui fit connaître le système américain de contrôle de constitutionnalité des lois aux publicistes français. Cela n'avait rien d'évident au départ, puisque nombre de libéraux sont davantage tournés vers la Grande-Bretagne que vers les États-Unis, à l'instar de Benjamin, Victor de Broglie, François Guizot ou Lucien Anatole Prévost-Paradol¹⁸⁴. Pourtant, ce furent bien les libéraux Alexis de Tocqueville et Édouard Laboulaye qui connurent le mieux le système américain en leur temps. La présentation qu'ils en font joue un rôle capital dans la découverte du contrôle de constitutionnalité par ce qui commençait à être appelé un « organe juridictionnel ». Leurs écrits inspirèrent donc fortement les partisans du contrôle tant par le juge ordinaire que par une Cour spéciale. Car, qu'on ne s'y méprenne pas : ce n'est pas tant Kelsen qui influença les publicistes et hommes politiques favorables à ce dernier modèle. Sa thèse n'était encore que peu connue en France. C'est bien la Cour suprême américaine. Et c'est en référence à l'organe américain chargé d'un tel contrôle que la notion d'« organe juridictionnel » fut inventée : il joua un rôle équivalent à celui de la *jurie constitutionnaire* dans la naissance du concept d'« organe politique ». Cela peut paraître ironique, puisque Tocqueville ne cesse d'insister dans *De la démocratie en Amérique* sur le pouvoir politique laissé au juge américain. Il importe donc de revenir sur l'œuvre de ces deux libéraux pour comprendre la réception faite en France au contrôle de constitutionnalité en vigueur aux États-Unis.

Dans le premier volume de *De la démocratie en Amérique*, Tocqueville s'intéresse durant un chapitre entier, le chapitre 6, au juge américain. Il commence par souligner sa très grande proximité avec les juges européens, mais affirme que les premiers ont une puissance bien supérieure aux seconds, en donnant la raison suivante : « 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 inconstitutionnelles¹⁸⁵. » Deux raisons expliquent cette prérogative du juge américain. D'abord, la Constitution américaine apparaît comme la loi suprême, supérieure à toutes les lois ordinaires. En ce sens, et contrairement à la France de la

¹⁸⁴ A. LAQUIEZE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^e siècle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2003, n° 18, p. 29-44, ici p. 31.

¹⁸⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Pagnerre, [1835] 1848, t. 1, p. 160.

monarchie de Juillet sous laquelle écrit Tocqueville, elle n'est pas immuable, mais ne peut pas être modifiée par une loi ordinaire. Ensuite, le juge américain, saisi d'un litige, procède à une combinaison de normes, déterminant la règle de droit qui s'impose dans chacun d'eux¹⁸⁶. Il s'intéresse également aux juges dans leurs fonctions de « légistes » : grâce à leur inamovibilité et à leur pouvoir de déclarer une loi inconstitutionnelle, ils disposent d'une autorité suffisante pour réfréner les passions populaires. Le juge n'est pas simplement le gardien de la Constitution, il est aussi celui de la paix sociale¹⁸⁷. Pour autant, et alors que c'est en partie grâce aux écrits de Tocqueville que le système américain fut connu, on fera de celui-ci le symbole du contrôle exercé par un « organe juridictionnel ». Or, Tocqueville insiste au contraire sur le rôle politique joué par le juge américain : « Mais le juge américain est amené malgré lui sur le terrain de la politique. Il ne juge la loi que parce qu'il a à juger un procès, et il ne peut s'empêcher de juger le procès. La question politique qu'il doit résoudre se rattache à l'intérêt des plaideurs, et il ne saurait refuser de la trancher sans faire un déni de justice¹⁸⁸. » Pour Tocqueville, la fonction juridique est de nature politique, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'un contrôle de constitutionnalité. Une distinction entre « organe politique » et « organe juridictionnel » de contrôle n'aurait donc aucun sens. Quant à Laboulaye, son *Histoire politique des États-Unis*, moins analytique, s'en tient à des affirmations générales. Dans la préface, il souligne : « Les Américains ont établi une autorité qui maintient dans l'obéissance le législateur lui-même ; cette autorité, c'est le pouvoir judiciaire. Depuis Montesquieu, nous répétons sans cesse qu'il y a trois pouvoirs dont la séparation importe à la conservation de la liberté ; mais qu'on me montre une Constitution où la justice ait jamais été un pouvoir politique¹⁸⁹ ? » Laboulaye partage l'idée de Tocqueville suivant laquelle tout jugement possède des motivations politiques.

Ces deux ouvrages ne présentent cependant guère en détail le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis, même s'il faut souligner que Tocqueville s'attarde longuement sur le contrôle par voie d'exception des juges américains. Selon lui, c'est là le moyen d'éviter le « gouvernement des juges », pour employer une expression anachronique d'Édouard Lambert. Les vertus de ce contrôle sont d'empêcher tout intérêt partisan. Il est donc bien préférable au contrôle par voie d'action. Tocqueville met là en lumière une autre distinction concernant le contrôle de constitutionnalité que celle sur laquelle se concentre ce titre. Pourtant, la doctrine préférera bien souvent, pour juger de l'efficacité de ce contrôle, la distinction entre « organe politique » et « organe juridictionnel ». Pour avoir de plus amples informations sur le mécanisme du contrôle américain, il faut se référer à des écrits postérieurs et notamment au discours de Ferdinand Larnaude à la Société de législation comparée. Celui-ci distingue ainsi « trois degrés de juridiction » composés des tribunaux fédéraux, des tribunaux d'État et de la Cour suprême, tous susceptibles de contrôler la constitutionnalité d'une loi¹⁹⁰. Il décrit ensuite la composition de cette dernière

¹⁸⁶ A. LAQUIÈZE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 34-35.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 36.

¹⁸⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁸⁹ É. LABOULAYE, *Histoire des États-Unis. Histoire de la Constitution*, Paris, Charpentier, 1866, p. IX.

¹⁹⁰ F. LARNAUDE, « Les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 183.

Cour¹⁹¹, puis au contrôle de constitutionnalité opéré par les États particuliers¹⁹², ainsi qu'à la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire la manière par laquelle les tribunaux sont saisis de ces questions, de la procédure qui s'applique et des conséquences de l'annulation¹⁹³. Toutes ces informations sont centrales pour comprendre l'origine des différents projets de contrôle de constitutionnalité qui se multiplient avant 1958.

À ce titre, Tocqueville et Laboulaye ne partagent pas la même opinion. Le premier refuse l'introduction du système américain en France. En effet, cela reviendrait à octroyer au juge le pouvoir constituant. En effet, la Charte de 1830 ne prévoit pas d'articles pour sa révision. Aussi, « seuls ils auraient le droit d'interpréter une constitution dont nul ne pourrait changer les termes¹⁹⁴ ». Il ajoute :

Je sais qu'en refusant aux juges le droit de déclarer les lois inconstitutionnelles, nous donnons indirectement au corps législatif le pouvoir de changer la constitution, puisqu'il ne rencontre plus de barrière légale qui l'arrête. Mais mieux vaut encore accorder le pouvoir de changer la constitution du peuple à des hommes qui représentent imparfaitement les volontés du peuple, qu'à d'autres qui ne représentent qu'eux-mêmes¹⁹⁵.

Il vaut mieux encore laisser un représentant, même imparfait, de la population, réviser la Constitution qu'un juge qui n'a aucune légitimité pour ce faire. Le second s'y montre au contraire favorable. Il le souligne du reste lors d'une conférence au Collège de France : la présentation du système américain doit servir à savoir en France ce qu'est une Constitution qui ne consacre pas la toute-puissance du législateur¹⁹⁶. Il souligne ensuite qu'il arrive que les Chambres votent des lois contraires à la Constitution. Et c'est précisément en raison de ces lois mésestimées par les Français que ces derniers font des révolutions. Les nouvelles révolutions accouchent de nouvelles Constitutions, qui ne seront pas plus respectées que les précédentes. D'où un cercle vicieux. Pour en sortir, Laboulaye propose donc de s'inspirer du système américain de contrôle de constitutionnalité des lois. Celui-ci doit s'exercer par voie d'exception, tandis que le professeur de Législation comparée se montre favorable à la nomination des juges, et non à leur élection. Ils devraient également être inamovibles¹⁹⁷. Il s'agit là d'un premier exemple de proposition d'instauration d'un contrôle inspiré par les États-Unis – quoique d'autres, contemporains, ont pu être proposés, à l'instar de celui de Jacques Berriat-Saint-Prix (1769-1845) apparaissant dans son *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*¹⁹⁸. Face au modèle américain qui lui est préféré, la *jurie constitutionnaire* apparaît donc comme le système le plus critiquable.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 184.

¹⁹² *Ibid.*, p. 192-195.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 195-197.

¹⁹⁴ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, *op. cit.*, p. 161.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 161-162.

¹⁹⁶ A. LAQUIEZE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 41.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 41-42.

¹⁹⁸ J. BERRIAT-SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq, 1836.

b) Les universitaires favorables à ce système

La présentation du système américain a fait de nombreux émules parmi les professeurs de droit. Jeannette Bougrab souligne en ce sens que la doctrine était le plus souvent favorable au modèle américain, quand les hommes politiques étaient partisans du système de contrôle européen, hérité d'Hans Kelsen¹⁹⁹. Si cette affirmation mérite d'être nuancée dans la mesure où le modèle d'une Cour unique, qui sera abordé dans la prochaine section, est bien davantage inspiré en France par la Cour suprême américaine que par le système kelsenien – la *Théorie pure du droit* ne fut publiée qu'en 1934 et ne fut vraiment connue en France qu'après sa traduction par Charles Eisenmann, alors que de nombreux députés souhaitaient bien avant cette date voir instauré dans leur pays un contrôle de constitutionnalité des lois, elle a le mérite de mettre en évidence le phénomène suivant : la doctrine ne s'inspire pas entièrement du système américain puisqu'elle ne plébiscite qu'un contrôle effectué par le juge ordinaire, sans Cour suprême. Elle montre en outre que les propositions faites par les hommes politiques en ce sens ont été fort limitées. Pour autant, le nombre de professeurs de droit partisan d'un contrôle opéré par le juge ordinaire est particulièrement important. Outre ceux qui vont faire l'objet de développements dans ce paragraphe, il faut mentionner Achille Mestre (1874-1960), Louis Rolland (1877-1956), Paul Beauregard (1853-1919), Georges Blondel (1856-1948), ou encore Julien Laferrière et François Gény (1861-1959). Il importe également de noter que ceux-ci considèrent qu'un tel contrôle n'a pas besoin d'être mentionné dans la Constitution : tout juge devrait faire prévaloir les lois constitutionnelles sur les lois ordinaires dans le cadre d'un litige. Ce type de contrôle leur paraît le seul viable et c'est au nom de ce principe qu'ils promeuvent la distinction entre « organes politiques » et « organes juridictionnels » de contrôle. On s'intéressera ici plus particulièrement à Léon Duguit, Maurice Hauriou, ainsi que Gaston Jèze.

Gaston Jèze fut incontestablement l'un des plus fervents et l'un des premiers partisans de l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité opéré par le juge ordinaire. Dans un article publié en 1895 dans *La Revue générale d'administration*, il affirme en ce sens :

Les tribunaux ont le devoir, semble-t-il, de refuser l'application de la loi vicieuse, et cela en vertu des principes généraux. Le tribunal, en effet, se trouve en présence de deux textes contradictoires : la loi constitutionnelle, l'acte du Parlement ; il doit assurer l'exécution de la loi en vigueur. Cette loi, quelle est-elle ? C'est évidemment la loi constitutionnelle car il est hors de contestation que qu'une loi ordinaire ne peut abroger la loi constitutionnelle. 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 attributions²⁰⁰.

Il esquisse ainsi, quoiqu'encore assez timidement par rapport à certains de ses textes postérieurs, le contrôle de constitutionnalité par le juge ordinaire. Ce dernier, en vertu de sa mission même, peut opérer ce contrôle directement, sans qu'il soit besoin qu'un quelconque texte lui en donne compétence. Autrement dit, Gaston Jèze exhorte le juge à agir de la même manière que la Cour suprême des États-Unis en 1803 dans la fameuse affaire *Marbury v. Madison*. Ce volontarisme apparaît de manière bien plus marquée dans la consultation donnée par Jèze, avec l'appui d'Henry Berthélemy (1857-1943), à la Société communale des tramways de

¹⁹⁹ J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, op. cit., p. 393.

²⁰⁰ G. JEZE, « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », *Revue générale d'administration*, 1895, t. 2, p. 401-415, ici p. 410.

Bucarest, soutenant à cette occasion que les tribunaux roumains, mais également les « tribunaux en général », ont le devoir de refuser l'application de lois inconstitutionnelles. Sans ambiguïté, il pose le principe selon lequel :

En droit public et constitutionnel, dès qu'un État adopte le système de la séparation des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, consacre le principe de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et organise des tribunaux indépendants, il confère par cela même aux tribunaux, à titre de conséquence naturelle et logique, sans qu'il soit besoin de le dire expressément, le pouvoir et le devoir de vérifier la constitutionnalité des lois invoquées devant eux, le pouvoir et le devoir de refuser d'appliquer des lois contraires à la Constitution²⁰¹.

Maurice Hauriou est quant à lui plus ambivalent. Non pas qu'il ne plébiscite pas pleinement l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois en France. Mais il se montre plus hésitant que son collègue de la Faculté de droit de Paris quant à l'organe qui devrait être chargé de ce contrôle. C'est pour cette raison qu'il sera également mentionné comme favorable au contrôle par une haute Cour. Citant les Sénats des deux Empires, il écrit :

À notre avis, il serait du devoir du juge de refuser d'appliquer la loi [inconstitutionnelle]. Les lois constitutionnelles étant votées selon une procédure différente de celle qui sert à la confection des lois ordinaires, les dispositions de fond qu'elles contiennent ne sauraient être contredites par des dispositions contraires des lois ordinaires ; par conséquent, les dispositions contraires des lois ordinaires contraires à des dispositions constitutionnelles devraient être considérées comme non-avenues. Elles ne peuvent être cassées parce que notre mécanisme constitutionnel ne contient pas de rouage analogue au Sénat du premier et du Second Empire, qui soit le gardien de la Constitution, mais le juge devrait refuser de les appliquer²⁰².

Hauriou regrette donc l'absence de dispositions constitutionnelles permettant au juge d'annuler une loi par voie d'action. C'est dans le silence de la Constitution qu'il se déclare donc en filigrane favorable au contrôle par voie d'exception, le seul qui permette au juge ordinaire de refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle sans que cela nécessite une révision constitutionnelle ou l'adoption d'une nouvelle Constitution.

Duguit, comme il le reconnaît lui-même²⁰³, n'était pas un partisan du contrôle de constitutionnalité à l'origine. Il se rallie cependant à l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois par le juge ordinaire, affirmant notamment : « Dans les pays où il existe une telle hiérarchie des lois, il est incontestablement logique qu'au cas de contradiction entre la loi inférieure et la loi supérieure, c'est cette dernière que doivent appliquer les tribunaux, lesquels refuseront par la même d'appliquer la loi inférieure²⁰⁴. » Pour appuyer son propos, il cherche ensuite à démontrer qu'un tel contrôle ne violerait pas la séparation des pouvoirs. Pour le doyen de la Faculté de droit de Bordeaux, le législateur comme le juge est soumis à un pouvoir

²⁰¹ *Id.*, « Variétés. Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1912, t. 29, p. 138-156, ici p. 140.

²⁰² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Ancienne Maison Larose et Forcel, 1900, p. 39.

²⁰³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État*, *op. cit.*, [1911] 1923, t. 3, p. 673.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 668.

supérieur, le pouvoir constituant. Aussi, si le législateur oblige le juge à faire application d'une loi inconstitutionnelle, alors le juge ne serait plus indépendant et souverain dans son domaine et il n'y aurait plus de séparation des pouvoirs. Duguit parvient donc à renverser la présomption : c'est parce qu'il contrôle la constitutionnalité de la loi que le juge respecte la séparation des pouvoirs. En opposant la *jurie constitutionnaire*, tribunal spécial dont les membres sont issus des bancs du Parlement, au contrôle de constitutionnalité opéré par le juge ordinaire, la distinction est donc aisée. Les partisans de ce système se retrouvent cependant face à une difficulté bien plus grande pour qualifier le contrôle de constitutionnalité par une unique Cour, à la manière de la Cour suprême américaine. Cette dernière serait-elle un « organe politique » qui viendrait couronner le contrôle effectué par un « organe juridictionnel » ?

c) Les propositions constitutionnelles

La proposition d'un contrôle de constitutionnalité des lois n'a que peu résonné sur les bancs du Parlement. Lorsque Paul Beauregard s'exprime en faveur de ce contrôle au sujet de la loi « Cadenas », dans un article du 17 novembre 1894 dans le journal qu'il a lui-même fondé²⁰⁵, *Le Monde économique*, il n'est pas encore député. Il ne le sera que quatre ans plus tard et n'abordera plus la question du contrôle. Il n'y eut donc presque aucun projet de Constitution qui relayait les vœux de la doctrine, à l'exception de celui de Jules Jeanneney (1864-1957), député, sénateur, ministre dans le gouvernement Clémenceau, puis président du Sénat. Par une lettre de juillet 1942, de Gaulle le questionne sur la transition constitutionnelle à prévoir. Les propositions de Jeanneney lui sont remises en septembre 1944. Deux extraits de cette note devaient être publiés dans les *Cahiers politiques* en janvier et en avril 1946. Si le projet en lui-même traite de sujets relativement communs par rapport à ceux qui ont été rédigés durant la même période, il se différencie de ces derniers quant aux propositions relatives au contrôle de constitutionnalité²⁰⁶. Il plébiscite en effet l'importation du modèle américain, mais dans sa totalité. Alors que durant toute la Troisième République, les propositions d'instauration d'un contrôle de constitutionnalité se montraient favorables, et de manière exclusive, à la mise en place soit d'une Cour suprême, soit d'un contrôle par le juge ordinaire, et ne s'inspiraient donc qu'à moitié du système américain, le projet de Jeanneney reprend le système américain dans son ensemble. Certes, celui-ci aurait donc pu figurer dans la section suivante, mais l'ancien député est le seul à promouvoir dans la sphère politique un contrôle par le juge ordinaire.

Le choix de Jeanneney est historiquement motivé : il cite notamment le projet de Charles Benoist de 1903²⁰⁷, qui fera l'objet de développements ultérieurs, ou différents cas où l'inconstitutionnalité d'une loi semblait probable, notamment en 1894 avec la loi « Cadenas²⁰⁸ ». Nulle mention de la *jurie constitutionnaire*. Car celle-ci disparaît plus ou moins des œuvres doctrinales à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. Les références de Jeanneney sont donc ailleurs. Il affirme dès les premières lignes de son projet : « Une loi peut être illégale : c'est le cas si elle est

²⁰⁵ Pour un résumé de l'article, voir : G. JEZE, « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », art.cité, p. 411-412.

²⁰⁶ J.-É. CALLON, *Les Projets constitutionnels de la Résistance*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 147-148.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 150.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 151.

inconstitutionnelle²⁰⁹ », soit sur la forme, soit sur le fond. Le député reconnaît cependant qu'en raison des lois constitutionnelles de 1875, une telle « illégalité » était rare : le Parlement adoptait en effet le plus souvent les lois selon la procédure prévue par le texte constitutionnel, tandis que celui-ci, dépourvu de déclaration des droits ou de références à ces derniers, permettait au législateur d'attaquer les droits et libertés sans commettre d'inconstitutionnalité. Il précise alors son projet : tout citoyen, « par voie d'action directe », devrait être en mesure de contester la légalité d'une loi, et cela, devant toute juridiction²¹⁰. Jeanneney motive ainsi sa proposition : « La fonction de juge est d'appliquer les lois, telles qu'il les interprète. S'il y a conflit entre deux lois, il lui appartient de dire laquelle l'emporte sur l'autre. Si ce conflit est entre deux lois dont l'une est constitutionnelle, donc hiérarchiquement supérieure, et l'autre loi simple, que doit-il faire ? Donner le pas à la loi supérieure. C'est l'évidence²¹¹. » Ce jugement ne devrait pas se faire *erga omnes*. Il distingue cependant les inconstitutionnalités « internes », relatives à la forme et à la procédure, des inconstitutionnalités « externes », sur le fond. Si les dernières ne posent pas de difficulté particulière, cela est moins évident pour les premières. Aussi, il souhaite que, si le tribunal du fond se considère en mesure de statuer sur celles-ci, il puisse le faire, à condition d'en donner connaissance à une « Cour suprême de légalité constitutionnelle », capable d'évoquer le litige et de statuer en dernier ressort. Si le tribunal ne s'estime pas en mesure de juger le litige, il le défère à la Cour suprême²¹². On voit ici un mécanisme relativement proche de la question prioritaire de constitutionnalité.

2. Les partisans du contrôle par une unique Cour

a) Les universitaires favorables à ce système

Comme il a été dit dans la section précédente, il n'y a que peu d'universitaires qui plébiscitent la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité opéré par une Cour unique. Selon eux, un tel système ne présente guère les garanties d'impartialité nécessaires à cette opération. Pour certains publicistes, une Cour suprême est même nécessairement un « organe politique » de contrôle. C'est ce qui transparaît dans le *Traité de droit constitutionnel* de Léon Duguit. Après avoir présenté les dysfonctionnements des Sénats impériaux, il relie ceux-ci aux propositions de certains députés en faveur d'une Cour suprême : « Malgré cette double expérience, quelques bons esprits demandent actuellement la création d'une haute juridiction chargée de juger la constitutionnalité des lois. » Il fait ici référence à la proposition déposée en ce sens par Jules Roche (1841-1923), Charles Benoist (1861-1936) et Honoré Audiffred (1840-1917), visant à l'instauration d'une Cour suprême en France. Si Duguit ne décrit qu'en filigrane une telle Cour comme un « organe politique », on voit que la distinction susmentionnée sert avant tout à décrédibiliser des projets de contrôle qui ne délèguent pas ce pouvoir au juge ordinaire. La doctrine est donc relativement unanime sur ce sujet, et rares sont les voix dans ses rangs qui se prononcent en faveur du contrôle par une unique Cour. Seul Hauriou semble considérer cette solution admissible, bien qu'il ne l'admette

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 149.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 150.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*, p. 151.

que du bout des lèvres et qu'il se montre plus favorable au contrôle opéré par le juge ordinaire.

Dans ses notes sous les arrêts *Winkell* (7 août 1909) et *Tichit* (1^{er} mars 1912), Hauriou se montre relativement ambivalent concernant l'organe qui pourrait être chargé du contrôle de constitutionnalité. Il faut cependant nuancer ce propos. Ces notes sont en effet citées fréquemment, encore aujourd'hui, comme des exemples de la faveur de la doctrine pour le contrôle de constitutionnalité des lois. Or, comme le souligne Hauriou lui-même, il ne s'agit pas tant ici des lois constitutionnelles de ce qu'il appelle les « lois fondamentales », celles « qui sont statutaires²¹³ », même si elles sont votées dans les mêmes formes que les lois ordinaires. Pour employer une expression anachronique, elles sont plus proches des lois organiques que des lois constitutionnelles. Il n'en demeure pas moins que le doyen de la Faculté de droit de Toulouse affirme qu'il appartient au Conseil d'État de vérifier la constitutionnalité des lois : « Le Conseil d'État, juge de la légalité des actes de l'administration, est bien placé pour s'enquérir de la constitutionnalité des lois qu'on lui demande d'appliquer²¹⁴. » S'il ne s'agit donc pas d'un organe spécial, cela ne revient pas non plus à déléguer à tous les tribunaux ordinaires, tribunaux civils ou conseils de préfecture, le contrôle de constitutionnalité des lois. Mais sous l'arrêt *Tichit*, il semble cependant revenir sur cette idée. De manière assez ambiguë, il affirme ainsi : « Ce ne serait point une Cour de justice spéciale qui serait chargée de statuer, ce serait le juge saisi normalement du litige à l'occasion duquel se produirait le conflit entre la loi fondamentale et la loi ordinaire, ainsi que cela se passe aux États-Unis²¹⁵. » Comme on le voit, et malgré les contributions données par le courant libéral à une meilleure connaissance du système américain, nombre de publicistes y puisent ce qu'ils souhaitent y trouver, omettant l'existence d'une Cour suprême aux États-Unis. Par ailleurs, que désigne le « juge » mentionné par Hauriou ? Tous les juges, y compris les tribunaux du fond, ou bien uniquement le Conseil d'État et éventuellement la Cour de cassation ? L'opinion du doyen n'est donc pas vraiment claire.

b) Les propositions constitutionnelles

À l'inverse de la doctrine, les parlementaires se montrent bien plus favorables à un contrôle opéré par une unique Cour. Le modèle est ici essentiellement celui de la Cour suprême des États-Unis, ou plutôt de l'interprétation qui en est faite par ces hommes politiques. Nombreux sont ceux parmi eux qui avouent leur regret au cours des séances de ne pas voir ce système instauré en France, sans davantage de précisions. C'est par exemple le cas du député Jean Sénac (1872-1943) lors de la séance du 18 février 1904²¹⁶, ou du président de la Chambre des députés Fernand Bouisson (1874-1959) lors de la séance du 10 janvier 1933²¹⁷. Il y a cependant près d'une dizaine de propositions d'instauration d'un contrôle de

²¹³ M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, t. 3, p. 177.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 174.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 179.

²¹⁶ *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires. Chambre des députés. Compte-rendu in extenso*, 18 février 1904, p. 409-410.

²¹⁷ *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires. Chambre des députés. Compte-rendu in extenso*, 10 janvier 1933, p. 1-2.

constitutionnalité, appuyées par de véritables projets, entre 1903 et 1933²¹⁸. Sans qu'il soit besoin de tous les détailler, il s'agit de se concentrer dans ce paragraphe principalement sur le projet de Charles Benoist (1861-1936) et celui du Comité pour la réforme de l'État présidé par Jacques Bardoux (1874-1959). Par ailleurs, de nombreux projets sont ébauchés par des Résistants lors de la Seconde Guerre mondiale, qui reprennent le flambeau des propositions d'instauration d'une Cour suprême exerçant un contrôle de constitutionnalité des lois. Aucun projet ne fait plus référence, directement ou dans le système proposé, à la *jurie constitutionnaire* de Sieyès. Celle-ci est relativement tombée dans l'oubli.

Avant que n'éclate la Seconde Guerre mondiale, Jacques Bardoux, modéré dont on se souvient principalement pour son engagement en faveur de la représentation proportionnelle, fut également l'initiateur d'un important projet de révision constitutionnelle. Il fait part pour la première fois de son souhait de voir instaurer en France un contrôle de constitutionnalité des lois dans un article de 1902 paru dans *La Revue des deux mondes*. Dans cet article, consacré à la Cour suprême des États-Unis, il décrit de manière exhaustive le fonctionnement et l'histoire de cette institution. Il part en effet du constat de la crise du parlementarisme et tâche de s'inspirer du système américain pour y remédier : « Si les États-Unis, écrit-il, ont réussi par la création d'une Cour suprême à limiter le parlementarisme, empruntons-leur cette institution bienfaisante, essayons d'en adapter une copie à notre tempérament, à nos mœurs et à nos besoins²¹⁹. » Il marque déjà son souhait de voir constitutionnaliser la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²²⁰. Par ailleurs, conscient des critiques de la doctrine à l'endroit de tout organe spécialement chargé du contrôle de constitutionnalité, il se défend de vouloir instaurer un « organe politique », affirmant : « La Cour suprême, en effet, ne perd jamais de vue qu'elle est une cour de justice, et, en matière constitutionnelle comme en toute matière, elle procède en cour de justice²²¹. » En raison de l'apparition de la distinction entre les différents types d'organes chargés du contrôle de constitutionnalité, et pour éviter les accusations qui ont pu être formulées à l'encontre d'un corps spécial chargé de ce contrôle, il s'agit de démontrer que la cour envisagée est un corps juridique. La référence américaine permet ainsi de démontrer que le projet ne s'inspire ni de la *jurie constitutionnaire*, ni des Sénats impériaux. Et là encore, cette référence n'est que partielle : Benoist feint d'ignorer tout au long de cet article qu'un tel contrôle est en réalité effectué par tout juge américain, et non pas seulement par la Cour suprême. Dans ses ouvrages ou en tant que parlementaire, Benoist affine par la suite sa conception, et la fait même varier pour des questions d'opportunité politique entre le projet de résolution tendant à la révision de la Constitution présentée à la Chambre des députés le 28 janvier 1903 et la proposition de loi tendant à l'instauration d'une Cour suprême qu'il dépose

²¹⁸ Chambre des députés, *Documents*, annexe n° 711, 1903, annexe n° 712, 1903 ; annexe n° 931, 7 mai 1907 ; annexe n° 2940, 21 décembre 1909 ; annexe n° 667, 12 janvier 1911 ; annexe 6928, 10 janvier 1924 ; annexe n° 1334, 27 février 1925 ; annexe n° 1408, 17 mars 1925 ; annexe n° 1657, 28 janvier 1933, cités dans : J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, *op. cit.*, p. 393.

²¹⁹ C. BENOIST, « Les deux parlementarismes : la Cour suprême des États-Unis », *Revue des deux mondes*, 15 janvier 1902, vol. 7, n° 2, p. 284-308, ici p. 287.

²²⁰ *Ibid.*, p. 306.

²²¹ *Ibid.*, p. 298.

le même jour en son nom propre²²². Dans le projet de résolution, la Cour suprême est en réalité la Cour de cassation, « toutes chambres réunies²²³ ». La proposition de loi est différente : la Cour suprême doit connaître des atteintes à l'encontre des droits et libertés consacrés par la Constitution de 1791 – et non celle de 1789 –, et doit être composée de neuf membres, comme la Cour suprême américaine. Le mode de nomination en diffère cependant complètement : ses membres sont nommés par décret rendu en conseil des ministres sur une liste triple dressée par un grand nombre d'organes ou d'organisations juridiques : Cour de cassation, Conseil d'État, Académie des sciences morales et politiques, etc. La référence américaine a donc ses limites.

Quant au projet de Jacques Bardoux, celui-ci est particulièrement exhaustif. Il est déjà esquissé dans *Le drame français, refaire l'État ou subir la force*²²⁴, mais trouve son aboutissement dans *La France de demain*²²⁵, un ouvrage collectif dont les conclusions sont cependant exclusivement celles de ce ministre, sénateur et vice-président du Sénat. Le regard de Bardoux sur sa société est sévère : elle est en crise selon lui à cause de la montée des masses et de l'accroissement de l'individualisme²²⁶. Souhaitant que le pouvoir soit exercé par les élites de la société, il repense complètement le fonctionnement et la composition du pouvoir exécutif²²⁷. Il imagine par ailleurs l'instauration d'une « Cour suprême souveraine », même si celle-ci n'a que peu de points communs avec son homonyme américain. Elle devrait en effet avoir de multiples compétences et jouer le rôle d'un Tribunal des conflits, d'une Haute Cour de Justice, d'une Cour de sûreté de l'État, chargée de se prononcer sur les attentats contre la sûreté intérieure de l'État, ou encore, et surtout, d'une Cour constitutionnelle chargée de connaître des recours en excès de pouvoir contre les lois²²⁸. Elle doit être en outre composée de dix-neuf membres nommés à vie par le président de la République, sans aucun contresens, à partir d'une liste présentée par la Cour elle-même, sans autre condition que celle du mérite. Elle peut par ailleurs se prononcer *a priori* sur la constitutionnalité d'une loi, sous la forme d'un simple avis, ou *a posteriori*²²⁹. Il n'y a donc guère de similitude avec la *jurie constitutionnaire* de Sieyès, si ce n'est la conception très élitiste de cette Cour.

A contrario, les projets rédigés par différents groupes de la Résistance durant l'Occupation s'en rapprochent bien davantage, sans qu'il n'y soit jamais fait référence. C'est par exemple le cas de celui conçu par le Comité général d'études en 1943. Réuni en juin 1942 à l'initiative de Jean Moulin, il comprend neuf membres, notamment François de Menthon (1900-1984), Robert Lacoste (1898-1989), Michel Debré (1912-1996), etc. Surtout, il compte dans ses rangs Paul Bastid (1892-

²²² É. 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, op.cit.*, p. 71.

²²³ *Ibid.*, p. 72.

²²⁴ J. BARDOUX, *Le drame français, refaire l'État ou subir la force*, Paris, Édition des portiques, 1934.

²²⁵ *Id.*, *La France de demain*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1937.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ É. MAULIN, « Réforme de l'État et contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^e République. Charles Benoist et Jacques Bardoux », art. cité, p. 75.

²²⁸ Pour de plus amples informations, voir : *Ibid.*, p. 77-79.

²²⁹ *Ibid.*, p. 80.

²³⁰ *Ibid.*, p. 81.

1994), professeur à la Faculté de droit de Lyon et ancien député radical. Auteur de *Sieyès et sa pensée* dont la première édition date de 1939, il est un spécialiste de Sieyès et connaît fort bien le projet de *jurie constitutionnaire* de ce dernier. Si, comme on l'a déjà souligné, il considère la *jurie* comme un « organe politique », mais souligne que la postérité a conservé de son projet l'idée d'un contrôle uniquement juridique, ainsi que celle d'un recours direct formé contre l'acte inconstitutionnel et produisant des effets *erga omnes*²³⁰. À travers Bastid, on entrevoit une référence à la *jurie* dans le projet du Comité. Dans le corps du projet, un article 11 prévoit ainsi : « Tout citoyen peut demander l'annulation des lois qu'il estime incompatibles avec les libertés politiques fondamentales de la démocratie et que ne justifieraient ni les exigences de la nation en péril ni la défense de la République.²³¹ » Cette annulation doit être prononcée par un tribunal spécial, présidé par le garde des Sceaux et composé de huit membres : deux sénateurs, deux députés, deux conseillers à la Cour de cassation et deux conseillers d'État, élus par leur collègue. La moitié des membres doit donc être élue par les parlementaires²³². Voilà qui n'est pas sans rappeler le mode de nomination des membres de la *jurie*, même si on sent le souci du Comité de juridictionnaliser ce tribunal à travers l'autre moitié des membres. D'autres projets prévoient des compositions similaires. C'est par exemple le cas de celui de Défense de la France, organisation clandestine constituée dès 1940 par Philippe Viannay (1917-1986) et Robert Salmon (1918-2013). Le projet prévoit la création d'un « Conseil politique de justice », chargé du contrôle de constitutionnalité, avec une composition originale mais laissant un rôle important aux députés. Ce Conseil doit en effet être composé de 41 membres divisés en trois catégories : 13 membres juristes présentés par l'Assemblée nationale et pris dans des corps juridiques, 18 membres désignés par le Conseil national économique et le Conseil social et 10 personnes éminentes nommées par le président de la République sur une liste de 27 noms proposés par l'Assemblée²³³. Pour ne citer qu'un dernier projet de la Résistance, celui de Félix Gouin (1884-1977), rédigé en 1943, prévoit la mise en place d'une Cour suprême qui jugera de la constitutionnalité des lois en cas de litige. Il doit être composé pour moitié d'anciens présidents de l'Assemblée nationale, pour moitié, de membres élus par les présidents des Cours d'appel, les membres de la Cour de cassation et les conseillers d'État²³⁴. Certes, aucun projet ne cite explicitement comme référence la *jurie constitutionnaire* de Sieyès. Pour autant, on remarque que la composition pronostiquée par l'abbé est partiellement reprise par de nombreux projets. Peut-être l'ouvrage de Paul Bastid a-t-il permis à la *jurie* de sortir de l'oubli relatif où elle se trouvait, de manière à devenir une source d'inspiration.

3. Les résistances au contrôle de constitutionnalité des lois

a) Les résistances du juge

La Cour de cassation, tout comme le Conseil d'État, refusa continuellement d'opérer un contrôle de constitutionnalité des lois. Cela se perpétue du reste aujourd'hui, puisque saisies d'une question prioritaire de constitutionnalité, ces

²³⁰ P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., p. 598-599.

²³¹ J.-É. CALLON, *Les Projets constitutionnels de la Résistance*, op. cit., p. 55.

²³² *Ibid.*, p. 56.

²³³ *Ibid.*, p. 72.

²³⁴ *Ibid.*, p. 178.

deux juridictions doivent l'envoyer au Conseil constitutionnel depuis la réforme constitutionnelle de 2008. On pourra nuancer ce propos en soulignant, d'une part, que le Conseil d'État se reconnaît compétent pour assurer un contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, soit qu'ils violent le corps même de la Constitution²³⁵, soit qu'ils sont en contradiction avec la Déclaration des droits de l'homme²³⁶, ou avec le Préambule de 1946²³⁷. D'autre part, si une disposition législative a été déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel, le juge administratif doit écarter cette disposition pour la solution des litiges pendants²³⁸. Pour autant, jusqu'alors, tant la Cour de cassation que le Conseil d'État ont refusé de suivre l'avis de la doctrine et d'opérer un contrôle de constitutionnalité des lois à eux soumises dans un litige.

Concernant la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 mai 1833, elle refuse de contrôler la constitutionnalité d'une loi. C'est tout du moins ce qu'on en retient généralement, car la solution est assez ambivalente. Dans cette affaire, un sieur Paulin, gérant du journal *Le National*, fut cité devant la Cour d'assises de la Seine en vertu de l'article 16 de la loi du 25 mars 1822, sous la prévention d'infidélité et de mauvaise foi dans le compte-rendu fait par ce journal des séances de la Cour lors du procès Bergeron et Benoit. Condamné, il se pourvut en cassation. Un des moyens invoqués était que l'article 16 de la loi de 1822 avait été abrogé par l'article 69 de la Charte de 1830 : les juges devaient donc écarter la loi comme inconstitutionnelle. L'avocat général, Voysin de Gartempe, s'exclama :

Distinguons : la loi ne pouvant avoir le caractère de loi qu'autant qu'elle est votée par les trois pouvoirs conformément à la Charte, il est certain que si l'on vous apportait un acte décoré du titre de loi et qu'il n'eût pas été voté constitutionnellement, il n'y aurait pas véritablement de loi [...]. Mais si l'on demande s'il peut y avoir des lois ou des dispositions de lois inconstitutionnelles, en ce sens que ces lois ou ces dispositions seraient contraires à la Charte, je ne soutiendrai pas la négative, car ce serait prétendre à l'infailibilité. En tout cas, ce n'est pas aux tribunaux à juger l'œuvre du législateur, car les tribunaux ont à appliquer les lois, fussent-elles mauvaises, tant qu'elles n'ont pas été changées²³⁹.

La Cour de cassation se rendit finalement aux conclusions de l'avocat général, en jugeant : « Attendu que la loi du 8 octobre délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité²⁴⁰. » La lecture de ces lignes témoigne du fait que la Cour de cassation se refuse de contrôler la constitutionnalité d'une loi sur le fond. Mais elle n'exclut pas un contrôle sur la forme, même si aucun exemple postérieur ne peut être cité en ce sens. Du reste, cette solution fut reprise le 23 octobre 1922 par le Tribunal correctionnel de la Seine dans les affaires *Ratier et Billiet*²⁴¹.

Le Conseil d'État ne fit pas preuve de davantage de volontarisme. Dans un arrêt du 23 mai 1901, *Delarue*, il rejeta une invitation à contrôler la constitutionnalité

²³⁵ Par exemple : CE 29 avril 2002, *Ullmann*, RFDA 2003.135, conclusion Piveteau.

²³⁶ Par exemple : CE ass., 8 avril 1987, *Peltier*, R. 138, conclusion Massot.

²³⁷ Par exemple : CE 11 mai 1998, *Mlle Aldige*, RFDA 1998.1011, conclusion Savoie.

²³⁸ Conseil constitutionnel, n° 2010-108 QPC et 2010-110 QPC, 25 mars 2011, R. 154 et 160.

²³⁹ G. JEZE, « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », art. cité, p. 412-413.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 413.

²⁴¹ J. BARTHELEMY, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1932, p. 115.

d'une loi²⁴². Mais cela apparut de manière bien plus éclatante dans l'arrêt *Arrighi* du 6 novembre 1936. Les conclusions du commissaire du gouvernement, Roger Latournerie (1894-1977), qui sera suivi par le Conseil, sont particulièrement éclairantes. Dans cette affaire, relative à la mise à la retraite des fonctionnaires, le sieur Arrighi avait soulevé un troisième moyen contestant la constitutionnalité d'une loi, ou plutôt, le fait que le législateur se soit dessaisi d'une de ses compétences au profit de l'exécutif. Le commissaire du gouvernement développe longuement son raisonnement, en commençant par un rappel historique des raisons pour lesquelles le juge se reconnaît incompétent pour connaître de la constitutionnalité d'un acte juridique. Cela le conduit notamment à faire mention de la *jurie constitutionnaire* et aux Sénats impériaux, précédents historiques : « On sait que sous les Constitutions du Consulat et de l'Empire, si, sous l'inspiration de Sieyès, qui avait, dès l'époque du Directoire, fait de la conception absolue de la souveraineté de la loi une assez vive critique, un contrôle fut admis, ce fut uniquement [...] par l'organe du Sénat²⁴³. » On le comprend, créant une continuité historique ininterrompue entre la Révolution française et 1936, Latournerie rejette l'argument selon lequel les Sénats conservateurs auraient constitué des précédents juridiques donnant la possibilité au juge d'exercer un contrôle de constitutionnalité, précisément parce que ce contrôle n'était pas alors réservé au juge. Latournerie reconnaît ensuite la pertinence des arguments en faveur du contrôle par le juge : tout d'abord, les conceptions très strictes que la Cour de cassation avait originellement de la séparation des pouvoirs se sont atténuées. D'autre part, la notion d'État soumis au droit a fait d'importants progrès. Mais il avance ensuite plusieurs contre-arguments : « Si large qu'ait été en effet l'extension des pouvoirs du juge dans l'interprétation de la loi, elle ne saurait aller jamais jusqu'à priver de force un acte législatif²⁴⁴ », « Le Parlement reste l'expression de la volonté générale et ne relève à ce titre que de lui-même et de cette même volonté²⁴⁵ », « Il ne reste guère, dans nos textes constitutionnels, que des prescriptions de procédure, sans intérêt contentieux pour les particuliers²⁴⁶ », enfin : « Il faut se résigner, en effet, tout au moins provisoirement, même aux dépens de l'harmonie des plus belles constructions juridiques, même aux dépens parfois de l'apparente équité, à ce que certaines parties du droit restent à l'état de droit imparfait, à l'état de droit sans sanction²⁴⁷ ». Pour ces raisons, Latournerie s'oppose à ce que le Conseil d'État contrôle la loi, point de vue partagé *in fine* par ce dernier. Le juge ordinaire refuse donc de contrôler la constitutionnalité des lois, au grand damne de la doctrine. La note de Charles Eisenmann sous cet arrêt s'en fait du reste l'écho. Pour autant, certains universitaires demeurent circonspects à l'égard de ce contrôle.

b) Les résistances doctrinales

Les arguments donnés par Latournerie en 1936 pour rejeter le contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil d'État ne doivent rien au hasard : ils reprennent ceux donnés précédemment par la partie de la doctrine hostile à

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Dalloz : *Recueil périodique et critique*, 1938, troisième partie, p. 7.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ *Ibid.*

l'introduction de ce contrôle en France. Si celle-ci est peut-être minoritaire, elle réunit cependant de grands noms tels qu'Esmein, Carré de Malberg, Larnaude ou Barthélemy. Les raisons de ce refus sont certes multiples, mais elles présentent de grandes similitudes entre ces publicistes. Sont ainsi avancés des motifs historico-culturels, le respect de la séparation des pouvoirs, l'absence de déclaration des droits dans les lois constitutionnelles de 1875, etc. On avait pu voir du reste que ces universitaires avaient le jugement le plus bienveillant à l'endroit de la *jurie constitutionnaire*. Cela s'explique sans mal étant donné la nature des arguments avancés : la *jurie* apparaît comme un moindre mal concernant le respect de la séparation des pouvoirs, tandis que l'autorité de Sieyès durant la Révolution, même si son projet fut finalement repoussé, s'inscrit dans un cadre historique hérité de la Révolution française.

Une des premières raisons de refuser le contrôle de constitutionnalité des lois tient au contexte historico-culturel français, et plus largement européen. Comparant le prestige de chacun des pouvoirs aux États-Unis, Larnaude ne manque pas de souligner : « Et ce sont les mêmes considérations, d'ordre politique et historique, qui expliquent pourquoi une règle pareille, s'analysant dans un contrôle perpétuellement possible du judiciaire sur les pouvoirs législatif et exécutif n'ait jamais pu s'établir dans les vieux États du continent²⁴⁸. » Historiquement, la France a toujours refusé de donner un rôle à la Constitution analogue à celui qu'elle a aux États-Unis. Il est rejoint là-dessus par Barthélemy, pour qui, par rapport au droit américain :

Le droit français a évolué d'une manière différente. Cette divergence s'explique par une divergence de traditions depuis l'origine. Les colonies anglaises d'Amérique, avant de revendiquer leur indépendance complète, avaient obtenu de la métropole des Chartes [...]. Au contraire, le droit public français est parti, à sa base, de deux principes bien établis : la méfiance du judiciaire, la prédominance de la Chambre élue, représentante directe et immédiate de la souveraineté nationale²⁴⁹.

Historiquement donc, la France se caractérise par une méfiance à l'égard du pouvoir judiciaire. Par ailleurs, pour critiquer la thèse selon laquelle les juges ordinaires devraient procéder à un contrôle de constitutionnalité sans texte explicite les y habilitant, Carré de Malberg souligne que l'esprit même des lois de 1875 s'y oppose, puisque cela irait à l'encontre de la pensée originariaire des constituants²⁵⁰.

La dimension historique est liée à un autre argument : le respect de la séparation des pouvoirs. Cet argument se retrouve chez tous les publicistes cités dans l'introduction de ce paragraphe. Larnaude souligne en ce sens que « la lutte n'était vraiment pas égale entre ces Constitutions fragiles, éphémères, et la règle solide et jamais abrogée [de la séparation des pouvoirs], toujours plus agissante et plus vivante, que l'ancien droit public de la France avait légué au droit nouveau²⁵¹ », tandis qu'Esmein se demande : « N'y a-t-il pas là un empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif, et ne fait-on pas du premier une autorité

²⁴⁸ F. LARNAUDE, « Les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 215.

²⁴⁹ J. BARTHELEMY, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1932, p. 114.

²⁵⁰ R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, op. cit., p. 50.

²⁵¹ F. LARNAUDE, « Les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », op. cit., p. 217.

politique, supérieure à toutes les autres, supérieure même à la volonté nationale manifestée selon les formes du gouvernement représentatif²⁵² ? » De la même manière, pour Carré de Malberg :

Admettre que les tribunaux puissent mettre les lois hors d'application par cela seul qu'ils leur opposeraient des causes d'invalidation tirées de principes ou de préceptes dont ils seraient maîtres de dresser la liste et d'établir la supériorité en vertu de leur libre appréciation, ce serait, en réalité, leur conférer sur l'œuvre du législateur une faculté d'examen et de censure qui, finalement, ferait dépendre l'efficacité de toute cette œuvre de leur puissance discrétionnaire²⁵³.

Il ajoute que c'est « ce concept de la puissance absolue du Corps législatif, en tant que représentant de la volonté générale qui, durant la période révolutionnaire, a tenu en échec le projet de jurie constitutionnaire de Sieyès²⁵⁴ ». Aussi, les opposants à l'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois en France n'hésitent pas à puiser directement dans les arguments de la Commission des Onze pour motiver leur refus. Barthélemy se montre quant à lui encore plus lapidaire : « Quelle illusion de vouloir faire arrêter par des juges l'évolution de la législation dans un sens qui déplaît ! La thèse du contrôle constitutionnel par les juges est sympathique ; elle est contraire au droit positif²⁵⁵. » Du reste, pour Esmein, ce contrôle est déjà effectué, mais par le Parlement lui-même²⁵⁶. Ceci dit, certains de ces professeurs de droit affirment que le contrôle formel de constitutionnalité des lois existe déjà et que c'est le seul nécessaire. C'est le cas par exemple de Larnaude²⁵⁷, ou de Barthélemy²⁵⁸.

Un dernier argument, qui apparaît très fréquemment, porte sur la brièveté des lois constitutionnelles de 1875, qui ne comportent pas de déclaration des droits. En ce sens, et comme le souligna plus tard Latournerie, un contrôle de constitutionnalité n'aurait en réalité que des effets très limités. Larnaude souligne à cet effet : « Aujourd'hui d'ailleurs, la question a bien peu d'intérêt en France. La Constitution de 1875 a cru devoir reproduire les déclarations des droits qui décorent, comme un frontispice plus ou moins ornemental et décoratif, la plupart de nos Constitutions précédentes. Il arrivera donc bien rarement qu'un particulier puisse opposer l'exception d'inconstitutionnalité devant un tribunal²⁵⁹. » Carré de Malberg abonde en ce sens également²⁶⁰. Et si la Constitution de 1958 introduit un contrôle de constitutionnalité devant être effectué par un organe spécial, le Conseil constitutionnel, nombre de ces arguments devaient demeurer dans l'esprit du Comité constitutionnel, d'où le rejet d'un certain nombre de propositions, étudié dans le titre suivant.

²⁵² A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, op. cit., p. 591.

²⁵³ R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, op. cit., p. 123.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 51.

²⁵⁵ J. BARTHELEMY, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 115.

²⁵⁶ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, op. cit., p. 595.

²⁵⁷ F. LARNAUDE, « Les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 220.

²⁵⁸ J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 222.

²⁵⁹ F. LARNAUDE, « Les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », art. cité, p. 219.

²⁶⁰ R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, op. cit., p. 122.

III. LA JURIE CONSTITUTIONNAIRE, UN ÉLÉMENT LÉGITIMANT DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

La doctrine contemporaine est largement tributaire de celle des Troisième et Quatrième Républiques. Il en résulte un regard mitigé à l'égard de la *jurie constitutionnelle* : d'un côté, elle devient une référence incontournable des manuels de droit constitutionnel. Son aura doit dès lors offrir au Conseil constitutionnel la légitimité historique qui lui manquait dans un pays considéré traditionnellement comme hostile au contrôle de constitutionnalité des lois en raison de l'expression de la volonté générale exprimée par les représentants de la nation. De l'autre, il est impensable d'identifier complètement le symbole de l'« organe politique » à un Conseil constitutionnel que la majorité de la doctrine s'attache à décrire comme un « organe juridictionnel ». Or, il s'agit de démontrer que, tandis qu'aucun lien historique ne peut être établi entre la *jurie constitutionnelle* et le Conseil constitutionnel, la première peut être considérée par cette même doctrine comme un « organe juridictionnel » suivant la nouvelle définition donnée aux termes de la distinction « organe politique »/« organe juridictionnel » (A). Malgré ce volontarisme, la doctrine s'attache parallèlement à faire de la *jurie* l'ancêtre du Conseil constitutionnel, et celui du système européen de contrôle de constitutionnalité des lois par la même occasion (B). *In fine*, au prix de nombreux faux-sens, la *jurie* apparaît pleinement selon ce même discours partisan comme un véritable prototype de contrôle : un premier modèle qui méritait d'être perfectionné et qui a trouvé son aboutissement dans le Conseil constitutionnel.

A. Le Conseil constitutionnel, organe politique ou juridictionnel ?

1. La création pragmatique du Conseil constitutionnel

a) L'absence de référence historique ou étrangère

Contrairement au discours que l'on peut trouver dans les manuels de droit constitutionnel contemporains, qui cherche à faire la généalogie du Conseil constitutionnel, en le reliant à la *jurie constitutionnelle* ou au modèle européen de contrôle de constitutionnalité hérité de Kelsen, la lecture des travaux préparatoires à la Constitution de 1958 révèle une élaboration parfaitement pragmatique du Conseil constitutionnel, au fil des discussions et en fonction des compétences que l'on voulait ou non lui donner. Il importe de retracer la genèse du Conseil constitutionnel afin de démontrer l'absence de toute référence au « prototype » de contrôle de constitutionnalité que serait la *jurie constitutionnelle*. Le général de Gaulle savait fort bien ce qu'était la justice constitutionnelle. Dans des notes issues de son carnet en 1916, il constate ainsi qu'« en Amérique, les cours suprêmes de justice de chaque État ont, d'après la Constitution de 1787, le droit de déclarer inconstitutionnelle une loi votée par l'Assemblée de l'État » et que « le même droit existe pour la Cour fédérale suprême pour les lois fédérales²⁶¹ ». Il était par ailleurs un lecteur d'André Tardieu, qui avait proposé un système original de contrôle de constitutionnalité des lois²⁶². Du reste, Michel Debré en avait une idée fort précise. Pour autant, ce dernier, qui fut l'auteur d'un projet de Constitution rédigé en son nom propre en 1944, en plus de celui du Comité général d'études, ne prévoit ni

²⁶¹ C. DE GAULLE, *Lettres, notes et carnets (1905-1918)*, Paris, Plon, 1980, cité dans : L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 34.

²⁶² *Ibid.*

même n’aborde le contrôle de constitutionnalité des lois²⁶³. On a d’ailleurs souvent insisté sur le fait que de Gaulle n’était pour rien dans la création d’un Conseil constitutionnel. Léon Noël déclare ainsi : « Le général de Gaulle n’a été pour rien dans l’idée de doter la France d’un Conseil constitutionnel. C’est au “groupe de travail” organisé par Michel Debré que la paternité en revient²⁶⁴. » Dès le 13 juin 1958, le président René Cassin affirmait à l’hôtel Matignon qu’il était hostile à l’idée d’une cour constitutionnelle, de Gaulle lui répondant que l’idée n’avait jamais effleuré le gouvernement²⁶⁵. Tout d’abord, un avant-projet aborde la question du contrôle de constitutionnalité à la mi-juin 1958, avant qu’une étude sur les relations de la France avec les pays d’outre-mer soit rédigée le 5 juillet 1958 par Lucien Junillon (1909-1984), et prévoit notamment l’introduction en France d’une « Cour suprême²⁶⁶ ». Un premier projet relatif au « Comité constitutionnel », selon son appellation originelle, rédigé par un sous-groupe de travail composé de Raymond Janot (1917-2000), François Luchaire (1919-2009) et Jean Foyer (1921-2008) et dont les débats demeurent inconnus, est soumis le 8 juillet 1958 au groupe de travail présidé par Michel Debré, garde des Sceaux, et composé de Raymond Janot (1917-2000), Jean Mamert et Jérôme Solal-Célicy, tous deux hauts-fonctionnaires²⁶⁷. Celui-ci, réuni au château de la Celle-Saint-Cloud entre le 10 et le 15 juillet 1958 élabore un avant-projet de Constitution²⁶⁸. Ce même jour, le Comité consultatif constitutionnel est créé. Des modifications sont apportées à cet avant-projet par le comité interministériel dès le 16 juillet 1958²⁶⁹, avant d’aboutir sur un nouvel avant-projet le 19 juillet²⁷⁰, à son tour soumis au Conseil de cabinet entre les 23 et 25 juillet²⁷¹. Celui-ci finit de le modifier à la marge le 26 juillet et il est transmis au Comité consultatif constitutionnel le 29²⁷². Le projet qui découle des débats du Comité est ensuite soumis à l’Assemblée générale du Conseil d’État entre les 27 et 28 août 1958²⁷³. Le 1^{er} septembre, il est soumis au Comité interministériel²⁷⁴, avant d’être adopté par référendum le 28 septembre et de devenir la Constitution de la V^e République le 4 octobre. En raison de toutes ces étapes, on peut imaginer que les références historiques ou étrangères ont été nombreuses dans l’élaboration du Conseil constitutionnel, en raison du grand nombre d’intervenants et de leurs différentes sensibilités. Or, les débats des différents groupes mêlés à son élaboration révèlent qu’au contraire, il n’en fut rien. Le Conseil constitutionnel est avant tout une invention pragmatique, dépouillée de toute véritable référence à un système de contrôle en particulier, et à la *jurie*

²⁶³ J.-É. CALLON, *Les Projets constitutionnels de la Résistance*, op. cit., p. 91-101.

²⁶⁴ L. NOËL, *De Gaulle en son siècle. La République*, Paris, Plon, 1992, p. 499.

²⁶⁵ L. PHILIPP, « Le Conseil constitutionnel », in D. MAUS, L. FAVOREU, J.-L. PARODI (dir.), *L’écriture de la Constitution de 1958*, Paris, Economica, 1992, p. 468.

²⁶⁶ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l’Histoire de l’élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La Documentation française, 1991, v. 1, p. 557.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 387.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 429.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 443.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 457.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 473.

²⁷² *Ibid.*, p. 501.

²⁷³ *Ibid.*, v. 3, p. 235.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 537.

constitutionnaire a fortiori. Comme le souligne Loïc Philipp, « il est clair en tout cas, que la création de cette nouvelle institution ne doit rien au droit comparé²⁷⁵ », pas plus d'ailleurs aux précédents historiques.

Les références à des systèmes étrangers de contrôle de constitutionnalité sont ainsi soigneusement évitées. Si l'on ne sait guère qui fut véritablement à l'origine de l'inscription dans la Constitution d'un titre relatif au Conseil constitutionnel, on sait en revanche que dès le 5 juillet, Lucien Jumillon proposait l'instauration d'une « Cour suprême » « autant pour garantir la jouissance des droits individuels que pour assurer un bon fonctionnement des institutions²⁷⁶ ». Une telle appellation, qui rappelle bien évidemment celle de la Cour suprême des États-Unis, n'a guère été retenue. C'est d'ailleurs ce que souligne le commissaire du gouvernement Janot devant le Comité consultatif lors de la séance du 31 juillet 1958 : « Je ne crois pas que le texte aboutisse à exprimer l'idée d'une sorte de Cour suprême et de gouvernement des juges²⁷⁷. » La Cour suprême, c'était précisément l'exemple à éviter. Du reste, l'attitude de la Cour suprême américaine lors de la période du *New Deal* a pour conséquence que l'on cherche précisément à éviter l'instauration d'une véritable juridiction constitutionnelle²⁷⁸. Le système américain est donc explicitement rejeté, tandis qu'aucune référence aux juridictions constitutionnelles européennes ne ressort des différents débats qui ont émaillé l'élaboration du Conseil constitutionnel. On peut cependant noter d'autres références aux États-Unis. Lors de la séance du 31 juillet, Malterre demande ainsi : « N'avez-vous pas envisagé la possibilité, comme dans certains pays, notamment aux États-Unis, pour le simple citoyen au cas où il estimerait, à tort ou à raison, qu'une loi est anticonstitutionnelle, de se référer à un tribunal, à un Conseil constitutionnel²⁷⁹ ? » Michel Debré lui répondra indirectement, dans une allocution, qu'« 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. Le projet a donc imaginé une institution particulière que peuvent seules saisir quatre autorités²⁸⁰ ». Il y a donc bien la volonté de ne copier en rien le système américain pour ne pas faire du Conseil constitutionnel une véritable juridiction constitutionnelle. C'est également pour cette raison que l'on refuse originellement au Conseil constitutionnel la possibilité de se référer au Préambule, c'est-à-dire à la Déclaration de 1789 et au Préambule de 1946, pour trancher les litiges qui lui seront soumis, tout comme la saisine par le tiers des députés proposée par Triboulet²⁸¹.

Les références historiques, que ce soient celles à la *jurie constitutionnaire*, à la doctrine de la Troisième République ou aux différents projets élaborés au cours des XIX^e et XX^e siècles, sont également totalement absentes des débats. Pour être plus précis, seul Marcel Waline (1900-1982), au cours de la séance du 31 juillet et lors

²⁷⁵ L. PHILIPP, « Le Conseil constitutionnel », art. cité, p. 469.

²⁷⁶ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., v. 1, p. 582.

²⁷⁷ *Ibid.*, v. 2, 1988, p. 73.

²⁷⁸ L. PHILIPP, « Le Conseil constitutionnel », art. cité, p. 468.

²⁷⁹ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., v. 2, p. 86.

²⁸⁰ *Ibid.*, v. 3, p. 260.

²⁸¹ *Ibid.*, v. 1, p. 147.

d'une discussion relative à l'étendue de la saisine du futur Conseil constitutionnel, fait une référence détournée à la *jurie constitutionnaire* à travers les Sénats impériaux : « Un organisme chargé de veiller à la constitutionnalité des lois, il en est un, c'est le Sénat conservateur du Premier Empire ; or, il n'a pas gardé très bonne réputation parmi les historiens, mais je plaide non coupable pour lui car il ne pouvait, en effet, statuer que lorsqu'il était saisi par un certain nombre de personnes qui ne le saisissaient jamais²⁸². » Waline fait ainsi référence au Sénat du Premier Empire pour démontrer que l'étendue de la saisine détermine l'effectivité du contrôle. À nouveau, c'est précisément parce que l'on ne souhaite pas faire du futur Conseil constitutionnel une véritable juridiction constitutionnelle que l'on retient une saisine particulièrement restreinte. Mais ce n'est pas un reproche que l'on saurait faire à Sieyès qui prévoyait que tout citoyen puisse saisir la *jurie constitutionnaire*. Du reste, et sans qu'il soit fait référence à la composition de cette dernière préconisée par Sieyès, le garde des Sceaux ne manque pas de souligner que la désignation des membres par les Présidents de chaque Assemblée sera plus impartiale que celle par la majorité de chaque Assemblée²⁸³.

De manière générale, la lecture des différentes discussions ayant conduit à donner au Conseil constitutionnel sa forme de 1958 montre qu'au-delà de toute référence à d'autres systèmes de contrôle, théoriques ou pratiques, c'est avant tout le pragmatisme qui a régné. Cela apparaît de manière particulièrement marquée lorsqu'on compare le premier avant-projet de « Comité constitutionnel » du 8 juillet avec la version finale du Titre VII de la Constitution de 1958. Dans l'avant-projet du 8 juillet, il est notamment prévu, à l'article « A » :

Le Comité constitutionnel comprend neuf membres. Quatre d'entre eux sont nommés par le président de la République, deux par le président du Sénat (ou par chacun des présidents de Chambre du Sénat), deux par le président de l'Assemblée nationale. Le neuvième membre du Comité constitutionnel est choisi par les autres membres.

Le Comité constitutionnel élit son président en son sein.

Le mandat du président et de chacun des membres du Comité constitutionnel est de dix ans²⁸⁴.

Le nombre de membres reste inchangé, si ce n'est qu'y ont été ajoutés des membres de droit, les anciens présidents de la République, mais la distribution des nominations a été modifiée, ce qui a d'ailleurs pu effrayer certains conseillers d'État, notamment Mastépiol et le Président Latournerie, celui-là même qui était commissaire du gouvernement pour l'arrêt *Arrighi* de 1936 et qui va jusqu'à proposer que les « Présidents (*sic*) » du Conseil d'État et de la Cour de cassation en soient membres de droit, car ils y voient une prédominance du pouvoir législatif²⁸⁵. Par ailleurs, le système de cooptation qui était prévu pour le dernier membre est également abandonné, tandis qu'il appartient finalement au président de la République de nommer le président du Conseil. C'est sur la proposition de René Cassin que le mandat de neuf ans et le renouvellement par tiers sont retenus²⁸⁶. Par ailleurs, le projet du 8 juillet prévoyait, en son article « E » : « Dans le délai de promulgation de la loi, le président de la République, le président du

²⁸² *Ibid.*, v. 2, p. 178.

²⁸³ *Ibid.*, v. 1, p. 383.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 387.

²⁸⁵ *Ibid.*, v. 3, p. 272.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 162.

Sénat (ou les présidents de chacune des chambres du Sénat) et le président de l'Assemblée nationale, peuvent saisir le Comité constitutionnel d'une requête tendant à faire déclarer inconstitutionnelle une loi votée par le Parlement²⁸⁷. » En son article « G » : « Le Comité constitutionnel connaît de l'inconstitutionnalité d'une loi (fédérale ou de pays), sur la demande de la Cour de cassation ou du Conseil d'État statuant au contentieux, pour autant que ladite loi constitue la cause d'un jugement à rendre par la juridiction dont émane la demande²⁸⁸. » Si le texte final consacrerait les mêmes autorités de saisine, du moins y eut-il de nombreux débats sur cette question. L'amendement de Triboulet proposant la saisine par le tiers de l'Assemblée avait même été retenu par le Comité consultatif²⁸⁹, avant de disparaître dans le projet du conseil interministériel le 19 août²⁹⁰. On le comprend, sans qu'il soit besoin de rapporter l'ensemble des discussions et des évolutions du projet, la création du Conseil constitutionnel est pragmatique : elle s'est faite au fur et à mesure des débats, débats qui ne révèlent aucune influence particulière. Aussi, et même s'il est évident que certains intervenants lors de cette élaboration connaissaient le fonctionnement de la *jurie constitutionnelle*, à l'instar de Latournerie, aucune référence n'y est faite et le système finalement retenu lui est bien différent. Il importera dès lors de voir comment la *jurie constitutionnelle* a pu être par la suite considérée comme le prototype du contrôle de constitutionnalité effectué par le Conseil constitutionnel.

b) Une seule influence probable : le Comité constitutionnel

Si le Conseil constitutionnel apparaît comme une invention pragmatique, du moins n'est-il pas entièrement *sui generis*. En raison de l'opposition partagée tant par le Comité consultatif que par le Conseil d'État à l'idée d'introduire dans le droit français une véritable juridiction constitutionnelle, la référence la plus évidente – et la plus directe – est le Comité constitutionnel de la Constitution de 1946. C'est ce qu'affirme Loïc Philipp : « [La création du Conseil constitutionnel] semble, d'une manière un peu paradoxale, avoir été inspirée par le précédent du Comité constitutionnel de la IV^e République dont le rôle avait pourtant été quasi inexistant. Les auteurs du projet ont simplement entendu élargir les attributions de l'ancien comité²⁹¹. » Et c'est effectivement ce qui ressort des discussions au sujet du Conseil constitutionnel de juillet et août 1958. Pourtant largement plébiscité dans les projets rédigés par les Résistants, le contrôle de constitutionnalité faillit ne pas voir le jour en 1946. Malgré son très maigre bilan, le Comité constitutionnel se signale par son intérêt pour ce travail. Les attributions qui lui sont confiées, autant que sa composition, présentent en effet d'importantes similitudes avec la *jurie constitutionnelle* et les Sénats impériaux. Est-ce en ce sens que l'on peut établir une filiation entre la *jurie* et le Conseil constitutionnel, voir en faire un prototype du contrôle de constitutionnalité tel qu'appliqué aujourd'hui ?

Si les républicains populaires avaient tenté, lors de l'élaboration du premier projet de Constitution en 1946, d'y introduire un système de contrôle des lois, celui-

²⁸⁷ *Ibid.*, v. 1, p. 387-388.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 388.

²⁸⁹ *Ibid.*, v. 2, p. 181.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 652.

²⁹¹ L. PHILIPP, « Le Conseil constitutionnel », art. cité, p. 469.

ci ne fut finalement pas retenu, en raison de l'opposition des communistes²⁹². Les républicains populaires revinrent à la charge et, au prix d'un abandon de l'idée de voir figurer la Déclaration des droits dans le bloc de constitutionnalité, un Titre XI, intitulé « De la révision de la Constitution » et comportant trois articles sur le Comité constitutionnel, fut adopté. Il était ainsi prévu que le Comité, dont la principale mission était de vérifier si les lois votées par l'Assemblée nécessitaient une révision de la Constitution, soit composé de sept membres élus par l'Assemblée nationale au début de chaque session annuelle, de trois membres élus par le Conseil de la République, ainsi que le président de l'Assemblée nationale et celui du Conseil de la République (article 91). Il est présidé par le président de la République. Par ailleurs, les membres élus ne devaient ni faire partie de l'Assemblée nationale, ni du Conseil de la République. Deux autorités peuvent le saisir conjointement : le président de la République et celui du Conseil de la République. On voit donc quelques points communs, tenus, avec la *jurie constitutionnaire* : par peur du gouvernement des juges et au nom du respect de la volonté générale exprimée par le vote des représentants de la nation, on voit que le Parlement joue un rôle central dans la nomination des membres composant le Comité. Pour le reste cependant, notamment la durée de mandat des membres, leur nombre, la saisine – même si elle n'est pas sans rappeler celle en vigueur sous le Consulat – ou même la mission, on constate d'importantes divergences. On aurait donc du mal à affirmer une parenté entre le système de 1946 et celui de Sieyès. On pourra cependant souligner au moins une autre similitude avec les Sénats impériaux : son inefficacité. En douze ans, il ne fut saisi qu'une seule fois, en juin 1948, sur une affaire anodine²⁹³. La doctrine se montra du reste sévère à son endroit : Julien Laferrière parle d'un contrôle de constitutionnalité seulement apparent tandis que Georges Vedel évoque un « pseudo-contrôle de constitutionnalité ». Roger Pinto refuse même dans son traité de faire figurer le Comité dans le chapitre réservé au contrôle de constitutionnalité. Il n'en parle que concernant la révision de la Constitution²⁹⁴.

Malgré cet échec relativement complet, cela n'empêcha pas les auteurs de la Constitution de 1958 de prendre pour modèle du Conseil constitutionnel le Comité – peut-être en raison même de cet échec. La première appellation du Conseil constitutionnel, qui apparaît dans l'avant-projet du 8 juillet 1958, celle de « Comité constitutionnel », en est révélatrice, même si elle devait disparaître dans celui du 10 juillet. L'exposé des motifs de l'avant-projet de Constitution du 29 juillet en témoigne également. On peut y lire : « La nécessité d'un organisme impartial, chargé de veiller à l'application de la Constitution, avait déjà été ressentie par les Constituants de 1946 qui avaient créé un Comité constitutionnel. Le présent titre vise à accroître les attributions de cet organisme, qui reçoit l'appellation de Conseil constitutionnel²⁹⁵. » Le commissaire du gouvernement Raymond Janot ne dit pas autre chose lors de la séance du 31 juillet : le Conseil constitutionnel est « une reprise et une amplification assez considérable du Comité constitutionnel de la

²⁹² Pour de plus amples informations à ce sujet, voir : J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, op. cit., p. 394-396.

²⁹³ *Ibid.*, p. 401-402.

²⁹⁴ B. FARGEAUD, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République. Naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes*, Paris, Dalloz, 2020, p. 224.

²⁹⁵ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., v. 1, p. 525.

Constitution de 1946²⁹⁶ ». Et il existe effectivement un certain nombre de similitudes entre les deux institutions. Les constituants de 1946 comme ceux de 1958 souhaitent en effet que ce contrôle serve principalement à protéger des institutions fragilisées. Comité comme Conseil constitutionnels sont composés de deux groupes de membres : les membres de droit et les membres désignés par des élus exerçant un mandat national. Parmi les membres de droit, on trouve dans les deux conseils les présidents de la République. Dans les deux cas, aucune compétence juridique préalable n'est requise mais il y a un régime d'incompatibilités. Par ailleurs, le champ du contrôle de constitutionnalité est strictement délimité. Il existe donc de nombreuses similitudes entre les deux organes de contrôle, à tel point que Pascal Jan a pu parler du Comité comme un « embryon de Conseil constitutionnel²⁹⁷ ». Malgré tout, outre les différences substantielles qui existent originellement, l'évolution du Conseil constitutionnel suite aux révisions constitutionnelles successives limite ces similitudes. Après 1971, et plus encore après 2008, le Conseil constitutionnel devient un juge des libertés, ce qui avait été expressément interdit à son prédécesseur²⁹⁸. Pour autant, il n'en demeure pas moins que, si le Comité constitutionnel a bien influencé le fonctionnement et la composition du Conseil constitutionnel, la *jurie constitutionnaire* n'a joué ici aucun rôle.

2. Un organe politique ou juridictionnel ?

a) L'ambivalence originaire

Même si une partie de la doctrine aujourd'hui soutient que le Conseil constitutionnel est un « organe juridictionnel », reprenant cette notion héritée de la Troisième République, il s'agit ici de montrer que la qualification du Conseil n'était pas si claire dans l'esprit des constituants de 1958, ce qui s'est traduit dans le texte constitutionnel lui-même. Il s'agit ici d'analyser le mécanisme faisant précisément de la *jurie* un « prototype » de contrôle de constitutionnalité, de modèle imparfait dont le Conseil constitutionnel serait l'aboutissement. Mais, avant d'examiner les arguments selon lesquels le Conseil constitutionnel est un « organe juridictionnel », il importe de se concentrer sur l'ambiguïté originelle de cette institution.

Coste-Floret fut le premier à s'interroger sur la véritable nature du Conseil constitutionnel. Il s'exclame au cours de la séance du 31 juillet 1958 : « En réalité, votre Conseil constitutionnel est un organe politico-juridique. Les membres en sont désignés par le président du Sénat, de l'Assemblée nationale, ainsi que par le président de la République. Les anciens présidents de la République, qui peuvent n'être absolument pas des juristes, en sont membres de droit²⁹⁹. » Mais c'est principalement lorsque le projet est soumis à l'Assemblée générale du Conseil d'État que la question est posée. Cela n'est guère étonnant puisque la réponse à cette dernière a de fortes incidences du point de vue de la plus haute juridiction administrative : il s'agit en effet de déterminer la nature des décisions du Conseil

²⁹⁶ *Ibid.*, v. 2, p. 72.

²⁹⁷ P. JAN, « Le Comité constitutionnel, embryon d'un Conseil constitutionnel ? », in E. CARTIER et M. VERPEAUX (dir.), *La Constitution du 7 octobre 1946. Nouveaux regards sur les mythes d'une Constitution « mal-aimée »*, Paris, Mare & Martin, 2016, p. 89-97.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 90.

²⁹⁹ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, op. cit., v. 2, p. 105.

constitutionnel et de savoir si elle s'impose, ou non, au Conseil d'État et à la Cour de cassation. C'est du reste la question que pose le président Latournerie au cours de la séance des 25-26 août 1958. La réponse que lui fait le rapporteur Martin est éclairante :

Monsieur le Président, les rapporteurs et les commissaires du gouvernement ont été eux-mêmes fort divisés sur le point de savoir si le Conseil constitutionnel était, ou non, une juridiction, et quelle était la portée exacte de ses décisions. Pour certains des rapporteurs et des commissaires du gouvernement, il s'agissait d'une juridiction administrative à un échelon supérieur ; pour d'autres, il s'agissait d'un conseil tout à fait suprême dont les décisions ont un caractère éminemment politique et présentent, pour employer la phraséologie contentieuse, le caractère d'actes de gouvernement³⁰⁰.

Et Roger Latournerie, s'il considère dans un premier temps que, dans ses fonctions de juge de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel réalise une « opération nettement juridictionnelle³⁰¹ », se montre autrement moins convaincu de cela dans le reste de la discussion. Ainsi, lors de la réunion de l'Assemblée générale du Conseil d'État le 27 août, il s'exclame : « En réalité, lorsqu'on examine les compétences [du Conseil constitutionnel], on se persuade qu'elles se placent sous deux catégories différentes. Il y a, d'une part, une position d'arbitrage réservée au président de la République. En ce qui concerne le Conseil constitutionnel, ce Conseil est au moins autant politique que juridique, ou du moins c'est une juridiction politique³⁰². » Raymond Janot abonde dans le même sens, et c'est sans doute lui qui exprime le plus nettement ses doutes sur la véritable nature du Conseil constitutionnel. Lors de la séance du 31 juillet, il répond au président Latournerie qu'il n'est pas bien certain que le Conseil constitutionnel soit une juridiction³⁰³. Il ajoute, lors de la séance du 27 août : « On s'acharne à dire que le Conseil constitutionnel est une juridiction, ce n'est pas évident. Il se rapproche d'une juridiction à peu près comme le contentieux électoral se rapproche du contentieux général, c'est-à-dire avec un certain nombre de nuances. Alors ne définissons pas trop la nature juridique du Conseil constitutionnel³⁰⁴. » Et c'est cette solution qui fut finalement retenue dans le texte constitutionnel final. En effet, si le président Latournerie s'était montré favorable à l'origine, tout comme Marcel-Martin et le rapporteur général Deschamps à l'inscription dans la Constitution du fait que les décisions du Conseil avaient l'autorité de la chose jugée, ce qui avait d'ailleurs été décidé au Conseil d'État sur la proposition de Laroque³⁰⁵, on se décida, au nom de cette ambiguïté qu'il semblait si important de préserver, de reconnaître uniquement que ces décisions « s'imposent aux pouvoirs publics et à l'ensemble des autorités administratives et juridictionnelles³⁰⁶ », formule qui devait être conservée au sein de l'article 62 de la Constitution de 1958, et qui l'est toujours aujourd'hui.

L'intérêt de cette ambiguïté réside dans le fait que l'on sent en réalité, dès la rédaction de la Constitution de 1958, le caractère relativement superflu de la distinction entre « organe politique » et « organe juridictionnel » chargé du

³⁰⁰ *Ibid.*, v. 3, p. 163.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 164.

³⁰² *Ibid.*, p. 373.

³⁰³ *Ibid.*, p. 164.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 375.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 164.

³⁰⁶ *Ibid.*

contrôle, en partie inventé, rappelons-le, pour caractériser la *jurie constitutionnaire* de Sieyès. Car ce n'est pas tant la nature même du Conseil constitutionnel qui semblait ambivalente aux yeux des constituants de 1788 que sa nature par rapport à cette distinction. On sent donc déjà la pertinence toute relative de cette dernière, mais on ne va pas jusqu'à l'abandonner. On préfère créer le nouveau concept de «juridiction politique», de la même manière que la *jurie constitutionnaire* était qualifiée de «tribunal politique» avant que la distinction susmentionnée ne soit clairement posée. Et ce n'est sans doute pas un hasard si l'expression de «juridiction politique» est prononcée par Roger Latournerie. On avait pu voir en effet qu'il connaissait l'existence de la *jurie constitutionnaire* de Sieyès et, au moins en partie, son fonctionnement. C'est peut-être en cela que l'on peut qualifier la *jurie* de «prototype de contrôle de constitutionnalité» par rapport à celui exercé par le Conseil constitutionnel : ces deux organes rendent la distinction entre «organe politique» et «organe juridictionnel» relativement caduque. Paradoxalement pourtant, une partie de la doctrine devait reprendre à son compte cette distinction et, de manière très volontariste, s'en servir, à la manière de certains publicistes de la Troisième République pour appuyer le souhait de voir un contrôle opéré par le juge ordinaire, en vue d'opposer la *jurie constitutionnaire*, symbole de l'«organe politique», au Conseil constitutionnel, qui ne peut être qu'un «organe juridictionnel».

b) Des juges très politiques

Si la doctrine a tendance aujourd'hui à insister sur le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel, il importe dans ce paragraphe de rappeler cette opinion minoritaire qui fait du Conseil un «organe politique», non pas tant pour aller en ce sens que pour démontrer le caractère stérile de ce débat et de cette distinction. Le grand intérêt de cette argumentation, c'est de reprendre les argumentaires qui avaient conduit à qualifier la *jurie constitutionnaire* d'«organe politique». Ainsi, paradoxalement, même si le Conseil constitutionnel n'a en rien été influencé par la *jurie*, elles ont pu être la cible de critiques similaires. C'est ainsi que Bernard Chenot (1909-1995), ancien membre du Conseil constitutionnel, lors d'un colloque tenu à Aix-en-Provence le 2 décembre 1977, affirmait : «Je n'ai jamais pensé une seconde que le Conseil constitutionnel fut un organe juridictionnel ; c'est un corps politique par son recrutement et par les fonctions qu'il remplit³⁰⁷. » Il s'agit donc de distinguer ici la composition du fonctionnement de l'institution.

La raison principale pour laquelle la *jurie constitutionnaire* avait mérité d'être qualifiée d'«organe politique» trouve son origine dans sa composition. Pour la doctrine de la Troisième République, faire d'anciens parlementaires les gardiens de la Constitution devait forcément amener à deux conséquences alternatives : soit ces anciens représentants se soumettraient au Parlement lors de leur mandature, retirant toute effectivité au contrôle, soit ils se considéraient au contraire tous puissants et ne jugeraient plus seulement en droit, mais aussi selon des considérations politiques. Une même critique a été formulée à l'endroit du Conseil constitutionnel, par exemple par Roger Pinto (1910-2005)³⁰⁸. Et de fait, que ce soit à travers les membres de droit ou à travers les membres nommés, ce sont

³⁰⁷ B. CHENOT, *Le domaine de la loi et du règlement*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1978, p. 178, cité dans : D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2020, p. 65.

³⁰⁸ R. PINTO, «Le contrôle de constitutionnalité des lois», *Études juridiques et économiques*, 1959, n° 23, p. 30, cité dans : *Ibid.*

effectivement des considérations politiques qui règnent. Concernant les premiers, on voit bien tout le problème : les anciens présidents de la République n'ont pas forcément reçu de formation juridique et sont des élus de la nation. Même si nombre d'entre eux ont décidé de ne pas siéger du tout, ou l'ont fait de manière très épisodique, l'exemple de Valéry Giscard d'Estaing est ici emblématique des raisons qui peuvent conduire à considérer le Conseil constitutionnel comme un « organe politique » de contrôle. Celui-ci a fait son entrée officielle au Palais Montpensier le 10 juin 2004, avant de s'investir pleinement en faveur du « oui » au référendum de 2005 sur l'adoption d'une Constitution pour l'Europe. Il a par ailleurs livré de nombreuses fois son sentiment sur l'actualité politique, a appelé à voter pour Nicolas Sarkozy en 2012³⁰⁹, etc. Concernant les membres nommés, discrétionnairement par les autorités de nomination en fonction de leurs affinités politiques, la qualification du Conseil constitutionnel comme un « organe politique » peut sembler tout aussi pertinente. Certes, l'expérience montre que de nombreux membres du Conseil constitutionnel ont un bagage juridique : sur 84 membres nommés, 65 appartiennent à des professions liées au droit. Malgré tout, il est évident que les amitiés politiques jouent un rôle central dans les nominations, ce qui conduit à une certaine coloration politique du Conseil constitutionnel au gré des majorités³¹⁰, malgré les arguments contraires apportés par Louis Favoreu³¹¹. On serait donc tenté de qualifier le Conseil d'« organe politique ».

Du point de vue des fonctions du Conseil, les conclusions peuvent être similaires. En effet, hors le cas de la question prioritaire de constitutionnalité, sa mission de contrôle l'amène à participer, de manière directe ou indirecte, au processus législatif. Avant 2010, le Conseil ne peut être saisi qu'avant la promulgation de la loi, aux termes de l'article 61 de la Constitution. On peut donc en conclure que l'opération de contrôle se situe à l'intérieur du processus de fabrication de la loi, dont il est partie intégrante. La décision du 23 août 1985 par laquelle le Conseil constitutionnel considère qu'après une nouvelle lecture demandée à l'issue d'une invalidation constitutionnelle, « il ne s'agit pas du vote d'une loi nouvelle, mais de l'intervention, dans la procédure législative en cours, d'une phase complémentaire résultant du contrôle de constitutionnalité³¹² ». Le Conseil constitutionnel joue donc un rôle dans l'élaboration de la loi. C'était également en raison des fonctions que donnait Sieyès à la *jurie constitutionnaire* que son projet avait pu être accusé de vouloir instaurer un « organe politique » de contrôle. C'est donc pour des raisons similaires que ces deux institutions ont pu être caractérisées comme telles.

3. L'exaltation d'un « organe juridictionnel »

a) Une condition de neutralité et d'impartialité

Quoique la controverse doctrinale au sujet de la nature juridictionnelle ou politique du Conseil constitutionnel se soit réduite ces dernières années, il importe dans ce paragraphe d'analyser comment, à rebours des partisans de l'« organe politique », certains universitaires, usant du même mécanisme que la part de la

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 70-71.

³¹⁰ Pour de plus amples informations à ce sujet, voir : *Ibid.*, p. 74-75.

³¹¹ L. FAVOREU, *La Constitution et son juge*, *op. cit.*, p. 33-46.

³¹² Conseil constitutionnel, 23 août 1985, n° 85-197 DC, R. p. 70, cité dans : D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 66.

doctrine de la Troisième république favorable au contrôle de constitutionnalité par le juge ordinaire, ont pu faire de la *jurie constitutionnelle* un anti-modèle du Conseil constitutionnel. Car c'est là un point central, que l'on retrouve dans la majorité des manuels de droit constitutionnel contemporain : on fait à la fois de la *jurie* l'ancêtre du contrôle de constitutionnalité en France et un système aux antipodes duquel se situerait le Conseil constitutionnel. La *jurie* constitutionnelle apparaît ainsi comme un prototype du Conseil constitutionnel quant au contrôle de constitutionnalité des lois. Afin de démontrer que ce dernier n'est pas un « organe politique » de contrôle, on l'oppose donc volontiers à la *jurie*, devenue une référence presque incontournable. En ce sens, on remarque que les termes de la distinction établie sous la Troisième République ont vu leur définition évoluer et on pourra soupçonner le volontarisme d'une partie de la doctrine en ce sens : on ne saurait dire que le Conseil constitutionnel est un « organe politique » de la même manière que la *jurie*. Pour autant, si la définition de ce dernier, ainsi que celle d'« organe juridictionnel », ont fort évolué depuis les années 1920, on remarque qu'elles n'ont guère gagné en clarté : on s'en tient dorénavant dans de nombreux manuels à égrener des caractéristiques cumulatives. On n'osera souligner, comme Platon et Socrate dans *La République*, qu'une addition d'exemples ou de caractéristiques ne donne pas une définition, et encore moins une distinction conceptuelle.

Il n'est pas inutile de rappeler les définitions données par Joseph Barthélemy en 1926. L'« organe politique » est ainsi défini comme « un organe constitutionnel distinct du gouvernement, du parlement et des tribunaux [qui] a comme mission principale, sinon exclusive, de vérifier la conformité à la Constitution des divers actes des autorités publiques et notamment du législateur³¹³ », tandis que l'« organe juridictionnel » désigne le système où c'est « un juge qui vérifie si l'acte est conforme à la Constitution³¹⁴ ». Le juge ici désigne bien sûr le juge professionnel. Suivant ces premières définitions, le Conseil constitutionnel ne peut être considéré que comme un « organe politique » de contrôle : sa mission principale est bien de contrôler la constitutionnalité des actes législatifs, tandis qu'il se situe en dehors des trois pouvoirs traditionnels : ses membres ne sont pas des administrateurs, des parlementaires ou des juges professionnels – on peut accéder au Conseil constitutionnel sans aucune formation juridique et la nomination toute récente de Jacqueline Gourault l'a rappelé. Ces définitions ont évolué par la suite. Tous les manuels de droit constitutionnel n'en donnent cependant pas. Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, s'ils reconnaissent que tout contrôle de constitutionnalité « a un aspect politique³¹⁵ », décrivent ainsi l'« organe politique » de contrôle : « L'accent n'est pas mis alors sur l'indépendance des contrôleurs et sur leur compétence, sur leur aptitude à trancher des litiges aux aspects juridiques subtils. L'organe de contrôle est conçu de manière à ménager la susceptibilité des auteurs de la loi. Le Parlement [...] sera associé à la désignation de ses membres et le Gouvernement [...] parfois aussi³¹⁶. » Ils ajoutent : « Une autre voie consiste à confier le contrôle à une juridiction, à des juges qui statuent en droit. Le problème de la constitutionnalité est alors considéré comme technique³¹⁷. » À part pour la nomination des membres, cette distinction permet de

³¹³ J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., [1926] 2004, p. 204.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 207.

³¹⁵ P. ARDANT et B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 2018, p. 110.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ *Ibid.*

faire du Conseil constitutionnel un véritable « organe juridictionnel ». Et les auteurs du manuel précisent quelques pages plus tard que « le statut des membres [du Conseil] tend à assurer leur indépendance³¹⁸ ». Stéphane Mouré, Nathalie Deleuze, Béatrice Geninet et Raphaël Contini, auteurs d'un manuel destiné à un public plus large, retiennent une distinction similaire, même s'ils insistent davantage sur le fait que les « organes juridictionnels » sont plus indépendants que les « organes politiques » et que leurs décisions sont revêtues de l'autorité de la chose jugée³¹⁹. Parce que « les décisions du Conseil constitutionnel sont fondées sur des analyses politiques et non sur des considérations politiques, et jouissent de l'autorité de la chose jugée », parce que le « Conseil a su faire preuve de son indépendance³²⁰ », alors le Conseil constitutionnel est, selon eux, un « organe juridictionnel ». De manière générale, les partisans d'une caractérisation du Conseil constitutionnel comme « organe juridictionnel » s'appuient sur trois éléments : le Conseil statue en droit, il tranche un litige duquel on peut déduire l'existence d'une tierce personne, enfin ses décisions ont l'autorité de la chose jugée³²¹. Aussi, on le comprend, si la distinction née à l'orée du XX^e siècle a vu la définition de ses termes évoluer, c'est bien pour faire du Conseil constitutionnel un « organe juridictionnel ». Et malgré cette évolution, la *jurie constitutionnaire* continue d'être constamment présentée comme un archétype d'« organe politique ». Du reste, le critère tiré de l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel n'est peut-être pas des plus pertinents, puisque c'est volontairement qu'il n'a pas été retenu dans le texte de 1958, comme souligné *supra*.

Si on reprend la description de l'« organe politique » de contrôle telle qu'il est décrit dans les manuels contemporains, alors on remarque que la *jurie constitutionnaire* n'est pas bien différente du Conseil constitutionnel, malgré l'absence de tout lien généalogique entre les deux institutions. Concernant le fait de statuer en droit, il n'est pas vraiment douteux que c'était le vœu de Sieyès, étant donné toutes les analogies qu'il fait dans son discours du 18 thermidor avec le pouvoir judiciaire. Il donne du reste le nom d'arrêts aux décisions de son organe. Paul Bastid le reconnaît lui-même, la *jurie* devait répondre en droit à une question de droit. Concernant le second critère, relatif à la personne tierce, on se souvient que Sieyès souhaitait ouvrir le prétoire à tous les particuliers. À nouveau, la condition paraît remplie. Enfin, du point de vue de l'autorité de la chose jugée de ses arrêts, on rappellera qu'il était prévu que les actes déclarés inconstitutionnels par la *jurie* étaient déclarés « comme nuls et nonavenus ». Aucun mécanisme d'appel n'est par ailleurs prévu dans le projet, si bien qu'on peut sans trop de mal, même si l'expression est anachronique, reconnaître aux décisions de la *jurie constitutionnaire* l'autorité de la chose jugée. Aussi, si la définition de l'« organe juridictionnel » de contrôle a évolué, la caractérisation de la *jurie* est quant à elle demeurée, alors même que tout portait, si on suit la pensée de la doctrine favorable à la qualification du Conseil constitutionnel comme un « organe juridictionnel ». C'est en ce sens que seul un ouvrage, cohérent, qualifie la *jurie* d'« organe quasi-juridictionnel³²² ». *A contrario*, la majorité des manuels de droit constitutionnel contemporains continuent de décrire la *jurie constitutionnaire* comme un « organe

³¹⁸ *Ibid.*, p. 120.

³¹⁹ S. MOURE, N. DELEUZE, B. GENINET et R. CONTINI, *Réussir sa 1^{re} année de droit*, Levallois-Perret, Studyrama, 2006, p. 100.

³²⁰ *Ibid.*, p. 103.

³²¹ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 63-65.

³²² Voir : F. ROUVILLOIS, *Libertés fondamentales*, Paris, Flammarion, 2019.

politique ». Pour ne prendre qu'un exemple, c'est le cas de celui de Philippe Ardant et de Bertrand Mathieu, dans lequel on peut lire : « Sieyès proposa, lors de l'élaboration de la Constitution de l'An III, la création d'un *organe politique*, la "jurie constitutionnaire", à laquelle la Nation confierait la tâche d'annuler les actes contraires à la Constitution³²³. » Cette caractérisation s'est même répandue à l'étranger. Ainsi, dans un ouvrage consacré à la soumission du législateur aux normes constitutionnelles, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers*, Friederike Valerie Lange écrit : « Les plans de Sieyès en faveur d'un "jury constitutionnaire" avec autorité pour contrôler les actes législatifs n'ont pas abouti. Le contrôle de la loi prévu par les Constitutions des 13 décembre 1799 et 14 janvier 1852 par des organes politiques s'est avéré totalement inefficace³²⁴. » Ce dernier passage est révélateur du fait que la caractérisation de la *jurie* de nos jours comme un « organe politique » vient principalement du fait que l'on continue de l'identifier aux Sénats impériaux. Mais sans doute faut-il y voir une raison autrement plus volontariste, consistant à présenter le Conseil constitutionnel comme un gardien efficient des libertés et de la Constitution face à une *jurie constitutionnaire* arbitraire et partial. Il s'agit ainsi, en caractérisant la *jurie* d'« organe politique », de présenter le Conseil constitutionnel comme un « organe juridictionnel ». Cela apparaît de manière particulièrement symbolique dans un traité de Jacques Moreau, *Théorie générale de l'État et Droit constitutionnel*. Après avoir décrit le contrôle populaire de constitutionnalité, il écrit :

Moins illusoire mais plus dangereuse encore apparaît la solution consistant à confier ce contrôle à un organe politique dans le prolongement de la jurie constitutionnaire de Sieyès. Qu'ils'agisse du Conseil des Anciens (Constitution du 5 Fructidor An III), du Sénat (Constitution du 22 Frimaire An VIII ou du 14 janvier 1852) ou du Comité constitutionnel prévu par la Constitution du 27 octobre 1946, le contrôle n'est qu'un prétexte permettant au pouvoir dominant de maintenir sa prépondérance³²⁵.

Il ajoute quelques lignes plus bas : « En France, il faudra attendre la V^e République pour que soit institué un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois authentiques et cohérent. C'est au Conseil constitutionnel qu'est confié ce contrôle³²⁶. » De même, dans *Les indispensables du droit constitutionnel*, on peut lire : « Le Conseil constitutionnel est devenu un véritable organe juridictionnel, contrairement aux institutions historiquement mises en place pour contrôler l'action législative (le Sénat conservateur sous le Consulat, le Comité constitutionnel sous la IV^e République)³²⁷. » Le mécanisme n'est guère différent de celui employé par certains publicistes de la Troisième République : par la comparaison, on cherche à confirmer une thèse formulée *a priori*, alors même que la *jurie constitutionnaire*, suivant les nouveaux critères de l'« organe juridictionnel » soutenus par cette même doctrine, devrait être elle aussi

³²³ P. ARDANT et B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 108-109.

³²⁴ F. V. LANGE, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 27, traduction personnelle : « Pläne von Sieyès für eine "jury constitutionnaire" mit Normenkontrollkompetenz konnten sich nicht durchsetzen. Die in den Verfassungen vom 13. Dezember 1799 und vom 14. Januar 1852 vorgesehene Gesetzkontrolle durch politische Organe erwies sich als völlig wirkungslos. »

³²⁵ J. MOREAU (dir.), *Droit public. Théorie générale de l'État et Droit constitutionnel. Droit administratif*, Paris, Economica, 1995, t. 1, p. 42.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ J. BEAL-LONG et al., *Les indispensables du droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2016, p. 215.

qualifiée comme tel. Car s'il y a bien un lien que l'on peut établir entre la *jurie* et le Conseil constitutionnel, c'est en réalité le fait de rendre cette distinction stérile.

b) La pertinence très relative de la distinction

Jurie constitutionnelle et Conseil constitutionnel présentent cette caractéristique commune de rendre la distinction entre « organe politique » et « organe juridictionnel » relativement stérile. Outre le fait que, concernant la *jurie*, cela revient à lui appliquer *a posteriori* des concepts anachroniques qui ne tiennent précisément pas compte de l'originalité du projet de Sieyès au moment où il fut formulé, il s'agit également de démontrer qu'une telle distinction est illusoire et trouve son origine dans un volontarisme marqué de la doctrine. Comme l'écrivait Henri Bergson dans *La Pensée et le mouvant*, « le concept généralise autant qu'il abstrait³²⁸ ». Le concept, autant que la distinction conceptuelle, ne rend pas compte du réel, il le déforme, et à la manière d'un filet de pêche, il ne retient que peu de choses de la réalité qu'il tente de saisir. Il s'agit donc dans ce paragraphe de démontrer en quoi la distinction susmentionnée n'apparaît pas pertinente pour aborder tant la *jurie constitutionnelle* que le Conseil constitutionnel. Aussi, contrairement à ce que laisse entendre une partie des manuels de droit constitutionnel contemporain, la *jurie constitutionnelle* ne peut être considérée comme un prototype du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire comme un premier modèle, encore imparfait, de contrôle : les deux organes n'ont aucun lien généalogique, tandis qu'ils présentent des caractéristiques fort différentes.

Tout d'abord, une telle distinction vient avant tout de l'idéologie partagée par de nombreux juristes qui s'attachent à séparer le droit et le politique comme deux éléments parfaitement hermétiques³²⁹ : d'un côté, le droit assure l'impartialité, la scientificité ; de l'autre, le politique est gage d'intérêts particuliers, partiels. Or, tout contrôle de constitutionnalité est éminemment politique puisqu'il s'agit de censurer la volonté des représentants de la nation et leur rappeler que leur action est limitée par les textes constitutionnels. Et les mots qui y ont été inscrits ne font sens que dans la mesure de l'interprétation qu'en fait le juge. Or, toute interprétation a des incidences, et bien souvent des fondements, politiques. On a ainsi pu parler du Conseil constitutionnel comme d'une « chambre législative » ou comme d'un « co-législateur³³⁰ ». Un exemple de ce phénomène se trouve dans la décision du 12 janvier 1977 par laquelle le Conseil considère que le gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de légiférer par ordonnances pour exécuter un programme, même si celui-ci n'a pas été soumis préalablement à l'Assemblée nationale car le mot « programme » n'a pas le même sens aux articles 38 et 49 de la Constitution³³¹. Le Conseil constitutionnel exerce donc, comme n'importe quelle Cour constitutionnelle, même les plus juridiciées, une activité politique : il n'est en effet pas possible de distinguer l'application

³²⁸ H. BERGSON, *La Pensée et le mouvant*, Paris, Bréal, [1934] 2002, p. 67.

³²⁹ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 67.

³³⁰ A. DELCAMP, « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », *Revue française de droit constitutionnel*, 2004, n° 57, p. 70, cité dans : C. ALONSO, *Recherche sur le principe de séparation en droit public français*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Thèse Droit, dirigée par J.-A. Mazères, 2015, p. 538.

³³¹ Conseil constitutionnel, 12 janvier 1977, n° 76-72 DC, R. p. 31, cité dans : D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 67.

juridique d'un texte de sa création politique³³². En ce sens, tout organe de contrôle de constitutionnalité des lois est «juridico-politique» pour reprendre l'expression de Roger Latournerie et affirmer que la *jurie* serait plus politique que le Conseil constitutionnel n'a aucun sens. Dans l'argumentaire ici présenté, qui est inspiré de celui de Dominique Rousseau, on reconnaît celui d'Esmein, qui refusait d'employer la distinction susmentionnée.

B. La référence bienvenue à la *jurie constitutionnelle*

1. La légitimation par l'histoire

Les manuels contemporains de droit constitutionnel sont partagés de la manière suivante : d'un côté, il s'agit de faire de la *jurie constitutionnelle* le prototype du contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel, afin de souligner l'existence de précédents historiques. De l'autre, il s'agit d'insister sur les différences entre les deux formes de contrôle afin de ne pas identifier le Conseil constitutionnel à l'exemple symbolique du contrôle exercé par un «organe politique». L'histoire est ainsi sollicitée en raison de son caractère légitimant. C'est d'ailleurs particulièrement le cas en droit où les exposés historiques précédant une démonstration sont fréquents en raison du double héritage laissé par le droit coutumier et par l'École historique du droit de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) qui avait eu de nombreux disciples en France. La *jurie* apparaît dès lors comme un précédent commode, qui permet de démontrer que la doctrine n'a pas toujours été opposée au contrôle de constitutionnalité des lois et qu'elle n'a pas toujours privilégié la volonté générale exprimée par les représentants de la nation. Sieyès apparaît dès lors comme un esprit en avance sur son temps, qui avait senti avant tout le monde la nécessité d'instaurer des freins à la puissance du législateur. Aussi, on retrouve dans une partie des manuels de droit constitutionnel une présentation historique du contrôle de constitutionnalité qui adopte un plan similaire. Il s'agit de présenter d'abord la *jurie constitutionnelle*, puis les Sénats impériaux, avant de réserver quelques lignes au Comité constitutionnel de 1946. En réalité, comme cela a déjà été souligné, il est audacieux d'établir une généalogie entre le Conseil constitutionnel et la *jurie constitutionnelle*. Tout au plus peut-on établir un parallèle entre les deux dans leur présentation comme un «tribunal des sages».

Si tous les traités et manuels de droit constitutionnel ne mentionnent pas la *jurie constitutionnelle*, du moins est-il très fréquemment question de l'opinion de Sieyès sur la nécessité de limiter les pouvoirs du législateur. Dans *La Constitution de la République française* de François Luchaire, Gérard Conac et Xavier Prétot, on peut notamment lire que «cette crainte a été clairement exprimée par Sieyès le 18 thermidor de l'an III³³³». Il est toutefois courant de faire explicitement référence à la *jurie* dans un chapitre consacré aux expériences de contrôle antérieures à 1958. C'est par exemple le cas dans le manuel de Philippe Ardant et de Bertrand Mathieu, qui présente en premier la *jurie constitutionnelle*, avant de souligner qu'«une fausse solution fut ensuite apportée par les Sénats conservateurs des I^{er} et II^e Empires³³⁴». L'exposé historique se clôt avec la description du Comité constitutionnel de 1946. Une telle présentation en trois étapes est relativement

³³² *Ibid.*

³³³ F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT, *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Paris, Economica, 2009, p. 1426.

³³⁴ P. ARDANT et B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 109.

topique. On la retrouve dans d'autres manuels, par exemple dans celui de Jean-Claude Zarka³³⁵. Plus détaillé car s'intéressant également aux débats doctrinaux relatifs au contrôle de constitutionnalité, celui de Guillaume Drago n'est guère différent³³⁶. Quant à celui de Michel Clapié, il ne fait qu'inverser la description de la *jurie* et des Sénats impériaux avec le Comité constitutionnel³³⁷. Pour ne prendre qu'un dernier exemple, le *Droit du contentieux constitutionnel* de Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun et Julien Bonnet reprend exactement cette présentation, même s'il ne mentionne la *jurie constitutionnaire* qu'incidemment quelques pages plus tard³³⁸. Il n'est pas inutile de souligner que dans la plupart des manuels et traités précités, la *jurie* est présentée comme le premier mécanisme imaginé de contrôle de constitutionnalité des lois en France. Or, on avait pu voir qu'elle-même s'inspirait d'autres systèmes, notamment de celui des physiocrates ou de ceux théorisés par d'autres révolutionnaires. Du reste, la référence historique à la *jurie* ne se trouve pas uniquement dans les manuels de droit. Elle est également présente dans les discours des membres du Conseil constitutionnel lui-même. Lors d'un colloque organisé en 1992, Robert Badinter reprend précisément la présentation en trois étapes des tentatives d'instaurer un contrôle de constitutionnalité en France :

Je sais bien que l'on se plaît toujours à évoquer les propos de Sieyès sur un jury constitutionnaire, que l'on peut évoquer les deux Sénats impériaux, qui étaient plutôt de nature à faire rejeter l'idée de contrôle de constitutionnalité qu'à l'enraciner dans la République. Il est difficile de dire que le Comité consultatif constitutionnel de la IV^e République constituait en soit autre chose qu'une approche extrêmement prudente à une forme de contrôle que la tradition républicaine refusait³³⁹.

De manière similaire, lors d'un colloque organisé le 6 mai 2014, Jean-Louis Debré décrit le fonctionnement de la *jurie constitutionnaire*, avant de se pencher successivement sur les Sénats impériaux et sur le Comité constitutionnel³⁴⁰. L'objectif est ainsi de créer une mythologie autour du Conseil constitutionnel, en l'associant à des précédents historiques. La *jurie* en vient ainsi à faire partie de l'histoire du Conseil.

Or, comme on avait eu l'occasion de le souligner, il s'agit là d'un discours fort volontariste : aucune filiation ne peut être établie entre la *jurie constitutionnaire* et le Conseil constitutionnel. Seules peuvent être soulignées deux caractéristiques communes : les autorités chargées de nommer les membres de ces deux institutions sont revêtues d'un mandat national. En outre, dans les deux cas, il faut insister sur la composition élitaires : l'objectif de Sieyès, comme celui des constituants de 1958, était de mettre en place un organe qui puisse imposer sa légitimité par sa solennité. Lors de la séance du 5 août 1958, Michel Debré exprimait ainsi cette idée :

³³⁵ J.-C. ZARKA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Ellipses, 2018, p. 74.

³³⁶ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, Presses universitaires de France, [1998] 2020.

³³⁷ M. CLAPIÉ, *Droit constitutionnel. La V^e République*, Paris, Ellipses, 2022.

³³⁸ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 16-17.

³³⁹ R. BADINTER, « Les institutions de 1958 et l'État de droit », *Espoir*, 1992, n° 85, p. 1. [En ligne : www.charles-de-gaulle.org/wp-content/uploads/2017/10/Les-institutions-de-1958-et-lEtat-de-droit.pdf], consulté le 27 août 2022.

³⁴⁰ J.-L. DEBRÉ, « Contrôle de constitutionnalité : entre tradition et modernité » [En ligne : www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/controle-de-constitutionnalite-entre-tradition-et-modernite], consulté le 27 août 2022.

« L'autorité du Conseil constitutionnel gagne, à mon avis, au moins dans le système que nous vous proposons, à être un organe très solennel, que les autorités, quelles qu'elles soient, qui doivent avoir le sens de l'État, sont seules autorisées à saisir³⁴¹. » Certes, la saisine s'est étendue, mais la solennité attachée aux « Sages », comme on aime à appeler les membres du Conseil constitutionnel, est restée tout entière. Quant au projet de Sieyès, on se souvient que le caractère élitiste de sa *jurie* était un élément central de son projet. La légitimité des deux institutions vient donc du prestige qui leur est attaché³⁴².

2. La quête d'une référence nationale

Si la référence à la *jurie constitutionnelle* est fréquente dans les manuels de droit constitutionnel afin de légitimer par l'histoire le contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel, il s'agit aussi par-là de créer une mythologie nationale, de montrer qu'il ne s'agit pas simplement d'une importation étrangère. À ce titre, la référence à la *jurie* présente l'avantage de l'ancienneté d'un projet déjà inscrit dans les débats révolutionnaires qui ont façonné le droit français contemporain. Le système imaginé par Sieyès précède en effet l'arrêt *Marbury v. Madison* de 1803 par lequel la Cour suprême des États-Unis se considère compétente pour connaître de la constitutionnalité des lois fédérales, ou la Cour constitutionnelle autrichienne créée en 1920. La *jurie* est alors présentée comme un projet visionnaire, en avance sur son temps : elle est présentée comme le premier contrôle de constitutionnalité des lois conçu dans le monde. Il s'agit là encore d'un discours fort volontariste, d'une part parce que, comme on avait pu le voir, cela n'est pas vrai historiquement, d'autre part parce que cela revient à minimiser l'influence étrangère dans l'introduction de ce mécanisme en France. Certes, la majeure partie des manuels de droit contemporains réserve un paragraphe à la présentation des systèmes étrangers, mais celle-ci est relativisée par la description de la *jurie constitutionnelle* de Sieyès comme première invention de tels systèmes. Cela est du reste un trait caractéristique de l'histoire du droit et du droit : malgré quelques efforts contemporains, la perspective transnationale a du mal à s'établir dans ces disciplines.

Il importe tout d'abord de souligner que la majeure partie des manuels de droit présentent les organes chargés du contrôle de constitutionnalité en distinguant le « système américain » du « système européen ». Le manuel de Philippe Ardant et de Bertrand Mathieu en est un exemple parmi d'autres. On peut y lire : « La juridiction peut être, soit un tribunal quelconque inséré dans la hiérarchie juridictionnelle ordinaire et statuant sur toutes sortes d'autres affaires (système américain), soit une institution spécialement créée à cet effet et à laquelle on confère le statut d'une juridiction, c'est-à-dire essentiellement l'indépendance à l'égard du pouvoir (système autrichien, 1920)³⁴³. » Il décrit par la suite de manière plus complète le système américain³⁴⁴. Une telle description peut paraître quelque peu simpliste puisqu'elle ne prend pas en compte l'existence d'une Cour suprême dans le système américain, alors même que, comme on l'avait vu, les

³⁴¹ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'Histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, *op. cit.*, v. 2, p. 175.

³⁴² Voir en ce sens : M.-H. CAITUCOLI-WIRTH, « La vertu des institutions : l'héritage méconnu de Sieyès et de Constant », *op. cit.*, p. 136.

³⁴³ P. ARDANT et B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 111.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 114-119.

partisans en France de la création d'un tribunal spécial chargé du contrôle des lois s'inspiraient non pas du modèle européen, mais bien du système américain. Une telle distinction se trouve également dans le manuel de Bernard Stirn et de Yann Aguila, *Droit public français européen*³⁴⁵. Pour ne prendre qu'un autre exemple, le manuel de contentieux constitutionnel de Dominique Rousseau rappelle cette même distinction, quoiqu'il se montre bien plus exhaustif sur la description des deux systèmes³⁴⁶. Or, le Conseil constitutionnel est très rarement décrit comme s'inspirant de l'un ou l'autre modèle ou, plus spécifiquement et plus logiquement, du modèle européen. Cela est pertinent puisqu'effectivement, le contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel ne s'inspire ni de l'un ni de l'autre, étant une institution largement *sui generis*.

Mais, dès lors, il est également courant de lire dans ces mêmes manuels que Sieyès fut le premier théoricien du contrôle de constitutionnalité et que ce fut même lui qui inspira le système européen de contrôle. Dans le manuel de Bernard Stirn et de Yann Aguila, on peut notamment lire : « En France, l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois pas la Constitution de 1958 n'est pas totalement dépourvue de précédents. En 1795, Sieyès défend l'idée d'un jury constitutionnaire ou d'un jury de constitution, précurseur des juridictions constitutionnelles en Europe³⁴⁷. » De manière similaire, Philippe Blachère affirme : « Avant Kelsen, l'idée d'une limitation de la loi par un contrôle juridictionnel existait en Europe. Par exemple, Sieyès, influencé par Alexander Hamilton, propose la création du Jury constitutionnaire en 1795, sorte de juge constitutionnel chargé de vérifier que le corps législatif respecte la Constitution³⁴⁸. » Ce faisant, Sieyès est présenté comme le père du contrôle de constitutionnalité tel qu'appliqué en Europe. Une telle conception doit sans doute beaucoup à la doctrine de la Troisième République qui s'était principalement concentrée sur la *jurie constitutionnaire* de Sieyès pour la discréditer, et non sur les modèles antérieurs. Ces derniers sont tombés dans l'oubli pour les professeurs de droit constitutionnel, même si les historiens du droit ne manquent pas de rappeler leur existence. Il faut y voir peut-être également la marque de Paul Bastid, même si dans *Sieyès et sa pensée*, celui-ci avait décrit des systèmes de contrôle imaginés auparavant. On peut notamment y lire : « Sieyès a eu le mérite de formuler la doctrine [du contrôle de constitutionnalité] avant tout le monde³⁴⁹. » Certes, un tel lien entre le système kelsenien et celui imaginé par Sieyès n'est pas dénué de fondements. Egon Zweig, juriste autrichien et auteur de *La théorie du pouvoir constituant (Die Lehre vom Pouvoir Constituant)* en 1909, avait décrit en détail le projet de *jurie constitutionnaire* de Sieyès, et avait même rappelé les autres projets formulés par les révolutionnaires³⁵⁰. Étant donné la résonance qu'a eue cet ouvrage au-delà des frontières autrichiennes – c'est grâce à lui que l'expression « pouvoir constituant », en français, est employée en Allemagne – il ne fait que peu de doute qu'Hans Kelsen ne l'ait pas lu. Pour autant, ces manuels n'étaient leur affirmation par aucune recherche à ce sujet et, à notre connaissance, il n'en existe pas.

³⁴⁵ B. STIRN et Y. AGUILA, *Droit public français et européen*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2018, p. 733-735.

³⁴⁶ D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 18-22.

³⁴⁷ B. STIRN et Y. AGUILA, *Droit public français et européen*, op. cit., p. 735-736.

³⁴⁸ P. BLACHER, *Droit constitutionnel*, Paris, Hachette, 2012, n. p.

³⁴⁹ P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., p. 598.

³⁵⁰ E. ZWEIF, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen, Mohr, 1909, p. 413-427.

D'ailleurs, aucun manuel ne mentionne le cheminement précité qui permettrait de faire le lien entre la *jurie constitutionnelle* et le modèle européen de contrôle. Le discours est donc fort volontariste : il s'agit de montrer qu'en l'absence de toute référence étrangère au contrôle de constitutionnalité pratiqué par le Conseil constitutionnel, ce même contrôle a été inventé en France et que l'Europe entière s'en est inspirée. La *jurie* est alors un outil employé au prestige de la pensée constitutionnelle française et devient un élément légitimant du Conseil constitutionnel à l'étranger. Or, comme on avait pu le voir, la *jurie* a sans doute été elle-même sujette à diverses influences. On omet ainsi celle des physiocrates, sans doute parce que le droit d'Ancien Régime ne se prête guère à une filiation avec le droit contemporain hérité en partie de la Révolution française. On ne mentionne pas plus le Tribunal des censeurs de Pennsylvanie, sans doute en raison d'une méfiance à l'égard des influences transnationales.

CONCLUSION

Ainsi, il ne fait nul doute que la *jurie constitutionnelle* était conçue à l'origine par son auteur comme une véritable juridiction, seule susceptible d'empêcher efficacement les abus du législateur. C'est même pour cette raison que les constituants de 1795 rejetèrent, *in fine*, ce projet. Par ailleurs, la *jurie constitutionnelle* n'est pas *sui generis*. Elle-même a été inspirée d'autres systèmes élaborés peu de temps auparavant, que ce soient ceux formulés sur les bancs de la Constituante ou un peu plus tardivement, ou ceux des physiocrates. Mais de tels projets sont globalement tombés dans l'oubli, hormis, naturellement, pour les historiens du droit. Aussi, la description de la *jurie* comme un prototype, supposant qu'il s'agit là d'un premier modèle à d'autres qui doivent suivre, est largement tronquée. En ce sens, la *jurie* n'est pas un prototype, puisque d'autres systèmes, en France ou ailleurs, ont été élaborés avant elle. Toutefois, elle fut la seule à recevoir une traduction concrète à travers les Sénats impériaux qui devaient marquer les esprits par leur inertie. Il en a résulté une identification de la *jurie* à des systèmes déficients, alors même qu'elle ne les a inspirés que très indirectement et qu'ils ont amplement trahi l'idée originale de Sieyès. Pour autant, la doctrine postérieure n'hésitera pas à l'identifier à ceux-ci. Il n'est alors plus fait référence à la *jurie* que pour décrire son côté irréalisable. Et parce que le mauvais souvenir des Sénats impériaux a rendu impensable qu'une telle expérience se reproduise, une partie de la doctrine favorable au contrôle par le juge ordinaire a inventé progressivement une distinction relativement manichéenne pour démontrer qu'un contrôle de constitutionnalité des lois effectif était possible. Parce que le fonctionnement des Sénats impériaux était largement motivé par des considérations politiques, on en a conclu que ceux-ci, et à travers eux, leur modèle théorique, à savoir la *jurie constitutionnelle*, étaient des « organes politiques » de contrôle, autrement dit des organes rendant impossible le contrôle. Si cette même doctrine fit de la *jurie* un prototype de contrôle de constitutionnalité, c'est-à-dire qu'elle fit relativement disparaître les systèmes imaginés avant elle, elle souligna en parallèle toutes les imperfections que présentait le modèle théorisé par Sieyès. La doctrine contemporaine, et à travers elle les manuels de droit constitutionnel, est largement tributaire de cet héritage. Elle a ainsi continué de classer la *jurie* parmi les exemples emblématiques du contrôle de constitutionnalité effectué par un « organe politique » et ce, malgré l'évolution de la définition de ce dernier afin d'en extraire le Conseil constitutionnel, pourtant proche de la *jurie* sur ce point-là. Mais, parallèlement, elle a également fait de la *jurie* l'ancêtre du Conseil constitutionnel.

Il s'agit par-là de légitimer par l'histoire l'existence du Conseil constitutionnel et de le faire profiter de l'aura qu'a acquise la *jurie constitutionnaire*, en France comme à l'étranger. Car s'il est courant d'affirmer que la France fut un pays qui adopta fort tardivement le contrôle de constitutionnalité des lois, la présentation de la *jurie* comme un des premiers modèles de contrôle imaginés sur le Vieux Continent et qui eut une influence durable sur celui-ci, permet de contrebalancer ce retard.

On le comprend, le regard que l'on porte aujourd'hui sur le mythe qu'est devenue la *jurie constitutionnaire* de Sieyès tire son origine d'un long processus. Pourtant, il paraît audacieux de la décrire comme un « prototype » et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, le terme insinue qu'il s'agirait du premier système de contrôle imaginé en France, ce qui n'est pas vrai historiquement. Ensuite, il est difficile de caractériser comme tel un modèle qui n'a jamais connu d'application fidèle et dont on ne peut, par conséquent, connaître l'efficacité. Qualifier la *jurie* de prototype ne reflète qu'un jugement de valeur, fort éloigné de la rigueur méthodologique traditionnellement attachée au droit. Mais ce mythe a été promis à une longue postérité qui se perpétue aujourd'hui. Mais s'il paraît audacieux d'établir la moindre filiation entre le contrôle de constitutionnalité imaginé par Sieyès et celui qui est pratiqué aujourd'hui par le Conseil constitutionnel, il pourrait être intéressant d'analyser la postérité que le premier a eue dans les autres systèmes européens, notamment dans l'œuvre d'Hans Kelsen, lecteur d'Egon Zweig.

Tancrède de Logivière

Tancrède de Logivière est actuellement étudiant au sein du Département de recherche et d'enseignement de Sciences humaines et sociales de l'École normale supérieure Paris-Saclay. Également diplômé d'un Master d'Histoire politique de l'Université Paris-Saclay, du Master 2 Droit public fondamental de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et des Masters 2 Histoire du droit public et Droit public approfondi (branche « contentieux publics ») de l'Université Paris-Panthéon-Assas, il prépare actuellement les concours de la haute fonction publique au sein de l'Université Paris 1 et de l'ENS d'Ulm.

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 (*en ligne*)