



## **PROJET SCIENTIFIQUE**

### **COLLOQUE**

# **Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle**

**9 et 10 octobre 2014**

Directeur du projet scientifique:  
Stéphane Mouton  
Professeur de droit public

Université Toulouse 1-Capitole  
Institut Maurice Hauriou

L'avènement du contrôle de constitutionnalité est considéré comme un progrès, car il met en place un mécanisme juridictionnel visant à assurer la protection des droits et libertés au plus haut degré de l'ordre juridique étatique. Si une telle affirmation a une cohérence, ce contrôle implique une profonde évolution de notre conception de la démocratie. Souligner qu'il existe un progrès démocratique au motif que les droits et libertés des citoyens auraient vocation à s'imposer sur la volonté des représentants qui expriment la volonté générale, où plus modestement d'en modifier l'exercice en contrainant l'application de la loi, est un constat qui révèle une évolution peut être encore très peu visible mais extrêmement profonde des modes d'exercice du pouvoir au sein du « *gouvernement représentatif* » sur lequel le modèle démocratique français s'est développé depuis 1789. C'est bien là l'idée que nous voudrions étudier dans le cadre de ce colloque.

Situé entre la Constitution et la loi, nous considérons que le juge constitutionnel est un juge confronté au pouvoir politique, entendons ici la faculté de prendre des décisions valant commandement pour l'ensemble du groupe social par des gouvernants auxquels les gouvernés consentent à obéir. Certes, il est possible d'affirmer que tous les juges sont en relation plus ou moins directe avec ce pouvoir *politique* dans la mesure où ils véhiculent une expression du pouvoir institutionnalisé de l'Etat en rendant leurs décisions de justice au nom de la souveraineté du peuple. Mais le juge constitutionnel a cette particularité d'être situé entre deux catégories de normes relatives à la construction et à l'expression d'un pouvoir qui affecte la société dans son ensemble. Là est sa place bien spécifique par rapport à n'importe quel autre juge, qu'il soit civil ou administratif - qui peut effectuer lui aussi un contrôle « norme-norme »- voire dans un environnement supra-étatique, le juge européen ou international. En ce sens, il s'agit pour nous d'un juge qui exerce une compétence située dans une vraie dimension politique parce qu'en confrontant la loi à la Constitution, et en garantissant le respect de principes qui s'imposent sur l'expression de la volonté générale, il intervient dans le processus de justification de la relation commandement / obéissance unissant représentants et représentés.

Il nous semble donc intéressant d'analyser le rôle du juge constitutionnel dans la construction et la mise en œuvre des relations existantes entre les gouvernants et les gouvernés au sein de la démocratie représentative en posant d'ores et déjà quelques questions simples : La présence de la justice constitutionnelle modifie-t-elle la conception classique que nous avons de ce modèle de démocratie ? Transforme-t-elle la relation des gouvernants et des gouvernés qui la structure? Modernise-t-elle ou conteste-t-elle cette conception? Le développement de la justice constitutionnelle rapproche-t-il les gouvernants des gouvernés, où participe-t-il à la légitimation de la distance secrétée par le régime représentatif entre ces deux catégories d'acteurs politiques? En fin de compte, la justice constitutionnelle participe-t-elle à renforcer la dimension représentative de la démocratie, ou au contraire, à la relativiser, voire la fragiliser, en développant des mécanismes de participation du peuple au pouvoir par le biais d'une protection juridictionnelle inédite de leurs droits contre la loi? Tel est le sens de la démarche proposée. Mais afin d'en souligner la spécificité par rapport à des projets qui ont déjà été menés sur des thèmes voisins, précisons notre approche :

- 1- Approche générale du colloque :
- 2- L'objectif du colloque :
- 3- Les idées forces du colloque:

## 1- Approche générale du colloque :

Sur un plan scientifique, l'idée ici n'est pas d'étudier la démocratie, ou l'Etat de droit constitutionnel à la lumière de la justice constitutionnelle. Il ne s'agit pas non plus de mettre en évidence le Pouvoir considéré comme un phénomène de puissance et de domination pure auquel le droit constitutionnel serait inéluctablement soumis. Notre but n'est pas de discuter la nature juridique ou politique du droit constitutionnel et de conclure qu'il s'agirait d'un droit proprement politique, entendons ici un droit dominé intrinsèquement et fonctionnellement par la décision politique. De ce point de vue, ce colloque n'a pas vocation à discuter à nouveau au plan théorique la distinction entre normativisme et décisionnisme.

De même, il ne convient pas d'étudier le comportement des acteurs qui convoitent le pouvoir, et de revenir sur l'analyse des rapports de force que sa conquête et son exercice suscitent (influences, etc ...). Il s'agit là d'approches qui relèvent de la science politique ou de la sociologie politique, mais non du droit. En qualité de juristes, notre objet d'étude doit être la norme juridique et les autorités habilitées à la produire. En l'occurrence, c'est la norme constitutionnelle et la façon dont le juge constitutionnel participe à sa production qui nous préoccupe. Il ne s'agit donc pas de contester le travail de l' « école d'Aix » dont l'effort d'émancipation du droit constitutionnel vis-à-vis de la science politique a été salutaire pour extraire le juge constitutionnel de son environnement politique, et pour pouvoir ainsi développer une démarche scientifique proprement juridique à propos de sa jurisprudence. Il n'est donc pas question de souscrire à une quelconque stratégie de récupération du droit de la Constitution par la science politique, bien au contraire.

Le contentieux constitutionnel est désormais suffisamment *fort* pour être confronté à son environnement politique en gardant son autonomie, sa spécificité. En intervenant dans la détermination et la mise en œuvre des principes qui donnent réalité au « *vouloir vivre ensemble* » par le contrôle de constitutionnalité qu'il effectue sur la loi essentiellement, le juge constitutionnel participe pleinement à la fonction de justification de l'exercice du pouvoir au sein de la société. Il intervient donc dans la concrétisation du « *plébiscite de tous les jours* », pour reprendre la formule de Renan. C'est ce qui fait de lui un droit pleinement et spécifiquement politique vis à vis de tout autre juge. De la sorte, il s'agit ici de confronter le travail du juge constitutionnel, sa jurisprudence avant tout, à son environnement institutionnel très spécifique, le constituant d'une part et les autres pouvoirs constitués d'autre part (législatif, exécutif et juridictionnel), c'est-à-dire les différents autorités et organes habilités à exercer le pouvoir politique, et de renouer ainsi avec la dimension essentielle du droit constitutionnel, à savoir le droit du pouvoir.

**Ce colloque a donc pour ambition de mettre en lumière la fonction politique du juge constitutionnel, et de répondre à la question de savoir comment et pour quelles raisons il participe à la légitimation, à l'organisation et à la modernisation de l'exercice du pouvoir au sein d'une démocratie par nature représentative, et ce, au moyen d'un outil juridique très nouveau dans ce domaine, la jurisprudence constitutionnelle.**

Sur un plan doctrinal, cette approche adhère pleinement à la mouvance universitaire mise en œuvre au sein de la revue *Jus Politicum* qui tente de revaloriser la nature politique du droit constitutionnel. Ce colloque voudrait se situer dans cette veine puisqu'il a pour objet de donner un éclairage politique à la fonction juridictionnelle exercée par les juges constitutionnels, et donc de resituer la fonction du juge dans un droit constitutionnel politique. Il tentera d'analyser le rôle que la justice constitutionnelle joue sur la nécessaire coordination

entre les sphères gouvernante et gouvernée qui structure la démocratie représentative au sein de l'Etat-nation. En France, la construction du pouvoir (modes de légitimation et d'exercice institutionnalisés), et la production juridique des organes constitutionnels répondent aux principes du régime ou du gouvernement représentatif. La précision est importante. Elle a pour intérêt de pointer les différences potentielles entre le modèle français et le modèle allemand de l'Etat de droit théorisés par les doctrines classiques, et des justices constitutionnelles qui se déploient en leur sein respectif. Si le mécanisme représentatif existe bien évidemment dans le modèle allemand, c'est le pouvoir propre de commandement dont l'Etat est le titulaire, qui confère à celui-ci sa puissance de domination au nom du souverain. Dans le modèle français, c'est la représentation, entendons le mécanisme de figuration des gouvernés dans les gouvernants qui constitue le principe sur lequel l'Etat assoit sa puissance de domination et de commandement au nom du souverain. Rappeler cette distinction dont on veut ici à dessein forcer le trait, est peut être intéressante pour démontrer que l'étude du droit politique produit par la justice constitutionnelle doit peut-être être reliée au-delà de problématique de la puissance, nécessaire, à celle de la représentation. A n'en point douter, la présence tout à fait inédite d'un juge dans le domaine de l'exercice du pouvoir a nécessairement des répercussions considérables sur les modes de construction et d'exercice du pouvoir au sein du régime représentatif.

## 2- L'objectif du colloque :

**Analyser le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle a pour but de démontrer que sa présence (entendons globalement la mise en œuvre d'un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois *a fortiori* par voie d'exception) crée une liaison tout à fait inédite de nature juridique entre les gouvernants et les gouvernés. Cette liaison a pour conséquence de modifier, sinon de remettre en cause, les caractères de la démocratie dite « représentative » parce qu'elle implique de prendre en considération les volontés de ces deux catégories d'acteurs dans l'exercice du pouvoir en opérant un rapprochement des uns vers les autres dans la représentation par le biais de mécanismes juridiques de rationalisation du pouvoir par le droit.**

Cette piste de réflexion implique une évolution du droit constitutionnel lui-même, dans ses objets et ses finalités. A cause de la « *profonde secousse révolutionnaire* » de 1789, depuis le 19<sup>ème</sup> siècle, l'objectif dominant du droit constitutionnel (entendons le droit de la Constitution fixé par les constituants ainsi que le discours scientifique développé à son endroit) a toujours été de consacrer des principes constitutionnels susceptibles de garantir à l'Etat les conditions de son unité et de sa continuité. Pour atteindre ce but, gouvernants et doctrine ont toujours démontré que la coupure entre les gouvernants et les gouvernés, propre à la démocratie représentative, était la résultante nécessaire de la conjugaison de deux exigences : éloigner l'Etat de la société d'abord ; inscrire son action dans la cohérence et dans la puissance ensuite. Pour justifier ce détachement, l'Etat démocratique s'est appuyé sur deux ressorts conceptuels, un moderne et un traditionnel. Le principe moderne repose sur l'idée suivante : la démocratie est un système de gouvernement qui se fonde sur la volonté de tous. Néanmoins, comme cette volonté de tous est autre chose que les volontés individuelles, la construction même du pouvoir démocratique repose inéluctablement sur un mécanisme de « *détachement* » et de représentation des gouvernés par les gouvernants, qui d'ailleurs discrédite toute déclinaison contractualiste du pouvoir dont la conséquence est de mener à l'hypothétique démocratie directe. Le principe traditionnel est relatif à la conception du pouvoir souverain. Sous la Monarchie, ce pouvoir était conçu comme une puissance politique tutélaire « *distincte* » de la

société au nom d'un principe de légitimité de droit divin. Mais sous l'ère démocratique et aujourd'hui encore, c'est toujours cette même conception de la souveraineté, certes, nationalisée, laïcisée, et désormais enracinée dans la communauté politique depuis la Révolution, qui confère au pouvoir ses caractères bodiniens, à savoir ses qualités théoriques de puissance absolue, inconditionnée et illimitée. Telle est la fonction de la souveraineté dite *nationale* sur laquelle s'est adossé le régime représentatif en France, modèle institutionnel qui a toujours transcendé les régimes politiques.

L'insertion de la justice constitutionnelle ne modifie-t-elle pas considérablement la portée de ces deux principes ? Ne démontre-t-elle pas que la volonté de tous soit désormais conditionnée par les droits que le constituant consacre au rang des premières conditions d'exercice du pouvoir mis en œuvre par les gouvernants ? N'appelle-t-elle pas une évolution de la souveraineté démocratique, dans sa nature comme dans ses fonctions, puisque désormais les déclinaisons constituante et législative ne peuvent plus être exclusivement concentrées dans les organes représentatifs de l'Etat. Avec la justice constitutionnelle, le droit de la constitution ne se limite plus à l'organisation de l'exercice du pouvoir, des « *choses extérieures* ». Il est un droit qui participe à la détermination de la place de l'homme dans la société et à la possible reconnaissance de ses droits subjectifs dans l'exercice même du pouvoir. Avec la justice constitutionnelle, les citoyens ne doivent plus être seulement vus comme un électorat offrant un principe de légitimation pour le pouvoir. Ils doivent aussi être appréhendés comme des sujets politiques parce qu'ils sont désormais détenteurs de droits constitutionnels opposables au pouvoir et dont ils peuvent revendiquer la protection face aux représentants en contrant leur volonté par le biais d'un contrôle juridictionnel.

En posant de tels postulats, il ne s'agit pas de contester « à la manière de Rousseau » le principe de la représentation ou de suivre une stratégie de déstabilisation de l'Etat démocratique, et dont la nature est forcément représentative. Il s'agit au contraire de repenser ses fondements afin de régénérer les principes de légitimation et les moyens d'exercice d'un Etat dont les fondations fragilisées émoussent considérablement son autorité et sa crédibilité dans la société. Dans ce contexte, n'appartient-il pas aux constitutionnalistes aussi de réfléchir à de nouvelles voies ouvrant à l'Etat de droit constitutionnel les conditions de son épanouissement moderne ? **Tout bien considéré, la justice constitutionnelle ne participerait elle pas à la réalisation du passage d'un Etat à un autre, plus ou moins cerné et visible ? Ne participerait-elle pas à la concrétisation d'une nouvelle génération de régime démocratique encore en germe, où la régénération du principe représentatif par la justice constitutionnelle permettrait aux citoyens, plus loin qu'une simple compétence de désignation des gouvernants, de participer à l'exercice du pouvoir, certes de manière rationalisée par le droit, mais de manière effective au plan politique. Penser le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle est donc peut être une opportunité pour réfléchir à nouveau aux buts du droit constitutionnel en mettant en lumière des principes qui permettraient de rapprocher les citoyens du pouvoir et non plus des principes qui créent et justifient de la distance entre gouvernants et gouvernés, nonobstant d'ailleurs le développement des mécanismes dits de « démocratie semi-directe ».**

Au 21<sup>ème</sup> siècle, la démocratie ne peut plus être un espace clos, refermé sur l'Etat comme l'y invite inéluctablement le régime représentatif en générant une rupture entre gouvernants et gouvernés, artificiellement dépassée par une reconstruction théorique de leur relation par le biais d'une fiction représentative aujourd'hui menacée dans ses processus de légitimation et d'action. Elle doit être un espace ouvert sur la citoyenneté. Or, comme d'aucuns l'ont souligné, aujourd'hui encore, nous sommes loin du pouvoir du peuple : « *l'articulation entre le mot et la chose reste entière* ». En ouvrant la démocratie sur son fondement naturel, à

savoir les citoyens et leurs droits par un canal raisonné où les juges les relient ainsi à leurs représentants, la justice constitutionnelle permettrait à l'Etat de réaffirmer sa légitimité politique dans le corps social, et de revigorer l'exercice d'une puissance publique qui donne une impression « d'impuissance publique » auprès des citoyens. Par là même, sa logique même encourage la mise en œuvre d'un droit constitutionnel de *démocratisation* et non plus de *stabilisation* des institutions.

De la sorte, la justice constitutionnelle pourrait se révéler être un outil précieux de prévention et de lutte contre toutes tentations pernicieuses de retours irréfléchis vers le peuple inspirés par une contestation démagogique de la représentation. Comme l'histoire nous l'enseigne bien, loin d'inviter les peuples à épanouir leur aspiration à la liberté politique par une illusoire prise en main de leur destin, cette voie irraisonnée les précipite toujours dans les abîmes obscurs de l'autoritarisme.

Au regard du contexte politique européen par exemple, n'y aurait-il pas aujourd'hui une certaine urgence à réfléchir à ces questions?

### 3- Les idées forces du colloque:

Globalement, ce colloque s'organiserait autour de trois idées forces :

1<sup>ère</sup> idée : La justice constitutionnelle modifierait le régime représentatif dans ses fondations car elle recréerait conformément à l'esprit du constitutionnalisme une distinction entre les gouvernants et les gouvernés au sein de la représentation démocratique.

2<sup>ème</sup> idée : La justice constitutionnelle moderniserait le régime représentatif dans son organisation, car elle valoriserait dans la mise en œuvre de la séparation des pouvoirs, le principe de la suprématie constitutionnelle sur celui de la balance des pouvoirs.

3<sup>ème</sup> idée : La justice constitutionnelle transformerait le régime représentatif dans ses finalités car elle mettrait désormais la puissance publique au service des droits, et non les droits au soutien de la puissance.

**1<sup>ère</sup> idée : La justice constitutionnelle modifierait le régime représentatif dans ses fondations car elle recréerait une distinction entre les gouvernants et les gouvernés au sein de la représentation démocratique.**

De manière classique, la démocratie repose sur un processus de nature représentative. Qu'est-ce que la représentation ? Elle pourrait se définir comme un mécanisme de figuration permettant de rendre présent ce qui est absent. La représentation met en présence deux personnes, l'une absente, l'autre présente, liées l'une à l'autre par une double condition : si l'absent n'existe que par le présent, le présent ne peut agir que pour l'absent. Appliquée dans une dimension politique à une problématique relative à l'exercice du pouvoir en démocratie, la représentation pourrait bien se définir comme un mécanisme de figuration permettant de rendre présent les citoyens absents des sphères de l'exercice du pouvoir.

Dans le régime démocratique de type représentatif, l'articulation de l'absent et du présent s'effectue par le biais de la *nation*. Entité abstraite figurant l'ensemble de la collectivité, elle remplit deux fonctions : une fonction d'assimilation des représentés et des représentants dans un processus de figuration collective donnant à l'Etat sa légitimité démocratique (c'est la théorie de la souveraineté nationale) en premier lieu; une fonction d'unification des volontés des parties qui donne à l'Etat son autorité politique (c'est la théorie de la loi « expression de la volonté générale ») en second lieu. Il découle donc de ce processus que la représentation n'est plus un mécanisme de figuration au sein duquel les gouvernants agissent au nom des

gouvernés. Elle devient un mécanisme de transfert de compétences au terme duquel les gouvernants veulent pour les gouvernés. Au final, la représentation démocratique confond gouvernants et gouvernés et crée une situation contraire à l'idée même du constitutionnalisme qui repose théoriquement sur le nécessaire maintien de cette distinction par le biais d'une « *norme pas tout à fait comme les autres* », la Constitution, dont la présence dans l'ordre juridique se justifie par le fait que les gouvernants exercent le pouvoir dans le respect des droits intangibles des seconds.

Au nom de cette « nécessaire » confusion, le régime représentatif a toujours justifié l'éloignement des citoyens du pouvoir. C'est elle encore qui permet de pointer les paradoxes de la récurrente problématique du « gouvernement des juges ». D'ailleurs, il importe ici de démontrer que la crainte du gouvernement des juges s'inscrit dans la logique du gouvernement représentatif. En effet, le juge constitutionnel ne peut être vu comme un frein illégitime, voire un usurpateur de la puissance législative que dans un système politique qui lui refuse la capacité de participer à l'exercice du pouvoir au motif qu'il n'est pas un vrai représentant du peuple. Mais il en va nécessairement différemment dans un système qui fait de lui un de ses représentants qui participe distinctement mais complémentaiement à l'exercice de la puissance législative dans la mesure où la volonté des organes représentatifs doit être désormais confrontée aux droits du peuple –entendons des citoyens- garantis par la Constitution pour exprimer la volonté générale.

Sans sombrer dans une hypothétique contestation du phénomène représentatif, indispensable à la réalisation de la démocratie marquée par un phénomène d' « *affirmation-dépossession* » du pouvoir du peuple, il nous semble que la présence d'un juge constitutionnel modifie nécessairement les caractères du régime représentatif. Qu'est-ce qu'un juge et que fait-il ? Le juge est une autorité qui tranche des litiges. Sa présence suppose l'existence de deux parties distinctes dans la construction du pouvoir démocratique dont les volontés potentiellement contradictoires peuvent être résolues par un tiers. Le juge constitutionnel fragilise donc inéluctablement la figure d'une nation *abstraite*, puisqu'il résolve les conflits entre la volonté des représentants et celle d'un acteur qui est autre qu'un représentant. Or, quelle peut être cette autre volonté dans une démocratie, sinon celle du représenté, où plus globalement, les citoyens eux-mêmes.

En ce sens, la question prioritaire de constitutionnalité valoriserait peut être la présence de deux parties capables d'intervenir dans l'expression de la volonté générale, le représentant mais aussi le citoyen justiciable par le biais de la défense de ses droits et libertés constitutionnellement garantis. La présence du juge, gardien d'un principe de constitutionnalité, démontre que la fonction démocratique donnée à la nation change. Elle n'est plus un « *lieu neutre et paralysant* » qui tente de rationaliser la puissance étatique par un double mouvement de séparation de la sphère gouvernante de la sphère gouvernée d'abord, et de la réunification ensuite de ces deux sphères dans une unité fictive d'où émane désormais la volonté de tous conditionnée par le droit de la Constitution. Cette présence du juge constitutionnel démontrerait qu'il existerait désormais deux parties dans la représentation, les représentants et les représentés qu'il conviendrait de réunir pour exercer la volonté générale. Selon nous, la nation garde toujours la même fonction : limiter le pouvoir par les droits. Mais les modalités de sa réalisation seraient désormais renversées. La nation pourrait bien devenir un « *lieu dynamique et constructif* », entendons un « espace citoyen » dans la mesure où le contrôle de l'action des gouvernants par le droit de la Constitution s'effectuerait par un mécanisme juridictionnel visant à confronter leur volonté lorsqu'ils exercent la fonction législative aux droits du souverain consacrés au rang de conditions constitutionnelles effectivement opposables devant le juge. C'est donc à un renversement de dynamique politique qu'invite à penser la présence de cette justice spécifique, qui part des droits des citoyens et non plus de la puissance de l'Etat.

Plus qu'un électeur, dans la construction et l'expression de la volonté générale, le citoyen devient aussi un sujet titulaire de droits constitutionnels (civils et politiques d'ailleurs) qui conditionnent l'exercice du pouvoir des représentants. Dès lors, une série de questions peut être posée : Comment le juge constitutionnel définit-il –ou pourrait-il définir– cette citoyenneté constitutionnelle qui serait plus substantielle et concrète qualitativement qu'une simple citoyenneté politique abstraite dans sa nature, puisqu'elle serait aussi constituée à partir des « *droits et libertés que la Constitution garantit* » par exemple ? Comment le « *principe de constitutionnalité* » est-il utilisé par le Conseil constitutionnel ? Si les caractères d'une telle citoyenneté peuvent être identifiés, serait-il possible de dégager une définition de la citoyenneté constitutionnelle ? Quelle est la portée de cette analyse en droit français, allemand, européen, américain ? Quelle est l'utilité des différents recours constitutionnels dans cette identification en France et dans les autres démocraties constitutionnelles ? Comment le juge peut-il ou devrait-il concrétiser la protection des droits face à la volonté générale ? Comment son œuvre jurisprudentielle participe-t-elle à recréer l'unité du pouvoir pour faire en sorte que désormais la volonté générale exprime la volonté de tous, tout en préservant les droits constitutionnels de chacun ? Comment la nation se constitue-t-elle à partir des droits et de la jurisprudence constitutionnelle (interprétation, exégèses, opinions dissidentes) ? Quelle sont donc *in fine*, les incidences de ces évolutions sur la relation qu'entretiennent gouvernants et gouvernés ?

Ces questions relatives aux modifications de la représentation appellent encore des interrogations sur le principe de la séparation des pouvoirs.

**2<sup>ème</sup> idée : La justice constitutionnelle moderniserait le régime représentatif dans son organisation car elle valoriserait le principe de la suprématie constitutionnelle sur celui de la balance des pouvoirs**

L'insertion du juge constitutionnel dans les relations existantes entre les gouvernants et les gouvernés a vocation à garantir la Constitution vis-à-vis de la loi. Elle implique donc des évolutions de perception de ce que doit être le pouvoir constituant. Depuis 1789, celui-ci repose sur une conception de la souveraineté démocratique où la nation, titulaire abstrait et finalement inexistant de l'espace politique, assimile le constituant et le représentant, et dissout par la même la condition essentielle à une possible suprématie de la Constitution, à savoir la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués. Pour cette raison, la Constitution demeurera longtemps en « *survivance* ». C'est la théorie française du pouvoir constituant qui se manifeste avec force dans les mécanismes de révisions constitutionnelles. Or, selon nous, la justice constitutionnelle invite à repenser le principe de la souveraineté nationale et la conception française du pouvoir constituant qu'elle génère puisqu'elle tend à restaurer, à l'instar de la théorie de Sieyès, la suprématie du pouvoir constituant sur les pouvoirs constitués au motif que le premier soit porteur des droits intangibles des citoyens face l'exercice de la fonction législative mise en œuvre par les organes représentatifs.

Cette évolution est importante. En invitant à un nécessaire découplage des volonté constituante et volonté législative dans la mise en œuvre du pouvoir institutionnalisé par le droit de la Constitution, la présence du contrôle de constitutionnalité mise en œuvre par le juge modernise nécessairement l'organisation, la mise en œuvre et les fonctions de la séparation des pouvoirs. S'appuyant sur le détachement nécessaire des gouvernants et des gouvernés dans l'exercice du pouvoir démocratique, le régime représentatif a secrété et encouragé deux phénomènes. L'interprétation du détachement par le prisme de la souveraineté nationale a généré une concentration de l'ensemble de la souveraineté dans les organes représentatifs de l'Etat, et par là même une confusion des compétences législative et



constituante, nonobstant la distinction formelle entre pouvoirs constituant et constitués, concrètement dissoute par un phénomène représentatif qui valorisait finalement l'exercice de la volonté générale par la loi au détriment de la Constitution. Or, cette première confusion faite, le régime représentatif générerait encore une concentration de la fonction législative dans un organe, l'organe parlementaire, au motif qu'il est désigné par l'électorat. La conséquence de cette logique – qui explique la réforme de 1962 dans les institutions de la 5<sup>ème</sup> République qui s'inscrivent apparemment en réaction à cette logique- fut de donner naissance et de pérenniser dans notre histoire constitutionnelle une relation conflictuelle entre les organes gouvernementaux et parlementaires pour la maîtrise de la fonction législative et *in fine* constituante, et dont les modes de résolution se sont souvent abimés dans les réactions exécutives et les retours vers le peuple instrumentalisés contre les organes représentatifs (plébiscites, réactions populaires).

Il nous semble que l'insertion de la justice constitutionnelle modifie considérablement le fonctionnement de la séparation des pouvoirs, classiquement arc-boutée en France sur une logique exclusive de rapports de forces. Comme d'aucuns l'ont souligné, « *la logique du droit, c'est celle des recours ; la logique du politique, c'est celle de la dynamique des forces* ». Avec le développement des techniques de justice constitutionnelle, la logique des recours s'invite dans la logique des forces dans la mesure où les mécanismes de contrôle ne sont plus mis en œuvre par deux, mais trois organes constitutionnels. La séparation des pouvoirs ne peut donc plus s'analyser comme un ensemble de principes constitutionnels cherchant un équilibre - toujours perturbé par la conquête du pouvoir par les acteurs politiques- entre deux forces contradictoires, mais entre trois forces qui se complètent.

En effet, l'essor de la justice constitutionnelle implique deux conséquences importantes. Au plan fonctionnel, la présence du juge assure une vraie collaboration entre les organes gouvernementaux et parlementaires dans l'exercice de la fonction législative qui se répartissent conformément à la Constitution les compétences de décision et de délibération. Au plan organique, le juge constitutionnel assure encore la mise en œuvre du principe de la fusion entre les organes gouvernementaux et parlementaires. Ainsi, le juge constitutionnel bouleverse la fonction de contrôle conférée à la séparation des pouvoirs. Celle-ci n'exprime plus la sanction d'un organe opposé à un autre, mais une correction quant à l'exercice d'une fonction partagée entre trois organes dont l'un juridictionnel opère une fonction de contrôle – une faculté d'empêcher- en s'appuyant sur la compétence constituante du peuple. Il convient donc d'éclairer le rôle du juge constitutionnel dans la mise en œuvre d'une rationalisation du parlementarisme beaucoup plus perfectionnée aujourd'hui, que celle qui ne sollicite que deux organes représentatifs se disputant la faculté de statuer.

Désormais, trois organes participent à la fonction législative. L'évolution de la représentation démocratique provoquée par la justice constitutionnelle n'appelle-t-elle pas une transformation des modèles de séparation des pouvoirs ? Aujourd'hui, on sait que la distinction entre séparation « stricte » et séparation « souple » est de plus en plus discutée –et contestée- par la doctrine, notamment parce qu'il existe une tendance à l'assimilation implicite de certains mécanismes de la séparation souple par le régime présidentiel. La présence du juge constitutionnel n'implique-t-elle pas un rapprochement du modèle de la séparation souple vers le modèle de la séparation stricte construit autour de trois pouvoirs constitutionnels : l'exécutif –ou gouvernemental-, le législatif, le juridictionnel ? De la même manière, elle sollicite aussi une réflexion sur les évolutions d'une séparation des pouvoirs qui tend à se rapprocher de sa base citoyenne. De la sorte, il est utile de s'interroger sur la fonction du juge à l'égard de la participation des citoyens à l'exercice du pouvoir (directement, ou par l'intermédiaire des partis politiques). Il est opportun aussi d'éclairer le rôle du juge dans une possible fonction de contrôle, d'opposition, voire de contestation du pouvoir par les citoyens. A la lumière de la jurisprudence constitutionnelle, peu encline à

pencher vers cette pente, ne peut-on pas alors *a contrario* constater un vrai conservatisme du juge dans une fonction où pourtant, il pourrait, ou devrait, être un facteur de dynamisme ? A titre d'exemple, le Conseil constitutionnel français développe une interprétation « restrictive » de cette faculté de « contrôle-citoyen » des gouvernants alors même que l'article 14 D. 1789 – certes rattaché à une dimension financière- offre peut être ici une base constitutionnelle des plus sérieuses.

Cette dernière remarque ouvre sur une troisième et dernière réflexion, relative aux finalités du régime représentatif. Au nom de la confusion des volontés dans la représentation, la puissance publique a toujours été le véhicule de la garantie des droits au motif que la volonté générale agissait au nom de tous. Cohérent en apparence, ce postulat n'en demeure pas moins travaillé par un paradoxe dans lequel s'enlisent à la fois les théories de l'autolimitation et de l'hétérolimitation. Comment en effet, neutraliser toute limitation efficiente du pouvoir par le droit, puisque toujours, c'est à la puissance contrôlée que l'on confie la mission de donner effectivité aux droits ? Or, l'émergence de la justice constitutionnelle tendrait peut être à combattre cette logique malgré de sérieuses résistances, nous en convenons. En effet, et sans sombrer dans une conception excessivement *jusnaturaliste* -d'ailleurs rejetée par le Conseil constitutionnel par exemple- en s'appuyant sur la distinction entre les gouvernants et les gouvernés, elle tend à soumettre l'exercice de la puissance aux droits constitutionnels des citoyens.

**3<sup>ème</sup> idée : La justice constitutionnelle transformerait le régime représentatif dans ses finalités car elle inviterait à mettre la puissance publique au service des droits, et non les droits au soutien de la puissance.**

Dans un Etat où le pouvoir est institutionnalisé, la volonté politique s'exprime par le biais de normes juridiques produites par des organes étatiques. La présence du juge constitutionnel implique nécessairement des modifications de leurs compétences car il n'est désormais plus possible de considérer que le droit qu'ils produisent puise son autorité dans une volonté des représentants fermée sur elle-même. Ayant compétence pour contrôler leur volonté, de nature législative, par rapport à celle d'une autorité supérieure, de nature constitutionnelle, le contrôle de constitutionnalité repose la question : « *qui fait l'autorité de la norme en démocratie? Vient-elle de l'Etat ou du peuple* » ? En démontrant que le représentant ne détient pas toute la souveraineté, mais seulement une compétence d'exercice conditionnée par la Constitution, le contrôle de constitutionnalité rapproche le régime représentatif des citoyens car il implique deux conséquences. D'une part, le fondement de l'autorité des normes ne dépend pas de la seule volonté des organes étatiques. D'autre part, étant confrontée à une autorité supérieure, la volonté des représentants ne peut être soumise qu'à l'autorité du peuple. Sans adopter une théorie réaliste ou contractualiste, une telle interrogation nécessite un retour critique sur les théories de l' « *Etat puissance* » et de l' « *Etat représentatif* ». Par des cheminements différents, ces deux grandes théorisations de l'Etat aboutissent à la reconnaissance d'une production normative dont l'autorité dépend exclusivement des organes représentatifs de l'Etat. Comment lire ici les théories de Sieyès et de Kelsen par exemple qui proposent deux façons de penser la suprématie de la Constitution sur l'exercice de la puissance, l'une en dissolvant la puissance par les effets de la représentation, et l'autre, par sa dissolution dans la norme étatique ?

Le contrôle de constitutionnalité démontre que le régime représentatif assimile mal le modèle de production juridique mis en œuvre au sein de l' « *Etat puissance* ». Dans ce modèle, l'autorité des normes juridiques repose sur une puissance étatique qui peut certes être mise au service des citoyens, mais qui demeure néanmoins distincte d'eux, dans son fondement,

comme dans son exercice. Ici, la force prescriptive de la norme dont la mise en œuvre est soumise à une logique de hiérarchie et une dynamique unilatérale, est générée par son rattachement exclusif à la puissance étatique. Or, la greffe de ce modèle dans un système juridique inséré dans le régime représentatif subit des perturbations parce que la norme constitutionnelle ne jouit pas d'une suprématie exclusivement fondée sur un postulat logique ou supposé, et ne puise pas sa spécificité dans son rattachement exclusif aux organes de l'Etat. Elle puise avant tout ces caractéristiques dans son double rattachement au souverain, le peuple, et ses représentants, de sorte que l'établissement de la légalité au sein de l'Etat démocratique repose sur une transaction entre deux volontés, celle du constituant et celle des représentants. Par voie de conséquence, si la norme constitutionnelle peut se caractériser par une sanction, sa force prescriptive reposerait logiquement sur une bonne articulation des volontés des représentants avec celle du souverain et que le juge constitutionnel garantirait en confrontant la volonté des premiers avec les droits du second fixés dans la norme constitutionnelle par le pouvoir constituant. En ce sens n'est-il pas pertinent de considérer les normes constitutionnelles comme un ensemble de prescriptions visant à assurer « *un lien entre l'Etat et l'ensemble des sujets* ». De ce point de vue n'est-il pas opportun de resituer la conception kelsénienne du droit dans cette problématique, et de confronter la conception du droit développée par le normativisme dont on diabolise à tort les logiques à l'aune de ces nouveaux enjeux liées à la représentation ? Quelle est la fonction de la justice constitutionnelle par rapport à la problématique de la représentation politique ? Est-elle une justice de sanction, de relation, de rationalisation ? Quelle est son autorité ? N'est-il pas encore judicieux de replacer la problématique de l'autorité de la chose jugée des décisions constitutionnelles par rapport à la production du droit dans un régime représentatif. Que fait le juge quand il module les effets d'une décision de non-constitutionnalité ? Quel est l'impact des différents contrôles sur les relations entre les gouvernants et les gouvernés dans une démocratie représentative ?

Ne convient-il pas encore de considérer que la légitimité du juge constitutionnel reposerait sur cette capacité à faire prévaloir au sein de l'Etat les droits des gouvernés et donc à rapprocher l'exercice du pouvoir de la communauté politique. Le juge constitutionnel d'ailleurs prend en compte cette évolution puisque le principe de souveraineté se transforme sous les effets de la jurisprudence constitutionnelle. La décision du Conseil constitutionnel « Protocole n°6 » par exemple démontrait que la souveraineté nationale détient plusieurs composantes, la puissance mais aussi, la garantie des droits et libertés. Associée à des mécanismes de recours constitutionnels, cette évolution permet de modifier considérablement la définition de la souveraineté nationale. En se composant des droits, elle se rapproche de sa source démocratique, les citoyens, et devient un instrument, non plus seulement de défense de l'Etat au nom d'une théorique protection des droits, mais de protection concrète des droits contre le pouvoir de l'Etat.

D'ailleurs, à suivre ce raisonnement, cette conception jurisprudentielle de la souveraineté permet de justifier une passerelle entre les mécanismes constitutionnels de protection des droits d'une part, et les mécanismes de protection européens et internationaux d'autre part. Pourtant est-ce bien le sens des jurisprudences constitutionnelles ? En apparence, l'invocation de principes tels que « *l'identité constitutionnelle de la France* », comme la jurisprudence relative au respect des droits fondamentaux constitutionnels par le juge constitutionnel allemand (théorie du droit propre, théorie du droit originaire ?) pourrait corroborer ce mouvement. Mais n'y a-t-il pas dans cette jurisprudence ici une contradiction. Pour quelle raison le juge constitutionnel s'érigerait en rempart de la reconnaissance de protection des droits fondamentaux à l'encontre de textes, de mécanismes et de juges qui ont pour seule vocation de promouvoir leur protection. Pour conclure en ce sens, ne faut-il pas admettre que la protection des droits dans les ordres juridiques internes et internationaux ne sont pas les

mêmes ? Par la même le juge constitutionnel ne s'érige-t-il pas plus en protecteur des prérogatives de l'Etat pour la défense desquelles il module les effets du monisme, que des droits des citoyens contre le pouvoir des représentants ? De ce point de vue les jurisprudences constitutionnelles française et allemande sont intéressantes à comparer car elles ne donnent pas les mêmes résultats en termes de protection des droits, car la seconde semble bien plus efficiente que la première. Quelle est l'incidence des mécanismes de contrôle de constitutionnalité de ce point de vue ?

De telles réflexions impliquent donc de réfléchir à la vraie fonction du juge constitutionnel dans un régime représentatif. Est-il le gardien de la puissance ou le gardien des droits ? Est-ce que le juge est bien le gardien des « droits et libertés que la Constitution garantit » ? Juge situé au dessus de la volonté des gouvernants, il a vocation à protéger les droits des citoyens face à l'exercice de la puissance de l'Etat. Telle est bien la différence entre le juge constitutionnel et le juge administratif notamment. Le premier est le gardien des droits des citoyens face à la puissance publique alors que le second est le gardien de la légalité de la puissance publique qui agit au nom de l'intérêt général. Le juge administratif est le juge des droits de l'administration, le « *gardien des prérogatives de l'administration* ». Or, le juge constitutionnel n'est pas le juge de l'Etat, c'est le juge des citoyens dans leur rapport au premier des pouvoirs institutionnalisés, le pouvoir politique. Avant de se préoccuper des droits de l'Etat, ne devrait-il pas se soucier des droits des citoyens en leur qualité de membres du souverain face à ses représentants qui décident pour l'ensemble du groupe social sur les questions relatives à son existence même. Pourtant dans les faits, le juge constitutionnel ne distingue pas clairement les deux fonctions. Fidèle au modèle représentatif et influencé par la culture du Conseil d'Etat, il considère que la garantie des droits s'effectue par le prisme de l'intérêt général. Celui-ci demeure le critère prioritaire par le biais duquel le juge constitutionnel module la reconnaissance concrète des droits et libertés, même dans le cadre d'une instance.

Telle est la raison pour laquelle le juge constitutionnel n'est pas un gardien efficient des droits et libertés, que se soit dans l'exercice des mécanismes de contrôle de constitutionnalité par voie d'action ou d'exception, de sorte que les fonctions des différents contrôles de constitutionnalité sont en réalité brouillées. En faisant de la justice constitutionnelle un outil au service de l'autorité étatique, le régime représentatif comprime la fonction première de la justice constitutionnelle et perturbe sa mission naturelle. Cette perturbation se manifeste d'ailleurs par des ambiguïtés sur la qualification, la classification et donc les fonctions des recours constitutionnels. Le contrôle de constitutionnalité français est très révélateur de ce point de vue. Où se situe dans sa jurisprudence la protection du citoyen dans ses droits subjectifs, intellectuels et corporels ? En réalité, le juge constitutionnel est encore trop le juge de la loi votée par les représentants et non le juge des droits des représentés, citoyens et/ou justiciables... Dans le prolongement de cette interrogation, comment les juges administratifs et judiciaires prennent-ils en compte cette dimension *politique* de la protection des droits par la norme constitutionnelle ? Le peuvent-ils ? Le doivent-ils ? De manière détournée, et plus ou moins visible, les juges ne réinvestissent-ils pas, dans le prolongement, à côté, voire contre le juge constitutionnel, la sphère politique par le biais du développement de la protection constitutionnelle des droits ? Assiste-t-on alors à un retour des juges dans les sphères de l'exercice du pouvoir, d'où ils furent chassés depuis la Révolution ? Comment se comportent-ils face aux impératifs de la norme constitutionnelle et les exigences commandées par l'intérêt général ?

Telles sont les différentes idées que ce colloque se propose d'étudier au cours de deux journées d'études à l'Université Toulouse 1 –Capitole les 9 et 10 octobre 2014.

Stéphane Mouton.