

**Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ?
Réflexions méthodologiques sur la justice
constitutionnelle**

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle. La notion de justice constitutionnelle sous la dir. de O. Jouanjan, C. Grewe, E. Maulin et P. Wachsmann, 2005, Paris, France. pp.115-135. halshs-00009748

HAL Id: halshs-00009748

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00009748>

Submitted on 24 Mar 2006

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE JUGE CONSTITUTIONNEL EST-IL UN JUGE COMME LES AUTRES ?

RÉFLEXIONS MÉTHODOLOGIQUES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

paru dans

La notion de justice constitutionnelle

sous la dir. de O. Jouanjan, C. Grewe, E. Maulin et P. Wachsmann, Paris,
Dalloz, 2005, p. 115-135.

Pierre Brunet

Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre

Centre de « Théorie et Analyse des Normes »

UMR CNRS 7074

Si une analyse d'ordre méthodologique peut constituer un quelconque apport à la délicate question de juge ou de la justice constitutionnelle, c'est d'abord et avant tout parce qu'elle distinguera les points de vue auxquels chacun peut se placer pour tenter de répondre à la question posée. Ainsi, du point de vue historico-sociologique, on s'intéressera à l'avènement du juge constitutionnel dans les États modernes, tandis que, du point de vue de la dogmatique, on étudiera les règles qui, dans un ordre juridique déterminé, régissent la compétence du juge constitutionnel et la façon dont ces règles sont interprétées ainsi que les types de conflits qui peuvent intervenir entre ce juge et d'autres autorités. Très souvent, ce point de vue s'appuie sur un autre, d'ordre philosophique ou politique, à partir duquel on cherche à élaborer et proposer un certain modèle de justice constitutionnelle en vue, le plus souvent, de critiquer la réalité juridique par rapport à lui. Enfin, le point de vue théorique porte, pour sa part, sur le concept même de justice constitutionnelle et ceux qui lui sont liés, tels celui de constitution, d'État de droit, ou celui de démocratie ; de même, c'est encore à ce niveau que se situent les analyses relatives au mode de raisonnement des juges constitutionnels. La variété de ces points de vue laisse escompter une grande variété de réponses à la question de savoir si le juge constitutionnel est un juge comme les autres, variété que renforce le fait que plusieurs réponses peuvent procéder d'un seul point de vue.

Cela étant, parce qu'il est impossible d'embrasser ici tous les points de vue, on se situera uniquement à ce dernier, celui théorique. Et comme on peut le prévoir, la question qui nous occupe reçoit bien souvent aujourd'hui, à ce niveau comme aux autres, une seule et même réponse – négative. Le plus surprenant réside ailleurs. En effet, cette réponse se fonde, au niveau théorique, sur un même argument selon lequel le juge constitutionnel ne serait pas un juge comme les autres parce que l'interprétation de la constitution exigerait des méthodes d'interprétation spécifiques, elles-

mêmes justifiées par le fait que la constitution ne serait pas un texte comme un autre. En sorte que le juge constitutionnel se distinguerait doublement des autres juges : par le texte qu'il doit interpréter d'abord, par les raisons qui expliquent son existence. Voilà donc l'argument qu'il convient d'examiner, en s'intéressant à la spécificité de l'interprétation d'abord, à celle de la justification du juge constitutionnel ensuite.

1. Spécificité de l'interprétation de la constitution

S'il semble aujourd'hui évident et acquis qu'une constitution c'est avant tout un texte, il n'en a pas toujours été ainsi. Même encore maintenant, d'ailleurs, certains aiment à invoquer l'esprit de la constitution afin d'en dépasser la lettre : preuve que la constitution n'est pas seulement qu'un texte. Or, si le juge constitutionnel montre quelque spécificité, cela s'explique parfois par la définition de la constitution retenue : pour le dire autrement, on ne peut concevoir le contrôle de la conformité d'une loi à la constitution qu'à la condition d'admettre que cette dernière est une norme et pas seulement une organisation de rapports entre organes.

1.1. Théories de l'interprétation et théories de la constitution

Il faut ici revenir à la typologie fort éclairante proposée par Paolo Comanducci qui a distingué deux concepts de constitution¹. Longtemps, le terme « constitution » a renvoyé à une idée d'ordre et désignait un ensemble de phénomènes sociaux. Mais cet ordre lui-même n'est pas toujours compris de la même façon. On retrouve là une distinction qui structure tout le discours juridique et politique : l'ordre que contient la constitution est appréhendé soit comme un ensemble de valeurs soit comme un ensemble de faits.

On peut alors distinguer entre deux modèles de constitution conçue comme « ordre » : un modèle axiologique et un modèle descriptif. Selon le modèle axiologique, l'ordre social est doté d'une valeur intrinsèque, une valeur fondamentale et s'il ne fait pas directement référence à des normes, cet ordre est générateur de normes. C'est ainsi que l'on peut comprendre le concept de constitution qu'emploient Burke ou Joseph de Maistre chez qui l'ordre que la constitution contient est un ordre naturel ; c'est encore ce concept que l'on trouve chez Carl Schmitt lorsqu'il parle du concept positif de constitution comme d'une « décision totale sur la nature et la forme de

¹ P. COMANDUCCI, *Assagi di metaetica due*, Giappichelli, 1998, chap. 8, p. 97 s. et aussi, « Ordre ou norme ? Quelques idées de constitution au XVIII^e », in M. Troper et L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1994, p. 23-43.

l'unité politique »². Selon le modèle descriptif, l'ordre ainsi conçu n'est pas lui-même doté d'une valeur quelconque, il n'est pas non plus censé générer des normes ; c'est une situation, un fait et non une valeur : la constitution désigne une situation restée ou censée demeurer stable des rapports de pouvoirs et ces pouvoirs sont eux-mêmes considérés comme reflétant une structure de la société. On peut penser à ce que Montesquieu dit de la Constitution anglaise ou, mieux encore, ce que Tocqueville dit des rapports entre démocratie et aristocratie : l'ordre que décrit la constitution est un ordre artificiel.

À ce concept de constitution conçue comme ordre, on peut opposer le concept de constitution comme norme. Et là encore, on trouve un modèle descriptif et un modèle axiologique. Le modèle descriptif de constitution conçue comme norme, c'est, idéalement parlant, le modèle de Kelsen. Le terme « constitution » désigne alors un ensemble de règles juridiques positives et non un ordre social ; ces règles sont « fondamentales » non parce qu'elles sont le reflet de la supériorité de certaines valeurs sur d'autres mais parce qu'elles fondent le système juridique lui-même³. Le modèle axiologique de constitution conçue comme norme ressemble en partie au précédent. Par constitution, on désigne un ensemble de règles juridiques positives exprimées dans un document formel, identifiable. Mais ce qui change, c'est que la constitution est, comme le dit Dogliani, « chargée d'une valeur intrinsèque : la constitution est une valeur en soi »⁴. Il existe plusieurs variantes de ce modèle axiologique comme l'illustre à sa façon Carlos Nino lorsqu'il distingue trois concepts normatifs de constitution soit : la constitution comme « organisation légitime du pouvoir d'État » ; la constitution comme « l'ensemble des règles adoptées selon un principe légitime de décision collective », ou encore, la constitution comme « ensemble de principes valides qui génèrent le système de droits fondamentaux des individus »⁵. Notons que cette dernière variante est aujourd'hui très largement partagée en ce qu'elle présente le mérite de

² C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution* (1928), trad. fçse L. Deroche, préf. O. Beaud, Paris, PUF, 1993, chap. 1, §3.

³ Cf. , H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, Paris, Giard, 1928, (et *RDP*, 1928) p. 8 : « à travers les multiples transformations qu'elle a subies, la notion de constitution a conservé un noyau permanent : l'idée de principe suprême déterminant l'ordre étatique tout entier et l'essence de la communauté constituée par cet ordre. De quelque façon qu'on définisse la Constitution, toujours c'est le fondement de l'État, la base de l'ordre juridique que l'on prétend saisir (...), c'est un principe où s'exprime juridiquement l'équilibre des forces politiques au moment considéré, c'est la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques (...) ».

⁴ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994, p. 14.

⁵ C.S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico e practica constitucional*, BA, Astrea, 1992, 2^e éd. 2002, chap. I.

rendre compte des systèmes juridiques non plus comme des systèmes exclusivement ou du moins principalement dynamiques – ce que soutenait Kelsen – mais aussi statiques. En effet, si la constitution est définie comme un ensemble non plus de normes mais de principes – explicites ou implicites – placés au sommet de l'ordre juridique, de la hiérarchie des sources juridiques, la constitution est réputée se diffuser dans l'ordre juridique tout entier et toutes les lois sont conçues comme sa mise en œuvre. Enfin, dans cette variante du modèle, la constitution a une relation particulière à la démocratie dans la mesure où, d'une part, il y a une connexion nécessaire entre la démocratie et la constitution car il ne saurait y avoir de démocratie – au sens d'isonomie – sans Constitution ni de Constitution sans démocratie ; d'autre part, la constitution a pour fonction de limiter la démocratie entendue comme principe de majorité. Dans ces conditions, la constitution apparaît comme ayant pour fonction non plus de fermer le système sur lui-même (comme le prétendait là encore Kelsen) mais d'établir un pont entre le droit et la morale : elle ouvre le système juridique à des préoccupations de type morale parce que les principes constitutionnels sont des principes moraux positivés et que la justification juridique ne peut se faire qu'à l'aide de principes moraux, ce qui revient à dire, en définitive, que le raisonnement juridique n'est qu'une branche du raisonnement moral⁶.

Il est évident que chacun de ces modèles ou concepts de constitution ne donne pas lieu à la même théorie de l'interprétation de la constitution.

L'opposition pertinente est ici de savoir si la constitution est un ordre ou une norme : en effet, la question de la spécificité de l'interprétation constitutionnelle ne se pose réellement que si l'on admet préalablement que la constitution est une norme, que cette norme soit conçue comme juridique ou comme morale.

1.2. *Quelle spécificité de l'interprétation de la constitution ?*

Lorsque la constitution est conçue comme norme, donc, son interprétation est parfois considérée comme spécifique. Mais cette spécificité n'est pas toujours entendue de la même façon. Passons, pour les besoins de l'exposé, sur la spécificité qui tiendrait aux acteurs et qui dépend très largement du système de contrôle de constitutionnalité choisi (concentré ou diffus). Une autre forme de spécificité est envisageable au regard des problèmes d'interprétation que pose la constitution et que ne posent pas les autres normes. Ainsi, par exemple, comment interpréter l'absence, dans une

⁶ C'est la fameuse thèse du *Besonderesfall* de R. Alexy, v. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp 1985 rééd. 2001 (disponible en anglais : *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse As Theory of Legal Justification* trad. angl. Ruth Adler, Neil McCormick, Oxford UP., 1989).

constitution, d'une clause sur la révision de la constitution : doit-on considérer que cette absence signifie que la constitution n'est jamais révisable ou au contraire qu'elle l'est sans aucune formalité ? Ou encore : comment interpréter les préambules ? Ou enfin : existe-t-il des limites (logiques) à la révision ? Autant de questions qui, si elles sont propres à la constitution, dépendent encore très largement du contenu même de la constitution.

Il est en revanche une question qui ne dépend pas du contenu mais de la forme même de la constitution : exige-t-elle l'emploi de techniques interprétatives spécifiques ? C'est ce que tendent à penser beaucoup de constitutionnalistes. Les arguments en faveur d'une spécificité des techniques interprétatives sont généralement au nombre de trois : d'une part, la constitution est composée de principes qui n'admettent pas une interprétation littérale mais doivent être interprétés ; d'autre part, les antinomies entre les principes constitutionnels ne peuvent être résolues à l'aide des critères classiques mais doivent prendre la forme d'une pondération, d'un balancement entre principes ; enfin, le juge constitutionnel se situe à mi-chemin entre le législateur et le juge ordinaire : il est libre comme peut l'être le législateur mais cette liberté est encadrée par des exigences prudentielles, ce qui l'éloigne du juge ordinaire qui, lui, est tenu de se conformer au modèle de la subsomption⁷. Ces arguments méritent d'être examinés.

1.2.1. Sur l'interprétation littérale

Comme le relève avec pertinence Riccardo Guastini, cet argument repose sur une pétition de principe selon laquelle les principes constitutionnels contiennent réellement des prescriptions et ne sont pas tout simplement vides de sens. Or, toute la question est justement de savoir si ces prescriptions sont susceptibles d'être connues en dehors de l'interprétation car, dans le cas contraire, si donc le contenu prescriptif des principes n'est découvert qu'au terme de l'interprétation, on doit admettre qu'ils n'en ont pas réellement : seule l'interprétation en a⁸.

C'est précisément cette pétition de principe qui est au cœur des nombreuses théories de l'interprétation constitutionnelle contemporaines qui, comme le faisait remarquer Böckenförde, tendent à détruire la « normativité de la constitution » et étendent voire renforcent son imprécision. Böckenförde explique l'accroissement de la confusion des normes constitutionnelles autrement : pour lui, la plupart des théories de l'interprétation

⁷ L. PRIETO SANCHIS, « Costituzionalismo e positivismo », *Analisi e Diritto*, 1996, p. 207-226.

⁸ R. GUASTINI, « Specificità dell'interpretazione costituzionale ? », *Analisi e Diritto*, 1996, p. 169-186.

constitutionnelle présupposent une définition de la constitution comme « un ensemble de règles de droit ou bien encore un programme normatif d'une précision telle que, de là, peut sortir une décision du cas concret ». Or, les nouvelles voies d'interprétation proposées le sont justement parce que « la plupart des normes constitutionnelles sont, dans leur structure normative matérielle, insuffisantes à cet égard »⁹.

Ainsi, les théories de l'interprétation constitutionnelle contemporaines admettraient le concept de constitution à la Kelsen – c'est-à-dire, une Constitution comme un ensemble de normes portant sur l'organisation politique, « la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques »¹⁰ – tout en reconnaissant, dans le même temps, que la constitution n'est matériellement pas une norme comme les autres.

Il semble toutefois que l'explication de Böckenförde tombe dans le même travers que les théories qu'elle cherche à expliquer, celui de confondre le texte de la constitution – qui n'est qu'un énoncé linguistique – avec les normes de la constitution elle-même. Une fois cette distinction admise, le texte de la constitution n'est pas moins obscur ni plus flou que certaines lois ou règlements. Au mieux conviendra-t-on que le flou s'y rencontre plus fréquemment. Si donc l'on s'en tient à la distinction entre le texte et la norme, on en vient à s'intéresser à l'acte par lequel ce texte se transforme en norme : l'acte d'interprétation. Or, de ce point de vue, l'interprétation de la constitution n'a rien de spécifique, elle n'exige aucun savoir-faire particulier, aucune méthode originale. Interpréter la constitution, c'est interpréter un texte – retrouver sous l'énoncé les diverses normes que cet énoncé permet de justifier.

Ainsi, contrairement à ce que semble penser Böckenförde, les théories de l'interprétation de la constitution ne proposent pas de nouvelles méthodes en vue de pallier l'insuffisance de la structure normative matérielle des normes constitutionnelles. Si elles sont à ce point soucieuses de nouvelles méthodes, c'est parce qu'elles ne parviennent pas à prendre au sérieux la constitution comme ensemble de normes au sens purement descriptif et persistent à l'appréhender comme un ensemble de normes au sens axiologique.

1.2.2. Sur le balancement

⁹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, « Les méthodes d'interprétation de la Constitution : un bilan critique », in *Le droit l'État et la Constitution démocratique*, trad. fçse O. Jouanjan, Paris, LGDJ, p. 223-252, ici p. 245. Il y passe en revue la « méthode herméneutique classique », la méthode « topique idéalisante », « l'interprétation de la constitution comme science de la réalité », « l'interprétation herméneutique-concrétisante de la constitution ».

¹⁰ KELSEN, art. cit.

Rien ne semble plus caractéristique de l'interprétation constitutionnelle que la figure du balancement ou de la conciliation. Le juge constitutionnel, face aux principes que contient la constitution et parce qu'elle contient non des normes de comportement mais des principes, ne saurait se conformer au modèle déductif de la subsomption. Son contrôle passe nécessairement par la méthode herméneutique qui le conduit à mettre en balance deux principes contradictoires ou antagonistes qu'il a pour tâche de concilier. Menée à bien, cette conciliation aboutit à une solution dont les plus ardents partisans du contrôle de constitutionnalité aiment à souligner à la fois l'impartialité et la justice : rien ne correspond mieux à l'idée a priori de neutralité que de concilier deux contraires, rien n'est plus juste que cette même neutralité, cet équilibre. Le balancement serait en quelque sorte le comble de la justice.

Cette représentation s'avère, à l'examen, quelque peu naïve. Elle repose notamment sur l'idée que les principes en question s'imposent au juge constitutionnel et que c'est parce qu'ils s'imposent à lui que ce même juge demeure neutre ou impartial. La seule remise en cause de cette prémisse ruinerait l'argument. Or, précisément, une conception plus réaliste permet de comprendre que les principes ne s'imposent pas au juge mais qu'il en est le maître. Ainsi, derrière l'apparence d'une compétence liée pointe le pouvoir discrétionnaire. Au surplus, derrière la discrétion se cache l'arbitraire. En effet, le modèle du balancement présente les antinomies entre principes constitutionnels comme toujours partielle-partielle et non partielle-totale ou totale-totale¹¹. Rappelons brièvement que l'antinomie la plus simple est celle dite « totale-totale » ou absolue. Elle intervient entre deux normes lorsque aucune des deux ne peut être appliquées sans entrer en conflit avec l'autre, soit parce qu'une norme ordonne exactement de faire ce que l'autre interdit, soit encore parce qu'une norme ordonne exactement de faire ce que l'autre permet de ne pas faire, soit enfin parce qu'une norme interdit exactement de faire ce que l'autre permet de faire. L'antinomie « totale-partielle » intervient lorsque deux normes incompatibles ont un champ d'application commun mais que la seconde norme a, en outre, un champ d'application plus large dans lequel elle n'entre pas en conflit avec l'autre. C'est le cas lorsqu'une norme interdit une action et que la seconde autorise à la fois cette action et en interdit une autre. Enfin, l'antinomie « partielle-partielle » intervient lorsque deux normes ont un champ d'application commun dans lequel elles entrent en conflit l'une avec l'autre mais aussi un champ d'application plus large dans lequel elles n'entrent pas en conflit. Bien évidemment, face à une antinomie quelle qu'elle soit, la question est de savoir comment la résoudre. Or, tout ordre juridique

¹¹ Pour cette classification des antinomies, v. A. ROSS, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons Ltd, 1958, p. 128 s. et N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto* (1960), Turin, Giappichelli, rééd. 1993, p. 209-217 et *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Paris, LGDJ-Bruylant, chap. 6, p. 89 s.

comporte au moins trois critères : le critère hiérarchique (*lex superior derogat inferiori*) ; le critère chronologique (*lex posteriori derogat priori*) et le critère de spécialité (*lex specialis derogat generali*). Cela étant, ces trois critères sont loin d'être suffisants. Ils ne fonctionnent plus lorsqu'on est en présence de deux normes contemporaines l'une de l'autre, de même valeur juridique et ayant la même sphère d'application, ce que sont précisément les principes constitutionnels. Pour résoudre l'antinomie, il n'existe que trois solutions : renoncer aux principes en conflit ; les maintenir tous les deux ; sacrifier l'un des deux. Dans tous les cas, pour justifier le choix de cette solution, il faudra recourir à un à un jugement de valeur qui ne pourra lui-même pas prétendre à l'objectivité des trois critères traditionnels¹². Or, pour pallier l'inconvénient de la subjectivité que recèle tout jugement de valeur, les juges tendent à modérer la portée de ce dernier en prétendant procéder au cas par cas. On sombre alors dans ce qui ressemble le plus parfaitement à l'arbitraire : la solution de l'antinomie dépend de la seule appréciation du juge et ne vaut que pour le temps de sa décision. Enfin, aussi étonnante soit cette représentation du jugement de constitutionnalité, elle est loin d'être singulière et propre au juge constitutionnel : tous les juges sont amenés à procéder ainsi dès lors qu'ils ont à concilier des énoncés antagonistes dont on voit mal les normes qu'ils contiennent, que ce soit le principe de la liberté contractuelle ou celui du droit au respect de sa vie privée.

Le balancement est donc moins une spécificité du contrôle de constitutionnalité qu'une spécificité du droit contemporain qui, aux normes de comportement et de compétences, ajoute des normes de justification.

Des velléités existent qui visent à proposer une hiérarchisation des principes ou, mais cela revient au même, des droits dits fondamentaux¹³. Il demeure

¹² Objectivité toute relative, c'est entendu, étant donné qu'hormis la chronologie, la supériorité d'une norme comme sa spécialité sont affaire d'appréciation subjective. Il demeure que, comme le remarquait Bobbio, l'avantage commun aux critères de la chronologie et de la hiérarchie est de ne pas porter sur le contenu de la règle mais sur sa position objective, soit dans le temps soit dans le système normatif qui assigne une place hiérarchique aux autorités compétentes pour poser une règle. Mais entre le critère chronologique et celui hiérarchique, il y a bien une différence de taille : le critère chronologique se rapporte à un fait naturel, le hiérarchique à un fait juridique. Il faut donc procéder à une interprétation juridique. Le critère de spécialité est moins objectif puisqu'il exige que l'on tienne compte du contenu des règles. Néanmoins, il est conçu comme ne devant pas laisser place aux préférences personnelles car pour établir qu'une règle est générale, le juge est censé n'avoir recours qu'à un jugement de fait concernant l'étendue différente des dispositions normatives (validité matérielle, personnelle).

¹³ Pour ce qui concerne la hiérarchisation des principes, v. S. RIALS, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », *RDV*, 1984, p. 588-612. et pour les droits fondamentaux, v. L. FAVOREU et P. PHILIP, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 12^e éd., 2003, comm. des décisions CC 81-132 DC et CC 82-139 DC (nationalisations) ; GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 45, 2001, p. 67-83 ;

que lorsque cette hiérarchisation est le fruit de la dogmatique juridique, elle revient à substituer un arbitraire à un autre. Les tentatives qui fleurissent ici et là visant à faire de certains droits des droits secondaires ou de second rang, comme c'est le cas notamment avec le droit de propriété, sont pour le moins étonnantes. Certes, elles se réclament d'une description de la jurisprudence des cours constitutionnelles (en l'espèce le Conseil constitutionnel). Mais cette description est elle-même trompeuse puisque la « juridiction » visée qualifie ce même droit de « fondamental » (comme d'ailleurs d'autres juridictions qui en font elles aussi un droit fondamental¹⁴). Cependant, nous dit-on, le droit de propriété n'étant pas protégé aussi fortement que les autres, il ne serait qu'un droit de « second rang ». Or, qui a dit que le caractère fondamental d'un droit devrait lui venir du degré de protection qu'il reçoit ? Et si les droits dits fondamentaux ne recevaient pas tous la même protection ne vaudrait-il pas mieux, dans ces conditions, hiérarchiser non les droits mais les modes de contrôle ? On voit tout ce que cette thèse doit à des jugements de valeur qui échappent à ceux-là même qui les tiennent : un droit est « réellement » fondamental, présupposent-ils, quand il est contrôlé avec la même « force » ou avec les mêmes instruments que les autres. Mais quel est donc alors le droit réellement fondamental qui « doit » servir de modèles aux autres ? Et l'identification de ce droit-modèle sera-t-elle le résultat d'un acte de connaissance ou d'un acte de volonté ?

1.2.3. Sur la liberté limitée du juge constitutionnel

Cette thèse d'une liberté limitée du juge constitutionnel est elle-même parfaitement contestable dès lors que l'on s'intéresse aux « exigences prudentielles » dont devraient tenir compte le juge constitutionnel dans son interprétation et qui, d'après les ardents défenseurs de la spécificité de l'interprétation constitutionnelle, dépendraient du fait que le juge constitutionnel doit motiver ses décisions afin qu'elles apparaissent « comme la meilleure expression de la raison pratique »¹⁵.

B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002. Sur la question plus spécifique des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République v. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica-PUAMp. 204 s.

¹⁴ On pense au Conseil d'État qui a qualifié le droit de propriété de liberté fondamentale tout en lui faisant produire des effets inattendus car il lui attribue comme corollaire « le droit pour le locataire de disposer librement des biens pris à bail », v. CE, 29 mars 2002, *SCI Stephaur* (« Considérant, d'une part, que le droit de propriété a, comme son corollaire qu'est le droit pour le locataire de disposer librement des biens pris à bail, le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 précité du code de justice administrative »).

¹⁵ L. PRIETO SANCHIS, « Notas sobre la interpretación constitucional », *Revista el Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991 (175-198), p. 178.

Or, quel juge peut faire autrement ? Quel juge peut réellement prétendre se conformer au modèle de la subsumption ? Il faut ici en effet tordre le cou à ce prétendu modèle de la subsumption qui voudrait que le juge ne soit qu'un mécanisme faisant application d'une règle générale à un cas particulier. Il est à peine besoin d'adhérer à une théorie réaliste de l'interprétation très en vogue aujourd'hui pour mesurer à quel point cette représentation est erronée. Elle repose plus simplement sur une analogie avec le syllogisme théorique. Or, l'analogie est trompeuse : à la différence du premier, le second comprend une prémisse majeure dépourvue de toute référence *a priori*¹⁶. En effet, à supposer que la norme qui serve de prémisse majeure soit du type « tous les voleurs doivent être punis », elle ne propose aucune description définie de ce que le terme « voleurs » signifie. Elle ne pourra donc faire l'objet d'une application individuelle et singulière qu'en vertu de la décision d'un juge. Bref, il n'existe pas de « voleurs » tant que le juge n'a pas identifié Socrate comme tel. C'est d'ailleurs parce que cette prémisse majeure n'a pas de référence *a priori* que tout juge doit choisir entre les différents sens qu'elle est susceptible d'avoir. Que ce choix soit un acte de volonté et que l'on en déduise ensuite que toute interprétation revient à créer une norme est presque secondaire : ce n'est du moins que le corollaire de la première thèse.

À bien y regarder, il n'y a donc aucune spécificité de l'interprétation constitutionnelle quant aux techniques d'interprétation. On pourrait ainsi conclure que le juge constitutionnel est un juge comme les autres et passer son chemin. On omettrait cependant une autre dimension du problème, évidente : la présence d'un juge constitutionnel ne reçoit pas toujours et partout, loin s'en faut, la même justification.

2. Spécificité de la justification

La question la plus difficile que la théorie constitutionnelle ait à affronter est bien évidemment celle de la justification de l'existence même du contrôle de constitutionnalité. Là comme ailleurs, plusieurs réponses existent, dont aucune n'est réellement satisfaisante, tout le problème se ramenant à celui de savoir comment on peut concilier le contrôle de constitutionnalité avec ce qu'il est censé justement assurer ou garantir : la démocratie.

2.1. Suprématie de la constitution

¹⁶ A. ROSS, « Imperatives and Logic », *Theoria*, 1941, vol. VII-VIII, p. 53-71 ici p. 70, trad. fçse E. Millard et E. Matzner in A. Ross, *Introduction à l'Empirisme juridique*, Textes réunis par E. Millard, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2004, p. 71 ; B. S. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Liverpool, Deborah Charles, 1988, p. 52 ; P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n°38, 2004, p. 197-217, p. 216.

Marshall, Kelsen, Barak – pour reprendre le titre d'un excellent article de Michel Troper – ont tous trois tenté de justifier le contrôle de constitutionnalité par la suprématie de la constitution¹⁷. Mais comme cela a été si bien démontré, toute l'argumentation n'est qu'une pétition de principe car de deux choses l'une : ou bien la constitution est suprême, et il n'est nul besoin de la faire respecter ; ou bien il faut la faire respecter... c'est donc qu'elle n'est pas suprême. Or, tant Marshall que Kelsen ou Barak montrent, malgré eux, que ce n'est pas la suprématie de la constitution qui justifie le contrôle de constitutionnalité mais bien le contrôle de constitutionnalité qui justifie la suprématie de la constitution. Bref, la constitution n'« est » pas suprême, elle « doit » l'être.

On peut ajouter une pierre à cette critique. Marshall – comme beaucoup d'autres –, prétend démontrer la nécessité du contrôle de constitutionnalité en enfermant son auditoire dans une alternative qu'il croit définitive. Il écrit : « ou la constitution est un droit supérieur, suprême, inaltérable par des moyens ordinaires ; ou elle est sur le même plan que la loi ordinaire et, à l'instar des autres lois, elle est modifiable selon la volonté de la législature. Si c'est la première partie de la proposition qui est vraie, alors une loi contraire à la constitution n'est pas du droit ; si c'est la deuxième qui est vraie, alors les constitutions écrites ne sont que d'absurdes tentatives de la part des peuples de limiter un pouvoir par nature illimité »¹⁸.

Or, le raisonnement souffre ici du même vice que celui que l'on trouve dans les conceptions dualistes du droit propres aux jusnaturalistes : en disant que la constitution est un droit supérieur et qu'une loi contraire à la constitution n'est pas « du droit », Marshall emploie le terme « droit » dans deux sens très différents : le droit qui vaut pour la constitution, le droit qui vaut pour la loi. En admettant que la constitution soit un droit supérieur, elle n'est toutefois pas « du droit » parce qu'elle est conforme à elle-même : or, si l'on se demande pourquoi la constitution « est du droit », il faudra recourir à une autre définition que celle employée pour dire que la loi contraire à la constitution n'est pas du droit – ou que la loi conforme en est. C'est là un raisonnement classique et propre à toutes les formes de jusnaturalisme : pour justifier la supériorité du droit naturel, les auteurs ont toujours recours à un argument négatif déniait la qualité de droit à toute norme contraire au droit naturel. Mais en aucun cas ils n'iraient jusqu'à reconnaître que le droit naturel est du droit parce qu'il est conforme à lui-même. Ils préféreront expliquer que le droit naturel contient des vérités que le droit positif doit

¹⁷ M. TROPER, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in E. ZOLLER (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 215-228.

¹⁸ Décision *Marbury v. Madison*, in E. Zoller (dir.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 102.

mettre en œuvre, ou encore, que le droit naturel découle de la raison de sorte qu'il est du devoir de chacun de s'y conformer. Autant de propositions qui ne permettent en aucun cas de savoir à quoi tient la supériorité du droit naturel mais qui servent – c'est leur fonction – à justifier la norme selon laquelle le droit positif doit se conformer au droit naturel. C'est précisément la norme que pose Marshall à l'égard du législateur : il doit se conformer à la constitution, un point c'est tout.

2.2. *Le juge constitutionnel comme protecteur des droits de la minorité*

Un autre argument est souvent avancé pour justifier l'existence du contrôle de constitutionnalité : celui de la protection des droits de la minorité contre la tyrannie de la majorité. Cet argument se présente sous deux formes, l'une ancienne imputable à Tocqueville, l'autre moderne que l'on trouve par exemple chez Dworkin.

Quel rapport Tocqueville entretient-il avec le contrôle de constitutionnalité demandera-t-on ? Il suffit de le citer : « Resserré dans ses limites, le pouvoir accordé aux tribunaux américains de prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois forme [encore] une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevées contre la *tyrannie des Assemblées politiques*¹⁹. »

Ainsi, le contrôle de constitutionnalité serait le meilleur instrument pour préserver les droits de la minorité de la menace que fait peser à leur encontre la tyrannie de la majorité. Cet argument est à première vue très convaincant d'autant qu'il est fondé sur cette idée que le pouvoir absolu corrompt absolument ce que nul n'oserait contester. Il repose toutefois sur un préjugé pour le moins anti-démocratique dont, en réalité, Tocqueville ne parvient jamais à se défaire complètement. En témoigne un passage de la seconde partie du premier volume de la *Démocratie en Amérique* dans lequel il pose la question suivante :

« Je regarde comme impie et détestable cette maxime, qu'en matière de gouvernement la majorité d'un peuple a le droit de tout faire, et pourtant je place dans les volontés de la majorité l'origine de tous les pouvoirs. Suis-je en contradiction avec moi-même ? »

Et telle est la question serait-on tenté de dire... Tocqueville, lui, répond par une autre question :

« Qu'est-ce donc qu'une majorité prise collectivement, sinon un individu qui a des opinions et le plus souvent des intérêts contraires à un autre individu qu'on nomme la minorité ? Or, si vous admettez qu'un homme revêtu de la toute-puissance peut en abuser contre ses

¹⁹ *De la démocratie en Amérique*, I, 1, ch. VI.

adversaires, pourquoi n'admettez-vous pas la même chose pour une majorité ? »²⁰.

Voilà ce que l'on pourrait appeler le sophisme de Tocqueville. En effet, contrairement à ce qu'il feint de croire, il demeure quelque peu délicat sinon franchement déplacé – en démocratie du moins – de définir la majorité et la minorité comme deux individus équivalents et réductibles l'un à l'autre. Tocqueville se trouve alors pris dans un dilemme : s'il ne veut pas admettre une différence de nature entre majorité et minorité en démocratie, comment justifier que la volonté de la majorité puisse ne pas toujours s'imposer ? Là encore, le seul moyen d'en sortir est d'envisager un droit supérieur et distinct du droit positif. C'est d'ailleurs en ayant recours à ce dualisme que Tocqueville croit pouvoir répondre négativement à la question qu'il posait. Il n'est pas en contradiction avec lui-même, dit-il, parce qu'il existe au-dessus des lois positives des hommes une loi suprême, une loi universelle qui s'appelle la justice :

« Il existe une loi générale qui a été faite ou du moins adoptée, non pas seulement par la majorité de tel ou tel peuple, mais par la majorité de tous les hommes. Cette loi, c'est la justice. La justice forme donc la borne du droit de chaque peuple. Une nation est comme un jury chargé de représenter la société universelle et d'appliquer la justice qui est sa loi. Le jury, qui représente la société, doit-il avoir plus de puissance que la société elle-même dont il applique les lois ? »

Mais affirmer cela ne revient plus, comme le croyait Tocqueville, à « placer dans les volontés de la majorité l'origine de tous les pouvoirs ». C'est au contraire affirmer qu'il existe deux systèmes de normes : l'un, naturel ou universel, peu importe ; l'autre, fait par la majorité à l'origine de tous les pouvoirs. Ces deux systèmes de normes ne se voient pas reconnaître le même statut : le premier précède le second et le prime, c'est un droit auquel la majorité doit se conformer. C'est d'ailleurs ce que Tocqueville reconnaît volontiers : « Une Constitution américaine n'est point censée immuable comme en France; elle ne saurait être modifiée par les pouvoirs ordinaires de la société, comme en Angleterre. Elle forme *une œuvre à part*, qui, *représentant* la volonté de tout le peuple, oblige les législateurs comme les simples citoyens, mais qui peut être changée par la volonté du peuple, suivant des formes qu'on a établies, et dans des cas qu'on a prévus. En Amérique, la Constitution peut donc varier ; mais, *tant qu'elle existe, elle est l'origine de tous les pouvoirs*. La force prédominante est en elle seule²¹ ».

²⁰ *Ibid.*, I, 2, chap. VII. Il continue : « Les hommes, en se réunissant, ont-ils changé de caractère ? Sont-ils devenus plus patients dans les obstacles en devenant plus forts ? Pour moi, je ne saurais le croire ; et le pouvoir de tout faire, que je refuse à un seul de mes semblables, je ne l'accorderai jamais à plusieurs. »

²¹ *Ibid.*, I, 1, ch. VI.

La théorie que Bruce Ackerman développe depuis quelques années semble prolonger l'analyse toquevillienne. Comme on le sait, Bruce Ackerman oppose la démocratie moniste – dans laquelle la volonté du peuple est réputée représentée par ceux qui détiennent le pouvoir législatif (le Congrès et le Président) – à la démocratie dualiste dans laquelle cette volonté « est présumée représentée par les *principes de droit suprême* qui ont obtenu dans le passé le consentement du peuple »²². Cela le conduit à une seconde opposition entre la législation ou la politique ordinaire et la législation ou la politique constitutionnelle. Dans la première, le peuple « n'existe tout simplement pas ; il ne peut-être que représenté par ses tenant-lieu »²³. Dans la seconde, en revanche, « quelque chose de spécial se produit : les représentants et les citoyens, dans leur entreprise de redéfinition et de rénovation des fondations du gouvernement américain, parlent un langage commun. Ce langage a été testé à de multiples reprises au sein d'assemblées délibératives et à l'occasion d'élections populaires »²⁴ donc, il s'agit bien de la volonté du peuple lui-même.

Ainsi, chez Tocqueville hier comme chez Ackerman aujourd'hui, la constitution « représente » la volonté de tout le peuple. On pourrait s'interroger longuement sur ce que cette « représentation » signifie. Bien évidemment, on peut tout d'abord être tenté de n'y lire qu'une métaphore : la constitution représenterait la volonté de tout le peuple comme la colombe représente la paix. Mais il ne viendrait jamais à l'esprit de quiconque de dire que la colombe oblige les hommes à la paix tandis que Tocqueville dit que la constitution américaine oblige les législateurs comme les simples citoyens. En affirmant que la constitution représente la volonté de tout le peuple, Tocqueville parvient à substituer, par métonymie, l'effet à la cause. C'est en effet la volonté du peuple qui fait la constitution mais une fois faite cette constitution représente cette même volonté non pas au sens iconographique mais au sens juridique : elle vaut pour elle, elle en tient lieu, elle s'y substitue²⁵. L'argumentation est étonnamment identique chez Bruce Ackerman. On se doit pourtant de remarquer que s'il y a un point commun entre la théorie selon laquelle le peuple est représenté par des individus et celle selon laquelle il est représenté par un texte, une analyse plus approfondie permet de mesurer l'écart qui les sépare. En effet, le peuple représenté demeure, dans les deux cas, une entité que l'on ne peut saisir qu'au travers d'un biais, un truchement, ses « tenant-lieu » dans un cas, la

²² B. ACKERMAN, *Au nom du Peuple. Les fondements de la démocratie américaine* (1991), trad. J.-F. Spitz, Paris, Calman-Lévy, 1998, v. not. p. 37 et 327 s. ainsi que « La démocratie dualiste », in M. Troper et L. Jaume (dir.), *op. cit.*, p. 191-204.

²³ *Au nom du Peuple*, p. 329.

²⁴ *Ibid.*, p. 358.

²⁵ Qu'il me soit permis de renvoyer à P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, P.U. Rouen-LGDJ-Bruylant, 2004.

constitution dans l'autre. Une fiction dira-t-on. Mais au-delà tout les oppose puisque cette fiction s'incarnera, pour l'une dans une parole humaine, pour l'autre dans un texte, de sorte que la volonté du peuple sera, dans le premier cas, produite par des individus et, dans le second, déduite d'un texte. Ce sont donc bien deux théories radicalement antagonistes de la représentation politique auxquelles on a affaire puisque, dans l'une, représenter c'est vouloir et que, dans l'autre, représenter c'est connaître. Il reste enfin à se demander en quoi cela confère à la constitution une prédominance. Or, cette prédominance s'explique chez Tocqueville comme chez Ackerman parce qu'ils raisonnent selon l'*a priori* qu'il n'y a de « vraie » constitution que s'il existe un contrôle de constitutionnalité. Si on la prolongeait, cette thèse conduirait à admettre un contrôle des lois au regard non pas tant de la constitution entendue comme norme juridique positive mais au regard d'une Constitution pensée comme norme de justice universelle ou du moins intégrant cette dimension de justice.

On trouve aujourd'hui l'argument sous une autre forme, qui insiste davantage sur les droits qu'une Constitution est censée protéger et reconnaître. Cet argument se présente de la façon suivante : une Constitution a pour fonction essentielle d'établir des droits et ces droits sont des barrières aux décisions de la majorité permettant de protéger les intérêts des individus. En sorte que, s'il n'y avait pas de contrôle de constitutionnalité, il n'y aurait pas de reconnaissance de ces droits parce qu'il n'y aurait aucune limite aux décisions de la majorité exprimées par les organes politiques et notamment le Parlement. Les juges constitutionnels ont donc pour mission de protéger les droits et dès lors que l'on reconnaît des droits, on doit accepter le contrôle de constitutionnalité.

Cette thèse est très largement répandue au point qu'elle apparaît comme une évidence. Ainsi, par exemple, Pasquale Pasquino écrit : « l'État constitutionnel s'est construit pour défendre les citoyens du pouvoir des majorités politiques et pour protéger les minorités, non pour consacrer le pouvoir sans obstacle des élites politiques. Une structure polyarchique semble le meilleur instrument pour faire obstacle à l'intempérance, comme l'appelait Tocqueville, d'un organe monocratique qui pouvait revendiquer pour lui l'autorisation populaire »²⁶. Cette même évidence se retrouve également chez Dworkin lorsqu'il propose de distinguer entre les politiques et les principes pour ensuite expliquer que les politiques définissent des objectifs collectifs, tandis que les principes établissent des droits. Ces derniers constituent une limite aux objectifs collectifs et préservent la sphère individuelle de cette sphère collective. Les objectifs doivent être définis par des organes politiques mais les droits doivent être établis sur le fondement

²⁶ P. PASQUINO, « La politica limitata. I principi liberal-democratici dello Stato di diritto il controllo ddi costituzionalità », *Analisi e Diritto*, 1996 (187-205), not. p. 204.

des principes par les juges. Sous couvert de tracer une frontière entre la sphère publique et celle privée, on en vient à déplacer le lieu de l'exercice du pouvoir des assemblées vers les juges. La critique majeure de l'argument est qu'il repose sur une confusion entre les *intérêts* de la majorité – qui sont toujours susceptibles d'entrer en conflit avec les intérêts des individus – et les *décisions* de la majorité. Comme le fait justement remarquer Carlos Nino, il n'y a aucune contradiction logique à soutenir qu'en démocratie l'unique autorité légitimement investie du pouvoir de reconnaître les droits est précisément la volonté de la majorité²⁷. Sauf à admettre, comme Tocqueville le fait, qu'il y a une identité de nature entre la majorité et la minorité. Mais il faut alors parvenir à expliquer en quoi le système que l'on décrit est encore démocratique.

2.3. *Le juge constitutionnel représentant de la souveraineté du peuple*

Une autre justification, sans doute peu éloignée de celle que proposait Tocqueville, est aujourd'hui défendue par Dominique Rousseau en France, qui cherche à présenter le Conseil constitutionnel comme le « représentant de la souveraineté du peuple »²⁸. Pourquoi voir le juge constitutionnel, en France ou ailleurs, comme le représentant de la souveraineté du peuple ? Parce que le juge constitutionnel oblige le législateur à respecter la volonté du peuple souverain déclarée dans la constitution : « Lorsque le Conseil constitutionnel censure une loi (...) il ne le fait pas au motif que les représentants ont méconnu la volonté des citoyens qui les ont élus (...), il ne le fait pas davantage au motif qu'il connaît et donc représente mieux que les élus la volonté du peuple qui s'est exprimée lors de ces élections ; il censure en montrant aux représentants (...) le texte où le peuple figure en souverain et qui leur interdit de prendre ces dispositions. En d'autres termes, le Conseil ne représente pas le peuple souverain, il représente ce en quoi et par quoi le peuple se pense et se reconnaît souverain »²⁹

À l'examen, cette thèse se fonde sur deux présupposés qui, bien que parfois explicites, ne sont pas pour autant démontrés : selon le premier le contrôle de constitutionnalité vise à préserver la suprématie de la constitution ; selon le second, la représentation juridique s'analyse en la reproduction d'une réalité préexistante, autrement dit, la représentation juridique est toujours symbolique.

²⁷ C.S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. op. cit.*, p. 680.

²⁸ D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle “nécessité démocratique” ? », in Molfessis et alii (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999 (363-376), p. 370 : « les citoyens figurent comme représentés dans les institutions législative et exécutive et, là est la nouveauté, comme souverain par la juridiction constitutionnelle ».

²⁹ *Ibid.*, ici. p. 374

Le premier présupposé est ancien. On le trouve formulé pour la première fois chez Hamilton au n°78 du *Fédéraliste* : « lorsque la volonté de la législature, déclarée dans les lois, est en opposition avec celle du peuple, déclarée dans la Constitution, les juges doivent être gouvernés par la seconde plutôt que par la première. Ils doivent fonder leurs décisions sur les lois fondamentales plutôt que sur celles qui ne le sont pas »³⁰. L'affirmation semble procéder du raisonnement suivant : la constitution étant la volonté du peuple, elle est une loi « fondamentale » et parce qu'elle est fondamentale, elle doit s'imposer et au législateur et aux juges, il faut donc préférer la constitution à la loi qui lui serait contraire. Ce raisonnement procède lui-même d'une théorie bien connue selon laquelle le droit est et doit être un ensemble de règles de justice qui dérivent toutes les unes des autres, autrement dit, c'est la vérité de la constitution et non l'autorité du législateur qui fait la loi.

Une telle conception contient cependant une contradiction : en effet, pour parvenir à dire que la constitution « est » la volonté du « peuple », on doit logiquement admettre que le peuple existe avant la constitution et que cette dernière ne contient des normes de justice que dans la mesure où elle est l'expression de sa volonté. C'est donc en dernier ressort l'autorité du peuple qui fait la loi et non la vérité de la constitution. Dans ces conditions, comment savoir qu'une loi est contraire à la volonté du peuple ? Et si la contrariété de la loi à la constitution ne procède pas de la logique, comment justifier que les juges doivent respecter la constitution plutôt que la loi ? Enfin, comment justifier que les membres de l'assemblée législative, qui agissent au nom du peuple, ne puissent eux aussi exprimer sa volonté ?

En réalité, ces questions insurmontables ne se posent qu'en raison de la très grande ambiguïté de la prémisse initiale présupposée qui fonde le raisonnement examiné et selon laquelle la volonté du peuple existe indépendamment de celle de ses représentants. Dire que le peuple existe avant la constitution conduit à un dilemme dont il est malaisé de sortir : ou bien le peuple existe, et il n'a pas besoin de représentant ; ou bien il en a besoin, donc il n'existe pas réellement. Ajoutons, pour être complet, que cette prémisse n'a rien de descriptif et dissimule à peine une norme de comportement à l'égard de tout corps législatif élu³¹.

³⁰ Hamilton, lettre n°LXXVIII, *Federalists Papers*, ed., p. 468.

³¹ Ibid., « Il n'est pas de proposition plus évidemment vraie que tout acte d'une autorité déléguée, contraire aux termes de la commission en vertu de laquelle elle est exercée, est nul. Donc, nul acte législatif, contraire à la Constitution, ne peut être valable. Nier cela, ce serait affirmer que le délégué est supérieur à son commettant, que le serviteur est au-dessus de son maître ; que les représentants du peuple sont supérieurs au peuple lui-même ; que des hommes qui agissent en vertu de pouvoirs peuvent faire non seulement ce que ces pouvoirs ne les autorisent pas à faire, mais encore ce qu'ils leur défendent. » (trad. Jèze).

Cela étant, quand bien même on justifierait la suprématie de la constitution par sa conformité à la volonté du peuple « réel », on ne pourrait pas en inférer la nécessité d'un organe chargé de contrôler la loi. C'est à cela que sert le second présupposé selon lequel la représentation, en droit, est symbolique. Ce dernier présupposé est d'ailleurs explicite chez Dominique Rousseau qui écrit : « Le mécanisme de la représentation (...) est un mécanisme de constitution de la réalité en ce que celui qui représente donne une forme, une consistance à ce qui est absent. Ici, ce qui est absent, c'est la personne du peuple souverain et le Conseil donne corps à cette personne, produit sa réalité de souverain *en mettant au jour, en rendant visible* ce qui est construit par sa représentation, c'est-à-dire, précisément, la souveraineté du peuple. Cette dernière n'est réelle et n'acquiert une possible effectivité que si elle est représentée *en tant que telle*. Or, c'est justement cette présence du peuple souverain dans la sphère du pouvoir que représente la juridiction constitutionnelle face aux institutions parlementaire et exécutive qui renvoient seulement aux citoyens l'image de représentés et non de souverains. »³²

La difficulté à laquelle aboutit ce présupposé est qu'il contredit le précédent : tandis que le premier assoit la suprématie de la constitution sur l'existence d'un peuple dont la volonté est tout entière contenue dans la constitution, voilà que l'on nous dit maintenant que cette volonté a besoin du juge constitutionnel pour se déployer. Contradictoire, la thèse est en définitive moins une thèse qu'un jugement de valeur déguisé au terme duquel il n'est pas bon qu'une assemblée législative agisse sans limites, sans rencontrer d'obstacles. En d'autres termes, le droit ne doit pas être le produit de la volonté mais de la raison.

2.4. Structure du raisonnement juridique

Afin d'éviter les écueils des justifications précédentes, Carlos Nino en a fourni une autre qui a le mérite de la simplicité : le contrôle de constitutionnalité est logiquement inévitable³³.

³² D. ROUSSEAU, *art. cit.*, p. 372. Nous soulignons. Ou encore : « Le Conseil est, ainsi, l'institution qui réfléchit la structure dialogique de la représentation politique : il est, pour parler en termes kantien, la condition de possibilité de la perception – et de la réception de cette perception – de la représentation du peuple comme souverain et des représentants comme délégués subordonnés. L'apport de la juridiction constitutionnelle, loin de heurter le principe démocratique de la souveraineté du peuple, en permet donc la représentation symbolique et pratique. »

³³ C.S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional, op.cit.*, p. 681 et pour une version anglaise de l'argumentation, v. « A Philosophical Reconstruction of Judicial Review », in M. Rosenfeld (dir.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy. Theoretical Perspectives*, Duke UP., 1994, p. 285-332, spéc. p. 300 s.

Cette thèse s'appuie sur ce que Nino appelle le « théorème fondamental de la philosophie du droit » à savoir que le droit n'est pas autonome par rapport à la morale parce que « les normes juridiques ne constituent pas en elles-mêmes des raisons opératoires pour justifier des actions et des décisions comme celles des juges, à moins qu'on les conçoivent comme dérivant de jugements moraux, c'est-à-dire, de jugements normatifs qui possèdent les caractéristiques suivantes : autonomie, justification, universalisabilité, généralité, supervenience, et publicité »³⁴. Nino appuie toute sa démonstration sur une critique serrée et habile de la validité chez Kelsen que le conduit à distinguer deux concepts de validité : l'un normatif, selon lequel « valide » signifie « obligatoire » ; l'autre descriptif selon lequel « valide » désigne le fait d'appartenir à un système juridique. Fort de cette distinction, Nino décèle chez Kelsen une confusion entre ces deux concepts et conclut que la conception kelsenienne de la validité est minée par un sophisme naturaliste car Kelsen déduirait la force contraignante d'une norme de sa seule appartenance factuelle au système comme le prouverait sa théorie de la norme fondamentale présumée³⁵. Si l'on veut éviter une telle confusion, Nino recommande de n'admettre qu'un seul concept de validité ; et si l'on veut parvenir à rendre compte du raisonnement juridique, ce ne peut être qu'un concept normatif au risque de violer la loi de Hume. En effet, si comme le font les théoriciens positivistes, on définit les normes juridiques comme des entités factuelles, elles ne pourront jamais servir de fondement à des normes puisqu'une norme ne saurait dériver d'un fait. On ne pourrait pas non plus contourner la difficulté en décidant de privilégier l'origine de la norme et en justifiant cette dernière par l'autorité qui l'a posée.

C'est donc la structure même du raisonnement juridique qui justifie le contrôle de constitutionnalité : les juges ne peuvent justifier leurs décisions sur le seul fondement de l'existence factuelle d'une loi ou sur le fait qu'elle a été posée par une autorité mais ils doivent nécessairement fonder leurs décisions sur des normes qui sont valides en raison de « leurs mérites intrinsèques »³⁶. Or, aucun système de normes ne peut par lui-même fournir les critères de sa propre validité. Il faut donc nécessairement avoir recours à des principes moraux que la constitution contient et qui garantissent la légitimité des lois votées par le Parlement. Dès lors, les juges ordinaires ne

³⁴ C.S. NINO, « Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico », *Ragion Pratica*, 1993, 1, p. 32-37.

³⁵ C. S. NINO, « Some Confusions around Kelsen's Concept of Validity », *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 64, 1978 repris in *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, réimp. 2000, chap. I.

³⁶ C.S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, *op.cit.*, p. 683 et C. S. NINO, « A Philosophical Reconstruction of Judicial Review », *cit.*, p. 299.

peuvent faire autrement que de contrôler la constitutionnalité des lois par rapport à la constitution.

Il n'en demeure pas moins que si la critique de Kelsen par Nino est pertinente, la thèse de celui-ci fourmille d'ambiguïtés. D'une part, justifier l'obéissance à une norme en se fondant sur le « fait » que le législateur l'a posée ne revient pas, contrairement aux apparences, à décrire un fait duquel on inférerait – de manière erronée – une norme. Il faut ici distinguer entre l'acte de poser la norme et la signification de cet acte. Si l'acte en lui-même ne permet d'inférer aucune norme, la signification qu'on donnera à cet acte peut, dans certains cas, être normative : un juge peut parfaitement considérer que telle norme est valide – qu'elle est obligatoire – parce qu'elle répond aux conditions de validité posée par une norme supérieure elle-même « obligatoire ». D'autre part, rien ne nous contraint à interpréter le terme même d'obligatoire au sens moral : le même juge peut parfaitement considérer telle norme comme juridiquement obligatoire sans pour autant adhérer moralement à celle-ci ni d'ailleurs exiger une adhésion morale à cette norme de la part des sujets de droit auxquels il en impose le respect. Et ce qui vaut pour le juge vaut pour tout organe d'application du droit : tous ceux qui paient leurs impôts ne le font pas nécessairement en vertu d'une adhésion morale au système de redistribution de la richesse nationale dont l'impôt est censé procéder. Ils ne le font pas non plus en vertu d'un sophisme naturaliste. Ils estiment au contraire qu'il existe bien une norme valide selon laquelle ils doivent payer leurs impôts et qui justifie l'ordre émanant du percepteur. Bref, contrairement à ce que semble croire Nino, la reconnaissance de l'autorité d'un organe par un autre n'est pas un fait mais une norme juridique : la proposition par laquelle le juge dit que telle norme est valide parce qu'elle a été posée par tel organe ne s'analyse pas en un jugement de valeur inféré d'un fait mais en un jugement de validité inféré d'un autre jugement de validité. Le respect que Nino voue à la loi de Hume est tout à son honneur mais l'usage qu'il en fait ne lui permet pas de conclure que le raisonnement juridique n'est qu'une modalité du raisonnement moral ou pratique. Enfin, la critique par Nino de la norme fondamentale est habile mais excessive. Si la thèse de la norme fondamentale s'avère indéfendable en ce qu'elle procède d'une confusion entre deux concepts de validité, cette même confusion n'est pas inéluctable. Ainsi, la description d'un système de normes valides reste-t-elle possible à l'aide d'un concept descriptif de validité au terme duquel dire d'une norme qu'elle est valide, revient à dire qu'elle appartient au système juridique. Et, si l'on cherche à décrire les normes valides, c'est-à-dire les normes qui appartiennent au système, il devient dès lors inutile de chercher à décrire la validité de la constitution elle-même, sa force obligatoire : d'un point de vue

descriptif, la constitution n'appartient à aucun système et la question de sa validité ne se pose tout simplement pas³⁷.

On l'aura compris, le contrôle de constitutionnalité n'est logiquement inévitable que pour ceux qui, comme Nino, en viennent à poser une exigence de validité absolue des normes juridiques, exigence que ne contient pourtant aucun système juridique.

2.5. La présence d'un juge constitutionnel améliore la démocratie

Enfin, il y a un argument sur lequel se fonde Victor Ferreres et que l'on peut résumer d'une phrase : la présence d'un juge constitutionnel « se justifie par la contribution que peut apporter le juge au maintien d'une culture de délibération publique », en d'autres termes, « on discute de la constitutionnalité d'une loi parce qu'une juridiction existe qui peut faire respecter cette constitution »³⁸. Bref, dans une culture publique constitutionnelle où l'on estime que le législateur ne doit pas prendre ses décisions de manière arbitraire – ou parce qu'il trouve des voix pour approuver sa décision –, la majorité parlementaire doit se fonder sur des raisons solides et répliquer aux contre-raisons de l'opposition. Parmi ces raisons et contre-raisons, beaucoup dérivent de la constitution, mais ne sont prises au sérieux que s'il existe une juridiction constitutionnelle susceptible d'en imposer le respect au législateur. Ainsi, la présence d'une cour constitutionnelle agit-elle comme une contrainte susceptible de peser sur l'argumentation politique et de renforcer, par là même, la démocratie.

On peut cependant avancer au moins une objection, elle-même politique : si on parle de constitutionnalité parce que la cour existe, cela veut dire que la conformité de la loi à des normes constitutionnelles est une affaire politique et non strictement juridique. Le juge constitutionnel qui entre dans ce jeu y entre comme acteur politique mais dont la légitimité ne procède pourtant pas d'un mandat électif³⁹. Ce qui revient à dire qu'il n'est ni véritablement un juge – il est amené à trancher un débat politique – ni véritablement un législateur – il ne vote pas la loi. Il échappe ainsi à toute responsabilité : nul

³⁷ Cf. E. BULYGIN, « An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law », *Ratio Juris*, 3, 1990, p. 29-45 repris ds *Norme, validità, sistemi normativi*, trad. ital. P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli, 1995, Chap. XI, p. 189-211 et GUASTINI R., « Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique », in M. Troper et L. Jaume (dir.), *op. cit.*, p. 216-225.

³⁸ V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC, 1997, p. 139 et p. 180. Clairement prescriptive, la démonstration constitue sans doute une des plus approfondies sur la question du contrôle de constitutionnalité en démocratie.

³⁹ Sur la spécificité de la participation du juge constitutionnel français dans le jeu politique, v. J. MEUNIER, « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, n°105, 2003, p. 29-40 et, plus généralement, du même auteur *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris, P.U. Rouen-LGDJ-Bruylant, 1994.

ne peut espérer le sanctionner par les urnes, nul ne peut tenter de mettre en cause sa participation à la fonction législative. On ne saurait dissimuler plus longtemps ce que cette conception du contrôle politique a d'incompatible avec l'acceptation de la démocratie que défendent ceux-là mêmes qui tentent de justifier ce contrôle : le juge constitutionnel devient un acteur d'un processus que l'on s'évertue à qualifier de démocratique alors que l'une des parties prenantes échappe à tout contrôle⁴⁰.

Enfin, cette légitimité rationalisante ou « processuelle » que l'on reconnaît à la cour constitutionnelle à travers la « participation à l'enrichissement du débat démocratique », pourquoi ne pas la reconnaître à toute autorité dont l'action est susceptible de peser sur ce même débat ? Outre les juges de première instance, on pense aussi aux autorités dites, aujourd'hui, de régulation ou celles, consultatives, qui sont amenées à rendre un avis (le Comité consultatif national d'éthique, par exemple). Ne pourrait-on considérer que dès lors qu'il fait appel à des arguments d'ordre éthique, le débat démocratique devrait être susceptible de contrôle par un comité spécialisé ? Si un tel argument semble absurde, c'est – en partie du moins – que le problème est ailleurs, dans cette idée à la fois fort évidente et fort complexe que la constitution est la norme suprême et qu'un ordre juridique qui ne s'y conformerait pas ne serait pas réellement juridique. On en mesure la portée à l'aune du refus si fréquent et pourtant si surprenant qu'essuient les propositions résolument démocratiques, sinon républicaines, en faveur d'une liberté d'appréciation laissée aux représentants eux-mêmes en matière de constitutionnalité des lois. L'objection immédiatement soulevée consiste en ce que ces derniers seraient alors libres de « tout faire ». C'est là penser qu'un désir irréprouvable de puissance voire de despotisme animerait ces mêmes représentants et craindre ainsi davantage une assemblée d'élus qu'une assemblée composée de personnes nommées ; croire, donc, en une vérité juridique seule apte à dompter la volonté politique. Nul ne peut plus alors douter que, contrairement à ce qu'elle prétend affirmer, cette justification « démocratique » du contrôle de constitutionnalité dissimule – aussi paradoxal que cela puisse paraître – une conception aristocratique de la démocratie.

La spécificité du juge constitutionnel ne réside donc pas dans l'interprétation de la constitution à laquelle il est contraint mais dans la justification dont ce contrôle fait l'objet et qui elle-même repose sur la question préalable de savoir si la constitution *est* suprême ou si elle *doit* l'être. Il n'y a en effet rien d'illogique ou d'absurde à considérer que la

⁴⁰ D'où le phénomène de « suprématie judiciaire » que connaissent particulièrement bien les Etats-Unis, v. sur ce point L. KRAMER, « We the People. Who has the last word on the Constitution? », *Boston Review*, February/March 2004 disponible à l'adresse Internet suivante : bostonreview.net/BR29.1/kramer/html et *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford UP, 2004.

suprématie de la constitution ne requiert pas pour autant le contrôle de constitutionnalité des lois. Quiconque répond en revanche que la constitution doit être suprême n'en a toutefois pas encore terminé car la question se double inévitablement d'une autre : pourquoi faut-il nécessairement confier à des juges le soin de contrôler la loi ? Ceux qui souhaitent répondre à cette question sans donner aucun gage à une conception aristocratique du pouvoir dans laquelle le contrôle de constitutionnalité reste l'ultime moyen de tenir le peuple – même représenté – en dehors du jeu politique ne sont pas au bout de leurs peines.