

L'apport de l'analyse institutionnelle à l'étude du Conseil constitutionnel comme contre-pouvoir

Morel Benjamin

Docteur à l'École normale supérieure de Cachan, ATER à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
Institut des Sciences sociales du politique
61 avenue du Président Wilson, 94 230 Cachan
<benjamin.morel@outlook.fr>

■ **Mots-clés** *Contre-pouvoir ; Analyse institutionnelle ; Conseil constitutionnel ; Interprétation*

Jean Rivero notait que « les institutions, à la différence des satellites, demeurent rarement sur l'orbite où leur créateur avait entendu les placer. Elles échappent à la volonté du Constituant ou du Législateur qui leur a donné vie. L'événement, le milieu, la personnalité des hommes qui les incarnent déterminent leur trajectoire »¹. Si le Conseil constitutionnel a su, à travers l'évolution de sa jurisprudence, assumer un rôle que nous nous risquons avec Fabrice Hourquebie à qualifier de contre-pouvoir², les facteurs qui ont conduit à cette orientation sont trop souvent renvoyés à une conjoncture politique sur laquelle n'aurait pas prise le droit ; à quelque chose de ce mystère institutionnel évoqué par Jean Rivero. Face à une telle lecture, deux approches sont possibles. Soit le rôle de contre-pouvoir assumé par le Conseil, au moins depuis 1971, fut le simple fait du choix opportuniste d'individus qui le composaient. Le droit n'a alors rien à en dire et doit reconnaître son incapacité à prévoir l'existence ou la non-existence d'un contre-pouvoir juridictionnel efficient. Soit le rôle de contre-pouvoir du Conseil est prévu dans les textes, mais a simplement mis un peu de temps à s'affirmer. Or, le Conseil à l'origine n'a pas du tout été conçu comme contre-pouvoir à un couple formé par l'Assemblée nationale et l'Exécutif, encore improbable en 1958. Nommé aux deux tiers par un président de la République et un président d'un Sénat élus alors par le même collège électoral, le Conseil se devait de faire appliquer une Constitution marquée par un objectif de forte rationalisation du Parlement. Avec l'apparition d'un bloc majoritaire, ce contre-pouvoir à l'Assemblée nationale aurait pu devenir surnuméraire. Allié d'un Exécutif qui n'avait plus guère besoin de lui, son existence aurait alors trouvé sans doute à être réinterrogée.

Pour continuer à exister comme contre-pouvoir, Le Conseil dû réinterpréter son rôle au regard d'un texte dont les rédacteurs n'avaient pas pensé le devoir envisager comme un garde-fous de l'exécutif. Mais qu'est-ce à dire que « réinterpréter son rôle » ? Si les institutions évoluent parfois loin de ce qu'avaient prévu leurs créateurs, le droit peut-il se satisfaire d'un tel constat d'échec et renoncer à prévoir ces changements ? Nous postulons ici qu'il n'en est rien. Si le Conseil constitutionnel n'apparaît au mieux que comme un contre-pouvoir imparfait au regard du texte de la Constitution tel qu'il pouvait être lu en 1958, l'étude de l'évolution de cette institution doit permettre de comprendre les facteurs qui ont conduit le juge à réinterpréter son rôle et ce faisant de mieux saisir comment le droit peut prévoir de manière plus efficace l'émergence de contre-pouvoirs.

S'il faut bien considérer avec Louis Favoreu que dans les régimes démocratiques modernes, c'est la fonction qui crée l'organe³, c'est la façon dont les individus composant ce dernier se pensent comme institution qui permet à ce même organe d'assumer effectivement et d'interpréter cette fonction. L'organe se doit donc d'être aussi une institution, apte à se penser elle-même à travers et au-delà des membres qui la composent. Maurice Hauriou donne ainsi de l'institution la définition suivante : « Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »⁴. De cette définition, il convient d'envisager particulièrement deux éléments fondant deux étapes caractérisant l'analyse institutionnelle.

D'abord, les membres de l'institution se sentent tenus par une « idée d'œuvre » qui sous-tend le rôle qu'ils pensent devoir faire jouer à l'institution⁵. Dès lors que cette idée est partagée, elle conduit leurs actions et permet à l'organe de s'incarner dans une institution à la fois dépendante et autonome des règles de droit qui l'ont instituée⁶. Comprendre comment une institution interprète les normes qui lui sont applicables et définit son rôle implique donc de voir comment ses membres définissent et se sentent tenus

1. RIVERO, J., « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 1980 (rééd. 1991), n° 13, p.5.

2. HOURQUEBIE F., *Le juge sous la Ve République, entre pouvoir et contre-pouvoir*, Thèse pour le doctorat de sciences juridiques, Université de Bordeaux, 2003.

3. FAVOREU, L., « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1967, p. 65.

4. HAURIOU, M., « la théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social », dans *de vitalisme social* » in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, coll. Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 23, Paris : Bloud et Gay, 1925, p.96.

5. Toutefois, nous accusons là une forte divergence avec le doyen toulousain. Ce dernier voyait en effet dans cette mission un fait objectif dont ne fait que se saisir l'institution. Nous postulons qu'elle est le produit d'un construit, à la fois structurel et incident, exigeant de la part du Conseil choix et interprétations. *IBID.* p.40.

6. MILLARD, É., « Hauriou et la théorie de l'institution », vol.30-n° 1, *Droit et société*, 1995, p.393.

par cette idée d'œuvre. Les actes du Conseil constitutionnel ne sont ainsi compréhensibles et lisibles qu'à travers l'intériorisation d'un rôle par ses membres⁷.

Ensuite, l'institution n'évolue pas en vase clos. Elle appartient à un environnement partiellement défini par le droit dans lequel elle doit appréhender sa place et face auquel elle doit évaluer sa marge de manœuvre. Ainsi, comme le montre Pierre Avril, à l'Assemblée nationale le contrôle parlementaire n'est pas tant dépendant du pouvoir que le droit accorde aux députés que de celui dont ils se croient effectivement détenteurs⁸. Cela n'implique pas qu'ils ignorent que la Constitution leur accorde le droit de renverser le Gouvernement ; mais qu'ils ne se jugent pas assez légitimes pour user d'un tel droit. C'est cette interrogation qui se pose aux membres du Conseil qui conditionne la marge de manœuvre dont ils considèrent disposer face au pouvoir politique, dont témoigne le Doyen Vedel⁹. Envisager l'existence d'un pouvoir, et donc d'un contre-pouvoir juridictionnel, implique donc d'appréhender pour une institution sa responsabilité et sa légitimité¹⁰.

L'analyse institutionnelle est donc nécessaire pour comprendre le rapport entre les pouvoirs. Toutefois, les facteurs que nous venons d'évoquer apparaissent relever plus d'une sociologie de l'institution et le droit semble impuissant à en faire état. C'est néanmoins oublier que, dans un ordre de domination légal-rationnel, les compétences de l'organe trouvent d'abord et avant tout leur légitimité dans le droit¹¹. Aussi, l'interprétation des compétences accordées à l'organe par la norme juridique implique une analyse tant de la façon dont elles sont effectivement reçues que de la manière dont elles sont réellement exercées¹². Cette contribution part ainsi du constat qu'un contre-pouvoir ne se décrète pas, mais qu'il est le produit de l'appropriation par une institution des compétences que lui accorde le droit. C'est dès lors ce phénomène d'appropriation qu'il convient d'apprécier pour expliquer l'application des normes et la réalisation d'une institution en contre-pouvoir. L'analyse institutionnelle ne permet pas de savoir si le droit doit prévoir un juge constitutionnel qui serait un contre-pouvoir. Elle ne permet pas non plus de considérer l'existence en droit de ce contre-pouvoir. Elle se contente de saisir ce que doit prévoir le texte si ses auteurs souhaitent en effet faire ou renforcer le juge comme contre-pouvoir.

Suivant, en cela, l'approche institutionnelle de Maurice Hauriou, il convient d'abord non d'approcher le rôle du Conseil dans ce qu'il devrait être, mais d'observer¹³. Examiner l'être concret afin d'en tirer les conclusions sur un devoir être juridique. Une telle approche ne peut se baser uniquement sur les décisions du Conseil. L'ouverture des archives de l'institution depuis 1958 jusqu'en 1991, rend une lecture alternative de ces évolutions possible. Si les procès-verbaux ne donnent pas à voir toutes les coulisses de la décision, ils n'en sont pas moins comme le note Dominique Schnapper « une condition de la continuité de l'institution et de la prévisibilité de ses décisions »¹⁴. D'un point de vue juridique, la réalité du processus de décision nous apparaît secondaire. Ce qui compte, ce sont les raisons qui structurent entre les membres et sur le long terme les délibérations du Conseil. C'est donc principalement sur cette source, appréhendée par nos soins de façon exhaustive sur la période donnée, que nous nous baserons. Il s'agira de comprendre comment la caractérisation du rôle du Conseil par les juges influe l'interprétation qu'ils font du droit. Nous retiendrons dans cet examen les deux étapes de l'analyse institutionnelle que nous avons déjà dégagée. D'abord nous analyserons la façon dont les membres du Conseil ont conçu leur rôle

7 CHEVALLIER, J., « Pour une sociologie du droit constitutionnel », dans *L'architecture du droit, Mélanges Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 291 ; SCHNAPPER, D., *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, coll. NRF Essais, Paris : Gallimard, 2010, pp.30-31.

8 AVRIL, P., « L'introuvable contrôle parlementaire », *Les Petites affiches*, n° 139-140, 2009, pp.7-8. ; AVRIL, P., « L'introuvable contrôle parlementaire (suite) », *Jus Politicum — Autour de la notion de Constitution*, n° 3, 2009, pp.1-7.

9 VEDEL, G., « Préface », dans DRAGO, G., FRANÇOIS, B., et MOLFESSIS, N., (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : Colloque de Rennes, 20 et 21 septembre 1996*, coll. Études juridiques, n° 8, Paris : Economica, 1999, p. X.

10 BURGELIN, J.F., « Une justice à reconstruire », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2002, pp.121-123

11 Dès lors que les pouvoirs d'une institution politique sont prévus par un texte, la légalité des actes qui seront les siens dépend du respect de ce texte. Si la légitimité de l'institution affecte sa marge de manœuvre, ce ne peut donc être ni au niveau du texte qui prévoit ses pouvoirs, mais dont elle n'est pas l'auteur ni au niveau de l'acte qui, étant déjà réalisé, n'implique pas d'action de sa part. Dans un ordre de domination légal rationnel, la légitimité de l'institution ne peut affecter ses pouvoirs que lors de l'interprétation que celle-ci réalise des textes qui l'habilitent à les exercer. Dès lors que le texte peut prêter à plusieurs interprétations, l'organe interprétant doit procéder à un choix. KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Trad. française de la 2^{ème} éd. de la Reine Rechtslehre par EISENMANN CH., coll. La pensée juridique, Paris : Bruylant-LGDJ, 1999, p.339-341.

12 Sur ce point voir la préface de Michel Troper dans BRUNET, P., *Vouloir pour la nation : le concept de représentation dans la théorie de l'état*, coll. Pensée juridique, Rouen : L.G.D.J. ; Bruxelles : Bruylant, 2004, p.VI-VII.

13 HAURIOU, M., *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e édition, Paris : Sirey, 1929, p. 2.

14 SCHNAPPER, D., *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p.289.

afin de dégager les facteurs pouvant favoriser l'émergence d'un contre-pouvoir effectif (I). Nous tenterons ensuite d'envisager ce qui conduit le Conseil à se juger assez légitime pour agir au regard de son environnement institutionnel afin de comprendre comment le droit peut orienter et favoriser une telle action (II).

I. Un rôle de contre-pouvoir, produit d'une volonté institutionnelle

Pour entamer cette analyse, il nous faut d'abord nous pencher sur la notion de contre-pouvoir. Celle-ci, telle qu'envisagée par Montesquieu et réinterprétée par les constituants, est avant tout d'essence libérale. Il ne s'agit pas de multiplier les pouvoirs, mais de limiter le pouvoir. La pluralité n'est pas une fin en elle-même, elle s'entend en ce qu'elle permet d'assurer la liberté par la modération des forces politiques. La théorie de Montesquieu dérive en fait assez directement de la théorie du régime mixte chère à Polybe ou Aristote¹⁵. Chez les auteurs antiques, le contre-pouvoir n'est pas tant à chercher dans un organe que dans une catégorie sociale. Chacune de ces catégories dispose d'intérêts et de ressources propres. Si une autre catégorie devait confisquer l'État, ou si un tyran devait tenter d'en faire son instrument, le peuple ou l'aristocratie se mobiliseraient pour défendre leurs intérêts. Montesquieu repense cet équilibre en le faisant résider non plus dans les rapports sociaux, mais dans un balancement entre organes politiques¹⁶. S'il lie encore le bicamérisme à l'aristocratie ou l'exécutif à la monarchie, un pas décisif est franchi en ce qu'à présent l'action du contre-pouvoir est déterminée non par ses intérêts et ses ressources sociales, mais par sa fonction¹⁷. Or pour que ces organes occupent effectivement un tel rôle, il faut postuler qu'ils aient des vellétés à s'opposer. Autrement dit que les membres qui animent un organe aient la volonté d'assurer à ce dernier un pouvoir et de l'accroître autant que faire se peut. Aussi, il convient de considérer que l'organe existe comme institution à travers la définition commune d'un rôle décrivant un sens commun à l'action (A). Ensuite, il convient de juger des cadres favorables à l'appropriation par les membres de l'institution de la définition dudit rôle (B).

A. La définition du rôle du Conseil par ses membres

Les procès-verbaux des délibérations du Conseil montrent que ses membres ont été conduits à définir parfois difficilement leur rôle et s'affranchissant de ce qu'ils considéraient, être l'interprétation juste de la norme (1), mais que le droit représente néanmoins une ressource essentielle qui conditionne la définition d'un rôle différencié du Conseil dans le système politique (2).

1. La formulation d'un rôle contre le droit

Dans ses premières décisions, lors des délibérations les juges ne se conçoivent pas vraiment comme un contre-pouvoir. La question des rapports entre les pouvoirs législatif et exécutif fait fi de l'existence d'un juge. Dès ses premières décisions pourtant, le Conseil n'envisage pas seulement la constitutionnalité des dispositions qu'il examine, mais aussi la façon dont son action comme institution peut rejaillir au sein d'un paysage institutionnel concurrentiel¹⁸. Pour autant, les juges ne se pensent pas d'abord et avant tout en contre-pouvoir, mais en garant des contre-pouvoirs. L'attitude de Vincent Auriol est alors la plus marquée. Ce dernier s'inquiète souvent d'un risque autoritaire dont il ne perçoit comme bouclier que le Parlement.

Les procès-verbaux reflètent toutefois une difficulté à juger de ces questions autrement que dans une stricte application des règles de droit. Lors de l'examen du règlement provisoire du Sénat, le rapporteur lui-même semble avouer que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 76, qui prévoit le vote de résolutions, ne le réjouit guère et ne lui semble pas équilibrée. Mais le Conseil ne peut faire autre chose

15 ARISTOTE, *Les Politiques*, traduit par Pierre PELLEGRIN, Paris : Flammarion, 2015, pp.426-463 ; ARISTOTE, « Constitution d'Athènes », dans ARISTOTE et XÉNOPHON, *Constitution de Sparte, Constitution d'Athènes*, 2e, coll. Tel, Paris : Gallimard, 1996, pp.155-165 ; POLYBLE, *Histoire*, 2^{ème} éd., coll. Quarto, Paris : Gallimard, 2003, p.557 et 562.

16 Il ne faut toutefois peut-être pas exagérer en la matière l'importance de Montesquieu. On retrouve déjà une telle évolution chez Polybe. « *Quand un des pouvoirs, gonflé de son importance, cherche à l'emporter sur les autres et s'arroge plus d'autorité qu'il ne lui en revient-il est évident, étant donné qu'aucun d'eux, comme nous venons de le dire, ne peut se passer des autres que les volontés de chacun peuvent être réfrénées et paralysées par les autres, que jamais l'un d'eux ne pourra empiéter sur le domaine de l'autre ni le traiter avec mépris.* », *IBID.*, p.569.

17 EISENMANN, C., « La pensée constitutionnelle de Montesquieu, la pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu », dans *Bicentenaire de l'Esprit des lois 1748-1948*, Paris : Sirey, 1952, p.153.

18 « *En examinant la constitutionnalité de ces règles, le Conseil constitutionnel donnerait ainsi une consultation que les textes ne lui permettent pas de donner et créerait dangereusement un précédent dont l'Assemblée ne se montre actuellement que trop soucieuse de recueillir les profits afin de l'utiliser en des matières politiquement plus délicates que celle qui fait l'objet de la résolution en question.* » Procès-verbal de la décision du 14 mai 1959, p.2

que de suivre en la matière le chemin qu'il avait tracé lors de l'examen du règlement de l'Assemblée nationale. Le sentiment d'une faible légitimité de l'institution le conduit à rester figé sur une interprétation stricte du droit mettant l'accent sur la cohérence¹⁹, et ce aux dépens même de ce que les juges peuvent considérer comme étant leur mission²⁰. Lors de l'examen du projet de loi référendaire de 1962 Léon Noël fait ainsi part de ses regrets « nous arrivons encore une fois au constat que le Conseil n'a pas le rôle qu'il devrait avoir »²¹. Le rôle est ici lié au droit et aux compétences qui fondent la légitimité de l'institution. Toutefois, il tend peu à peu à s'en émanciper. L'analyse institutionnelle est ici importante, car elle nous permet de saisir dans l'interprétation des juges une rupture progressive d'un rôle tout entier déterminé par le droit, à un rôle conçu comme freiné et handicapé par le droit. Pourtant les juges ne semblent pas assez sûrs d'eux pour affirmer ce rôle. Si ce dernier fait l'objet d'un consensus dans l'institution, il n'est pas considéré comme accepté à l'extérieur.

Dans cette dynamique et d'un point de vue institutionnel, la décision 71-44 DC ne marque pas de rupture dans la prise en compte du préambule²². Ce dernier est envisagé depuis longtemps par les membres qui en discutent et l'évoquent comme norme de référence dans les procès-verbaux. L'évolution perçue par eux est différente en ce que le Conseil fait ici, contre son rapporteur et à la suite du discours de son président, le choix de se considérer comme seul garant des droits et de ne pas confier aux autres organes, à travers l'interprétation qu'ils pourraient faire du texte, le soin de s'en faire également les défenseurs²³. La question que se posent les membres n'est donc pas tant une question de droit qu'une question institutionnelle. Il s'agit d'affirmer le rôle du Conseil constitutionnel. Lors de la séance suivante, l'effet de la décision dans l'opinion et son interprétation semble surprendre les juges. L'évolution de leur jurisprudence apparaissait couler de source, c'est l'affirmation de l'institution qui marque pour eux une rupture dont ils saisissent mal que les conséquences puissent étonner.

On assiste à partir de cette date à une stabilisation de la conception du rôle du Conseil par les juges. En 1975, dans le procès-verbal de la décision IVG, la question des relations entre droit et rôle se réduit pour les membres à un rapport d'opportunité. La question du contrôle de conventionalité n'apparaît alors pas vraiment comme une question de droit ou de principe. L'argument qui revient avec le plus de force est tout simplement celui de la faisabilité d'un tel contrôle au regard du grand nombre de traités auxquels

19 Dans le compte rendu du 11 août 1960, les juges esquissent une réflexion intéressante. Ils s'interrogent sur les conditions de la saisine par le gouvernement qui n'a pas prévenu auparavant le Parlement de cette dernière. Ainsi les conseillers craignent d'être pris pour l'auxiliaire de l'exécutif. Mais la question ne s'envisage pas seulement pour eux au regard des parlementaires, mais notamment de l'opinion publique par l'intermédiaire des journalistes. Cette question semble finir par avoir des conséquences. Dans cette décision fondatrice où les conseillers délibèrent pour savoir s'il est saisi de toute la loi ou seulement des dispositions contestées. Au vu de la jurisprudence de l'époque, le risque principal s'il ne se considère saisi que des dispositions contestées est de laisser passer des dispositions de nature réglementaire. Deux arguments extrajuridiques s'affrontent et vont alors orienter la décision du juge. Le premier est l'appréciation de ses propres moyens matériels. En l'espèce, l'examen exhaustif d'une loi de Finances semble difficile à envisager. Ensuite, le rapporteur note « c'est tant pis pour le gouvernement, en usant de l'article 61 il se sera privé de la possibilité d'user de l'article 37 ». Le rapporteur considère notamment que le Conseil s'honorerait de retourner l'attitude du gouvernement contre lui-même afin de se positionner convenablement dans le système politique. M. Le Coq de Kerland craint qu'en agissant pas ainsi le Conseil se fasse les « complices du gouvernement ». C'est finalement le premier argument qui va triompher alors que l'argument juridique rappelé par le secrétaire général considérant que rien en droit n'autorise à penser que le Conseil est saisi partiellement ne semble pas audible. L'argument qui finit par l'emporter est en effet que le Conseil constitutionnel ne peut soulever une question d'office, car, s'il peut s'affirmer comme un arbitre, il ne peut être conçu comme une institution disposant d'une initiative propre que lui conférerait son rôle de juge de constitutionnalité. C'est alors la question de l'image du Conseil qui devient centrale. Le Conseil ne risque-t-il pas d'apparaître comme un juge faible comme le craint le rapporteur ? Le président Coty argue que le Conseil doit rester dans son rôle. La qualité de ce rôle n'est pourtant pas vraiment ici définie par une interprétation de la norme, mais par une appréciation de ce qu'est la légitimité du conseil. Dans le rester dans son rôle, il y a aussi de rester à sa place. Le débat est houleux et le rapporteur menace de ne pas signer la décision.

Procès-verbal du 11 août 1960, voir notamment p.8, 10

20 La question se pose en 1969 de la validation de la candidature d'Alain Krivine. Les conseillers discutent de leur rôle. Est-il strictement juridique, auquel cas la candidature ne semble pas poser de vrai problème. Les juges cherchent toutefois un motif d'inéligibilité, car cette candidature semble poser un problème que les membres qualifient « d'ordre moral ». Le Conseil se fait alors on pas gardien du droit, mais d'un certain esprit du régime que l'on pourrait assimiler à une décision politique fondamentale au sens de Schmitt. Une autre considération tient à la nécessité pour le Conseil d'assurer la stabilité du régime. Ainsi René Cassin note-t-il que « de toute ma conscience j'aurais souhaité rendre cet homme inéligible, mais une décision de rejet serait une grave plateforme d'agitation » Procès-verbal de séance, 14 et 15 mai 1969, p.7

21 Procès-verbal 6 novembre 1962, p.14

22 Voir notamment décision 70-39 DC du 19 juin 1970.

23 « Quelles que soient la gravité ou la légèreté de l'atteinte que peut recevoir un certain arsenal de principes et de règles législatives qui constituent la jurisprudence de la République, c'est au Conseil constitutionnel, à lui seul, qu'il appartient de dire ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas. C'est dans la mesure où notre refus marquera le caractère rigoureux de notre défense de la Constitution que nous pourrons un jour puiser la force et l'autorité nécessaires pour prendre les décisions les plus graves que comporte notre statut. » Président Palewski, Procès-verbal du 16 juillet 1971, p.22

est partie la France. Pour le Conseil, incapable, matériellement, de réaliser un tel travail, une extension de son rôle apparaîtrait comme une victoire à la Pyrrhus. L'un des grands intérêts des débats concernant cette décision et que les juges dressent un bilan d'étape d'un rôle qu'ils reconnaissent et qu'ils revendiquent comme s'étant établi en s'écartant de la lettre de la Constitution²⁴. La formulation des décisions n'est alors pas seulement conçue par les membres comme une façon de remplir, mais aussi de formuler et d'affirmer leur rôle²⁵. Dès lors se pose une difficulté, celle d'affirmer ce rôle tout en se préservant d'être l'instrument d'un gouvernement des juges ; idée rejetée unanimement dans les débats lors de la période considérée²⁶, notamment sur l'impulsion de Georges Vedel. Ce refus n'est pas compris en termes d'interprétation des normes constitutionnelles, mais d'une évolution potentiellement négative de l'environnement institutionnel pouvant conduire à une remise en cause de l'existence du Conseil. Par ailleurs, de façon générale, et au contraire de l'angle d'analyse revendiquée par une partie des études de jurisprudence américaine²⁷, les juges se gardent de s'attribuer un rôle politique. Cette ligne est rappelée de façon incessante dans les comptes-rendus et entraîne parfois de longs débats entre ce qui relève du choix politique et de l'affirmation d'un rôle institutionnel qui se veut demeurer juridique²⁸ afin de préserver l'existence du Conseil. Par ce double refus, du gouvernement des juges et du militantisme politique, les membres du conseil stabilisent un rôle qu'ils jugent à présent établi dans l'environnement institutionnel.

Ce rôle semble par suite, pour ce qui est de la période couverte par les comptes-rendus, ne pas être remis en cause. Les membres l'affirment et n'hésitent pas à reprendre lors des délibérations ceux d'entre eux qui seraient tentés de remettre en question cette formulation bien résumée par le Président Badinter : « Nous sommes une institution qui fait partie d'un ensemble. Nous ne devons pas donner de leçons inutiles. Nous sommes les défenseurs des libertés fondamentales et des équilibres institutionnels essentiels. »²⁹

2. La différenciation d'un rôle grâce au droit

La formulation du rôle du Conseil dépend, mais aussi s'impose à ses membres. Le droit n'est pas conçu que comme une entrave à l'exercice d'une mission qu'ils se donnent collectivement. Le droit permet également de stabiliser les relations entre institutions et de prédire les évolutions et actions de chacun. Pour un contre-pouvoir, c'est là un point essentiel. Face à des institutions fortes de par leurs compétences, mais surtout de la légitimité que leur confère le suffrage universel, un juge constitutionnel doit pouvoir s'appuyer sur le droit pour singulariser son rôle. Dans les débats sur la décision 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988, les membres du Conseil s'interrogent avant tout sur leur rôle comme juge de conventionalité en matière électorale. La question d'une éventuelle exception d'inconstitutionnalité qui sera retenue par la doctrine est en fait écartée selon une approche jugée logique par le Conseil qui se rallie à la réflexion du doyen Vedel : « Il faut être cohérent et souligner que le contrôle de constitutionnalité est enfermé dans les conditions posées par l'article 61 de la Constitution. Nous rendons ainsi hommage à un fait évident : la légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel résulte de ce qu'il est maître ni de sa compétence ni de ses sources. Je ferais sur ce point une critique à Monsieur Luchaire qui défend le gouvernement des juges. Le gouvernement des juges commence quand le juge

²⁴ « M. DUBOIS pense qu'il n'est pas question d'autosaisine mais d'une interprétation du mot constitution. Dans le passé le Conseil a déjà commis un certain nombre de détournements de compétence puisqu'à l'examen des textes par rapport à la Constitution elle-même il a ajouté le préambule de 1958 puis celui de 1946 puis la Déclaration des droits de 1789 puis les principes généraux du droit. Par conséquent, la solution proposée par M. DUBOIS s'inscrit, selon lui, dans la ligne déjà adoptée par le Conseil. » Procès-verbal des 14 et 15 janvier 1975, p.26.

²⁵ Procès-verbal du 12 janvier 1977, p.30.

²⁶ Il faut noter ce dilemme fort bien présenté par Georges Vedel : « Lorsque le juge administratif censure un règlement de police parce qu'il impose à telle liberté une restriction excessive par rapport aux nécessités de l'ordre public, il fait de la nécessité c'est — à-dire de l'opportunité du règlement une condition de sa légalité et il a raison. Le Conseil constitutionnel fait-il autre chose lorsque, dans sa décision du 9 janvier 1980 relative à l'expulsion des étrangers, il est amené à apprécier la durée pendant laquelle une détention par voie administrative d'un étranger en voie d'expulsion peut être prolongée sans atteinte à la liberté individuelle ? Mais cette voie est glissante, voire dangereuse ; c'est celle du gouvernement des juges. Et si le gouvernement de l'administration par le juge administratif n'est que modérément désirable, le gouvernement du législateur par le Conseil constitutionnel serait inadmissible. » Procès-verbal des 19 et 20 janvier 1981, p.3. Voir également procès-verbal du 22 décembre 1987, p.18.

²⁷ Pour une revue synthétique voir notamment : BURGESS, S. R., « Beyond Instrumental Politics: The New Institutionalism, Legal Rhetoric, & Judicial Supremacy », *Polity*, Vol. 25, n° 3, 1993, pp. 445-459.

²⁸ Voir par exemple le procès-verbal du 24 novembre 1987, pp.9-11.

²⁹ Procès-verbal du 16 janvier, 1991, p.30.

constitutionnel affirme être maître des sources du droit qu'il applique. L'article 61 borne notre compétence, sinon nous détruisons notre propre légitimité »³⁰. Cette réflexion doit être mise en miroir avec celle du président concernant le contrôle de conventionalité. Ce dernier souligne que le refus d'un tel contrôle ne passerait pas inaperçu et poserait un problème de légitimité du Conseil. Le rôle du Conseil est donc conçu par ses membres au regard de ce qui semble fonder sa légitimité, c'est-à-dire la Constitution. Celle-ci est perçue comme un outil fragile qu'il ne convient ni de malmener ni de laisser malmener, au risque de saper ce qui caractérise le rôle de l'institution dans le système politique. Faire respecter ce qui est à la source du rôle du Conseil, c'est faire respecter le Conseil.

Pour exister, les contre-pouvoirs doivent se revendiquer de quelque chose. Cela ne peut plus être d'une catégorie sociale comme dans les systèmes politiques prémodernes. Cela pourrait être de leur fonction. Mais il semble bien que cela soit insuffisant comme le montre le cas du Conseil constitutionnel. Se revendiquer d'une simple fonction, c'est présupposer la légitimité d'un système politique dont découlerait celle des organes. Or celle-ci est censée découler justement d'un équilibre que l'institution se doit de garantir. C'est parce que l'équilibre n'est pas l'état naturel du système que celui-ci se dote de contre-pouvoirs. C'est parce que la rivalité des institutions produit un équilibre que le système peut être l'objet d'une adhésion. Le rôle de gardien de l'État de droit tel qu'il est défini par les membres du Conseil constitutionnel ne doit pas être conçu comme dérivant d'un besoin inhérent au système politique tel qu'on pourrait le supposer à la lecture de Maurice Hauriou³¹. Il est avant tout le produit d'un besoin de l'institution qui trouve dans la conjonction des évolutions sociales et dans l'absence d'organe concurrent sur un tel terrain l'occasion d'affirmer un rôle.

C'est là toutefois une évolution bien hasardeuse. Pour autant, une telle autodéfinition du rôle de l'institution peut être encadrée par le droit qui représente à la fois une source de légitimité et un obstacle à l'interprétation du rôle. Ce dernier doit néanmoins rendre plus clairs, lisibles et stables les fondements de la légitimité de l'institution qu'il porte en contre-pouvoir. Si le droit doit songer à donner une légitimité aux contre-pouvoirs, cette dernière ne doit pas pouvoir être comparée à un pouvoir auquel il serait amené à s'opposer. On a vu que le Conseil jouait vraiment son rôle quand il parvenait à s'appuyer sur une légitimité propre au droit. Si ce contre-pouvoir s'était contenté de mesurer ses forces comme représentant de la volonté présente du Peuple, il n'aurait pu trouver les ressources pour s'opposer à une assemblée ou un président élu au suffrage universel direct. Ainsi Albert Malibeu souligne que dans la jeune Troisième République l'opposition du Président Mac-Mahon à une chambre élue ne peut se concevoir que si l'on comprend que ce dernier se revendiquait d'une légitimité traditionnelle qu'il pensait assez forte pour tenir la dragée haute à la légitimité populaire³². C'est l'échec de cette revendication qui conduira alors à la marginalisation de la fonction présidentielle. Dans des circonstances inversées, Pierre Brunet montre comment, face à une situation qu'ils n'avaient pas prédite, les ultra-royalistes qui avaient dénoncé la légitimité représentative de la chambre tentent, devenus majoritaires dans la chambre introuvable, de s'appuyer sur cette même légitimité pour imposer leurs vues³³. Ce n'est dès lors pas tant le contre-pouvoir que l'existence d'une légitimité alternative fondée sur un rôle clairement défini qui peut conduire à une différenciation des fonctions entre les organes. Prévoir un contre-pouvoir en droit implique de faire le deuil de l'unité des sources de la légitimité. C'est là un point délicat. En démocratie, peut-on penser une autre source de légitimité que le Peuple ? Le juge ne s'y risque pas. Le Conseil est présenté comme le représentant du Peuple constituant se devant de rappeler les limites dans lesquels évoluent les pouvoirs constitués. Si une telle lecture peut permettre de concilier Démocratie et État de droit, elle ne doit pas faire oublier qu'il est nécessaire pour qu'un contre-pouvoir soit effectif de ne pas seulement lui accorder des compétences, mais aussi une base sur laquelle revendiquer une légitimité propre.

Toutefois, ce que nous montre l'exemple du Conseil constitutionnel, c'est que même quand le droit ne le fait pas les institutions tendent à développer un tel rôle. L'inadéquation entre leur rôle tel qu'il fut pensé par le Constituant et le rôle qu'elles se doivent d'occuper pour développer une fonction de contre-

³⁰ Procès-verbal — du 21 octobre 1988, p.45.

³¹ HAURIU, M., « la théorie de l'institution et de la fondation, essai de vitalisme social », dans *de vitalisme social* » in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, coll. Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 23, Paris : Bloud et Gay, 1925, p.40.

³² MALIBEU, A., « Séparation des pouvoirs et rapports de légitimité », dans SEURIN, J.L., BÉGUIN, J., *Le Constitutionnalisme aujourd'hui*, coll. « Collection Politique comparée », Paris : Economica, 1984, pp.113-114.

³³ BRUNET, P., *Vouloir pour la nation : le concept de représentation dans la théorie de l'état*, coll. Pensée juridique, Rouen : Paris : [Bruxelles], Publications de l'Université de Rouen ; L.G.D.J. ; Bruylant, 2004, pp.297-309.

pouvoir est le produit d'une interprétation extensive du droit. Libérale, la notion de contre-pouvoir repose sur un principe d'autorégulation des organes³⁴. Le rôle des contre-pouvoirs ne gagne ainsi pas paradoxalement à être trop encadré par le droit, mais à leur laisser une marge de manœuvre suffisante pour réinterpréter leur rôle selon les circonstances³⁵ du rapport de forces. Pour fonder un contre-pouvoir effectif dans le système politique, le droit doit donc se montrer précis et disert sur les fondements de sa légitimité, mais doit tendre à accorder à l'institution la souplesse nécessaire à son affirmation.

B. La concrétisation du rôle par l'identification des membres au Conseil

Être d'accord sur le rôle du juge n'implique pas forcément de pouvoir collectivement faire institution et agir au nom et pour ce rôle de façon à faire de l'organe un réel contre-pouvoir. Pour cela, les membres de l'institution doivent intérioriser cette mission et s'y identifier afin qu'elles guident leurs actes (1), les conditions de cette intériorisation doivent être prévues par le droit qui dispose en la matière de solutions éprouvées (2).

1. La nécessité d'une identification des membres au rôle du Conseil

Pour que l'organe existe comme institution, il faut d'abord que les individus qui le constituent s'en sentent membres et endossent collectivement un rôle et confondent leurs intérêts individuels avec ceux de l'institution. Le passage d'un antique équilibre social à un équilibre constitutionnel implique ainsi de déplacer l'analyse des contre-pouvoirs des motivations catégorielles en motivations institutionnelles. On comprend bien ce qui conduit l'aristocratie à s'opposer au monarque pour défendre ses privilèges. En revanche pourquoi les membres d'une chambre ou des juges souhaiteraient-ils entrer dans un rapport de forces afin d'accroître les pouvoirs d'un organe au sein duquel ils ne sont, le plus souvent, que de passage ? Comme le souligne James March et Joan Olsen : « les acteurs politiques sont conduits par des devoirs institutionnels et des rôles autant voire plus que par des calculs intéressés ; la politique est organisée autour de la construction et de l'interprétation de significations autant voire plus que par des prises de décision ; les routines, règles et formes évoluant à travers un processus de dépendance historique qui n'atteint pas de façon rapide, stable et définitive un point d'équilibre ; et la politique est quelque chose de différent, ou de plus, qu'une arène de compétition entre rivaux intéressés. »³⁶

Dans le cas du Conseil constitutionnel les membres assument collectivement un rôle. Ce dernier fait l'objet d'une stabilisation par l'intermédiaire d'une formulation commune que nous avons déjà analysée et qui est contrôlée par les membres eux-mêmes durant les délibérations. En 1991, Maurice Faure remet en cause ce fait. « Mais la jurisprudence, ça n'est pas quelque chose qui est arrêté de façon perpétuelle sinon notre activité s'apparenterait à la distribution automatique de tickets de métro. Si ce qu'on a fait en 1976 commande qu'on fasse forcément la même chose en 1991, alors notre rôle est singulièrement restreint... » Ce à quoi il se voit répondre par Léon Jozeau-Marigne et les autres membres que « la jurisprudence est faite »³⁷. Comme le montre Dominique Schnapper, les membres qui refusent d'intégrer les codes de l'institution et d'endosser sa jurisprudence se condamnent *de facto* à la marginalité et renoncent à peser sur les décisions³⁸. Plus que la compétence juridique, dont l'auteur montre qu'elle s'acquière par le sérieux du travail, c'est donc par l'investissement dans l'institution que les membres apportent le plus à cette dernière. Pour exister en son sein, il faut en endosser le rôle. Ce dernier se perpétue, car les membres remettant en cause sa stabilité sont soit convertis, soit marginalisés. Pour cela, il faut toutefois que l'institution préexiste à ces membres tentant d'en revoir les fondements. On note dans les procès-verbaux, le peu de pertinence, voire l'absence des interventions, provenant généralement des nouveaux venus. Si le rôle de l'administration, notamment celui du secrétaire général, ne doit pas être sous-estimé, l'importance de la relation entre anciens et nouveaux membres semble déterminante. On remarque un effet d'émulation, mais aussi de sanction verbale, vis-à-vis des nouveaux membres souhaitant remettre en cause ce qui fut. Ce conservatisme institutionnel peut être jugé à loisir avec sévérité, il est pourtant

³⁴ HOURQUEBIE F., *Le juge sous la Ve République, entre pouvoir et contre-pouvoir*, op.cit., p75

³⁵ « Au contraire des textes qui sont plus ou moins immuables en dehors des changements de régime, la pratique évolue et permet donc un examen diachronique en rapport avec la légitimité qui n'est jamais définitivement établie. Nul n'ignore que la pratique peut différer grandement du texte constitutionnel ; c'est une circonstance à laquelle les Français sont sans doute plus sensibles que d'autres parce qu'ils en ont fait souvent l'expérience : l'affirmation de la séparation des pouvoirs dans la constitution de 1875, comme dans celle de la Vème République a connu des lendemains imprévisibles ! La pratique constitutionnelle semble toujours en relation directe avec la légitimité. » MALIBEAU, A., « Séparation des pouvoirs et rapports de légitimité », op. cit., p.110.

³⁶ Traduit par nos soins. MARCH, J.G., et OLSEN, J.P., *Rediscovering institutions: the organizational basis of politics*, New York : The Free press, 1989, p.159.

³⁷ Procès-verbal du 30 décembre 1991, p.34-36.

³⁸ SCHNAPPER, D., *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, op.cit., pp.168-169.

nécessaire. Sans lui, les institutions se réinventent à chaque renouvellement remettant en cause l'équilibre du système politique. Comme le montre l'exemple ci-dessus évoqué, il est d'autant plus nécessaire dans le cadre d'une juridiction. L'argument de la cohérence de la jurisprudence ne porte en effet que si les juges se tiennent effectivement attachés à une identité commune qui englobe tant le présent que le passé et fait de la réflexion d'aujourd'hui la suite de la pensée d'hier.

2. Les cadres juridiques favorables à l'identification des membres au rôle du Conseil

Pour qu'un organe devienne une institution assumant un rôle de contre-pouvoir effectif, il faut donc non seulement que ses membres se définissent collectivement comme contre-pouvoir, mais qu'ils perpétuent ce rôle de manière structurelle en s'identifiant à l'institution. Pour les juges, il est donc nécessaire de se projeter dans l'institution ce qui implique son autonomie organisationnelle. Cette dernière n'est pas à confondre avec l'indépendance juridique. Elle n'implique pas tant l'absence de rétroaction des autres pouvoirs que la possibilité pour ses membres de lier leur sort à l'institution. Le sévère régime d'incompatibilités des membres du Conseil constitutionnel en représente une garantie³⁹. Cet organe bénéficie surtout de représenter en règle générale l'aboutissement d'un *cursus honorum* politique où les individus qui y entrent n'aspirent que rarement à exercer par la suite des fonctions qui exigeraient de leur part une soumission aveugle à d'autres pouvoirs. À défaut de nomination à vie comme à la Cour suprême américaine, la présence d'individus souvent en fin de carrière transforme l'institution en couronnement d'un parcours et non en étape. Un mandat long est ainsi préférable et ce n'est pas un hasard si celui des conseillers est le plus long accordé à un pouvoir constitué sous la Cinquième République. Dès lors l'investissement plein et entier dans ce qu'elle représente implique de s'y identifier. C'est là sans doute un fait institutionnel que ne devrait pas ignorer une éventuelle révision des modalités de nomination des membres.

Il faut par ailleurs noter que la question de la nomination des membres n'est que très peu présente dans les procès-verbaux. Ce point fondamental qui interroge la doctrine semble représenter un élément très secondaire de définition du rôle pour les membres. Là encore, la nomination de chacun par des autorités différentes et à des moments différents singularise les expériences et permet de ne partager en commun que l'institution. La réforme du mode de nomination des membres, si elle peut être jugée souhaitable pour d'autres raisons, peut à ce stade de l'étude sembler emporter des conséquences limitées sur la formulation du rôle du Conseil dès lors qu'elle prend soin de se garder de toute *tabula rasa* que marquerait soit la fin du renouvellement partiel, soit la remise en cause de la nomination des juges.

Un autre point d'importance tient dans le renouvellement par tiers. On a déjà noté combien il était nécessaire que les nouveaux membres acquièrent et intègrent la vision du monde et la cohérence du point de vue développé au sein de l'institution. La stabilité organisée par le droit dans le mode de recrutement des contre-pouvoirs est ainsi essentielle afin que leurs membres se définissent collectivement. Elle est aussi essentielle pour que ceux-ci prennent conscience de l'importance d'appartenir à un tel corps et en défendent les prérogatives. Ainsi l'exemple du Conseil montre l'importance de l'intégration par les anciens et la nécessité pour les nouveaux arrivant de montrer leur investissement dans l'institution et d'en défendre les intérêts. Une institution à renouvellement trop brusque, outre qu'elle est soumise à la conjoncture, risque aussi de voir disparaître cette conscience. L'adhésion au rôle de l'institution n'est donc pas à confondre avec la compétence. L'exigence d'une qualification en droit lors des nominations ne pourrait se substituer à la perpétuation d'une tradition par l'intermédiaire des anciens.

Le faible nombre de conseillers est un élément essentiel de cohésion. Si l'on peut sans doute augmenter ce nombre dans une certaine mesure sans nuire à la cohésion de l'institution, plus le corps est vaste plus la communauté prend le risque de se faire société. Cette importance du collectif au-delà de l'individu est toutefois organisée et permise par d'autres dispositions. Le devoir de réserve et la non-publication des avis divergents sont aussi d'une grande importance. En effet, à travers de tels instruments ont conduit les membres à renoncer à exister individuellement dans le débat extérieur au Conseil et à fonder leurs voix dans celle de l'institution. Il s'agit alors pour eux d'assumer les décisions et le rôle, quels qu'ils soient. Le débat juridique y perd sans doute en clarté, notamment concernant la non-publication des avis divergents, mais l'institution y gagne en cohérence et en efficacité. Cette cohésion est encore renforcée par la protection et par l'absence de responsabilité individuelle des membres autrement que devant leurs pairs. L'internalisation de la sanction conduit en effet chacun à juger de sa faute d'abord et avant tout au regard de l'institution. L'importance même de cette sanction, soit la démission d'office

³⁹ Voir loi organique n° 95-63 du 19 janvier 1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel.

constatée par le Conseil, est efficace de par son inapplication même⁴⁰. En effet, le manque de demi-mesure implique un renforcement du contrôle social. Les membres du Conseil ne pouvant parier sur des mesures juridiques pour faire régner l'ordre se doivent d'exercer ce contrôle social dont nous avons déjà pu noter les effets. Ce dernier est à la source d'une intériorisation plus forte des contraintes de l'institution. Surtout, ces dernières ne se limitent pas au respect de la procédure, mais aussi du rôle partagé.

II. Un rôle de contre-pouvoir, apprécié au regard d'une légitimité postulée

Lorsque l'aristocratie se sentait menacée dans les régimes anciens elle mobilisait ses forces alors que le peuple, lui, grondait et affûtait ses fourches. La cohérence interne des groupes sociaux et leur capacité à mobiliser des ressources permettaient leur action. L'équilibre du système politique reposait donc sur un rapport de forces concret. Les organes prévus par la constitution et opérant dans un cadre légal n'ont pas de tels moyens. Leur force provient de leur capacité à s'appuyer sur une légitimité. Fabrice Hourquebie définit ainsi le contre-pouvoir comme « le contrôle structurel de la frontière des compétences et des légitimités qui les sous-tendent ».⁴¹ Le rapport de forces entre pouvoirs doit alors être considéré comme un rapport équilibré entre légitimités⁴² toutefois appréciées par le Conseil lui-même comme condition de son action (A). La légitimité « apporte aussi des verrous conditionnels aux tentatives éventuelles d'un organe de dominer les autres et élève ainsi des obstacles aux effets que pourraient comporter les variations de légitimité »⁴³. L'équilibre des pouvoirs n'est donc plus un équilibre des forces, mais un équilibre des légitimités que le droit se doit de prévoir (B).

A. La légitimité du Conseil appréciée par ses membres

Si les organes se limitaient à l'exercice de leur compétence sans chercher à accroître leur capacité d'action, alors les contre-pouvoirs perdraient de leur nécessité. Pour assurer cette croissance de leur marge de manœuvre toutefois, les juges sont à la recherche de circonstances favorables. L'analyse permet de comprendre non seulement comment ils conçoivent leur rôle, soit ce qu'ils visent à être, mais aussi les circonstances qu'ils jugent favorables pour l'affirmer. Le Conseil tend ainsi à agir quand il apprécie une opinion publique favorable (1) au nom d'un postulat sur la réception de son rôle et son action (2).

1. Une appréciation de l'Opinion publique

Ce que nous apprend l'analyse institutionnelle du Conseil, c'est que les institutions cherchent à assurer⁴⁴ et à accroître leur pouvoir⁴⁵ au nom même du rôle qu'il a défini. Dans le procès-verbal du 16 juillet 1971, il s'agit notamment pour François Luchaire d'affirmer le rôle du Conseil comme défenseur des libertés. Il est à cette occasion intéressant de noter le rôle de la presse par l'intermédiaire de laquelle les juges semblent apprécier la pertinence de leur rôle. C'est à travers sa lecture qu'ils supposent une forme d'attente sur le rôle qu'ils se doivent d'assumer. La remarque du Président Palewski qui prévient les membres contre la tentation de discuter des commentaires de l'opinion publique ou de la presse est aussi révélatrice d'une caractéristique de l'institution qui tend à poser sa légitimité dans sa capacité à aller, au nom du droit, à contre-courant de celles-ci sans jamais parvenir à l'ignorer. Ces deux logiques s'opposent

⁴⁰ Article 10 de l'ordonnance no 58-1067 du 7 novembre 1958.

⁴¹ HOURQUEBIE F., *Le juge sous la Ve République, entre pouvoir et contre-pouvoir*, op.cit., p.68

⁴² FAVOREU, L., « Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français », dans *La crise du juge, colloque organisé par le Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain*, Paris : LGDJ, 1989, p. 62.

⁴³ MALIBEAU, A., « Séparation des pouvoirs et rapports de légitimité », op. cit., p.110.

⁴⁴ Lors de l'examen du traité prévoyant l'élection des membres du Parlement européen au suffrage universel direct es membres d'interrogent sur le risque d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Cette dernière leur semblerait cohérente, mais elle risque de conduire à une révision de la Constitution qui impliquerait ensuite une perte de contrôle du Conseil sur ces questions qui auraient du mal à faire prévaloir sa jurisprudence face à la volonté du constituant. Aussi les membres préférèrent-ils une décision de conformité posant des limites à l'évolution des communautés, décision de conformité qui leur permet de garder la main sur les évolutions futures en précisant leur jurisprudence de façon plus libre, car sans se voir opposer la légitimité de la volonté du constituant. Procès-verbal 29-30 décembre 1976

⁴⁵ « Quand il y a unanimité sur certaines dispositions, il convient que nous soyons très attentifs à ne pas être l'instrument de blocage d'une évolution profonde. La première fois que le Conseil soulèvera d'office une disposition non expressément critiquée doit donner l'illustration éclatante de la nécessité qu'il y avait pour lui à se réserver cette possibilité de se saisir d'office. » Vedel. Finalement sur la question les conseillers considèrent que se saisir d'office de la disposition n'est pas opportun. Si le conseil veut faire évoluer sa jurisprudence sur la question, il doit attendre une opportunité où une telle évolution de ses pouvoirs sera populaire. Il y a donc une dynamique d'opportunité dans l'accroissement des pouvoirs du Conseil. Procès-verbal du 1^{er} juillet 1980

et ne peuvent qu'avoir des conséquences sur la jurisprudence⁴⁶. Elles sont généralement pesées de concert dans les procès-verbaux⁴⁷. La question qui se pose lors de l'examen du projet de loi référendaire de 1962 est ainsi compréhensible⁴⁸. René Coty résume dans ces termes l'esprit du rapport : « Quand le peuple souverain s'est prononcé tous — Conseil constitutionnel compris — n'ont plus qu'à se taire ». Pourtant, il ajoute : « le Constituant peut avoir oublié de préciser les conditions de saisine du Conseil dans le cas du référendum, car il ne s'est pas beaucoup préoccupé du référendum. Mais qu'on n'amoindrisse pas le Conseil constitutionnel ! C'est quelque chose que le Conseil constitutionnel tout de même ! »⁴⁹ C'est là une approche peu ou prou partagée par Vincent Auriol. Le Conseil faillirait à son rôle s'il se déclarait incompétent, mais en agissant sa position deviendrait fort précaire.

L'autorité du juge semble ainsi d'autant plus importante qu'elle se fonde sur l'opinion publique⁵⁰. Dans le procès-verbal de la décision IVG, on trouve ainsi cette inquiétude latente d'un Conseil se devant de ne pas aller trop loin et de se garder de toute critique. Le Conseil s'est peut-être montré trop aventureux dans l'affirmation d'un rôle éloignée de la lettre du droit. Il ne peut continuer ainsi sans un soutien large de l'opinion que ne lui garantirait sans aucun doute pas une décision de non-conformité. Concernant la loi même, les avis sont partagés et l'idée d'un droit à la vie principe fondamental reconnu par les lois de la République est une idée défendue. Toutefois, le Conseil se positionne comme une institution vulnérable au sein d'un débat qui a déjà fait couler beaucoup d'encre. Sa prise de position est délicate tant les membres appréhendent une légitimité faible de leur parole dans le champ public sur cette question minée. Ils recherchent alors une rédaction courte pour être à la fois inattaquables, et en même temps pour ne restreindre aucunement leur marge de manœuvre dans l'avenir⁵¹. Le Conseil agit non seulement pour accroître son pouvoir quand les circonstances sont favorables, mais aussi pour ne pas le perdre quand il pense que de la timidité pourrait être prise pour un abandon⁵². Le risque d'une marginalisation en cas d'opposition aux autres organes de la République est par ailleurs souvent évoqué. Les juges hésitent alors entre une position de principe difficile à tenir en cas d'hostilité ou d'indifférence de l'opinion, une manifestation d'humeur sans conséquences juridiques tendant à montrer leur désapprobation par la rédaction de la décision, ou un prudent renoncement⁵³.

Dans ce type de cas, les membres n'hésitent alors pas à demander que le nombre de considérants soit rallongé⁵⁴. Ce souci est souvent évoqué en ce qu'une décision plus longue doit permettre de mieux justifier l'une et l'autre approche. Si le Conseil ne peut oublier son rôle qui le pousse à résister à l'opinion, il ne peut non plus l'ignorer. La multiplication des considérants au-delà de ce qui nécessiterait sans doute le raisonnement juridique témoigne d'un tel malaise. Au regard de ces constats, il convient de reposer la question de la constance de la jurisprudence du Conseil dont on a vu qu'elle portait une stabilisation du

⁴⁶ L'importance du soutien de l'opinion est notamment reconnue concernant la cour suprême américaine. SCOFFONI, G., « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine » *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51 n° 2, Avril-juin 1999, p.269.

⁴⁷ Voir par exemple procès-verbal du 20 décembre 1976, p.17 ; du 29 décembre 1976, p.31 ; pv du 26 avril 1979, p.10.; 11 juin 1981, p.8 ; 3 juillet 1986, p.10 ; procès-verbal du 22 décembre 1987, p.18 ; procès-verbal du 10 mars 1988, pp.32-33 ; 26 juillet 1989, p.56 ; 25 juillet 1991, p. 20 ; 7 novembre 1990, p.21, 8 mai 1991, p.28.

⁴⁸ Le débat sur le projet de décret de convocation du référendum de 1961 est également intéressant. Les membres du Conseil commencent par s'interroger sur leur rôle dans ce processus. La soumission du projet de décret pose en soi problème. Gilbert Jules considère ainsi que celle-ci ne rentre pas dans les attributions du conseil. Le problème est d'autant plus délicat pour lui que l'article 2 semble poser problème et qu'il vaut donc mieux s'en tenir au droit pour ne pas venir compliquer une situation politique. À l'inverse Georges Pompidou semble considérer qu'il faut en profiter pour élargir le rôle du Conseil. Il prend déjà acte que tout contrôle du projet de loi sera impossible. Mais c'est dans cet interstice que le Conseil est encore assez légitime pour intervenir. Mais le risque d'un affrontement avec l'Élysée semble trop grand. L'organisation même du référendum semble devoir être considérée comme un acte purement politique dans le cadre duquel le conseil ne peut légitimement intervenir. Procès-verbal du 8 décembre 1960.

⁴⁹ Procès-verbal 6 novembre 1962, p.14.

⁵⁰ Voir également sur ce point SCOFFONI, G., « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *art. cit.*, p. 269.

⁵¹ La question se pose également concernant le contrôle de la constitutionnalité d'un traité déjà ratifié. Une telle approche semble sur le fond souhaitable aux membres. Mais cette dernière semble difficilement tenable et risque de mettre le Conseil sous le feu des attaques. Par ailleurs, elle n'est peut-être pas absolument tenable sur la longueur et risque de nuire à son autorité. Procès-verbal 14-15 janvier 1975, pp.26-27.

⁵² Voir par exemple, procès-verbal du 6 décembre 1988, pp.14-15.

⁵³ Voir par exemple procès-verbal du 15 juillet 1976, pp.30-36.

⁵⁴ C'est là un point également évoqué par Louis Favoreu. FAVOREU, L. « La décision de constitutionnalité », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38 n° 2, 1986, p. 616.

rôle. Comment comprendre cette stabilisation ? Dominique Schnapper avoue que le Conseil tente souvent de cacher ses revirements de jurisprudence pour ne pas entamer une légitimité qu'elle juge construite sur la prévisibilité de ses décisions⁵⁵ ou à ne s'y risquer que quand il sent l'opinion derrière lui⁵⁶. Le revirement attend donc une occasion qui n'est pas que juridique, mais dépend aussi de l'appréciation par le Conseil de la réception de son action. Ce qui est en jeu, dans la cohérence de la jurisprudence ce n'est pas seulement l'interprétation du droit et la sécurité juridique. Pour le Conseil, c'est aussi sa crédibilité, sa légitimité⁵⁷, voire son existence même, qui n'importe encore une fois aux membres qu'à condition qu'ils s'identifient à l'institution. Un revirement de jurisprudence est considéré quand il est évoqué par les juges, généralement comme un double danger. D'abord il affaiblit ce qui est au fondement de la légitimité et du rôle du Conseil, c'est-à-dire l'idée d'un droit constitutionnel cohérent, par lui-même fondement de l'ordre social. Ensuite, la jurisprudence permet de se garder des accusations de l'opinion en renvoyant la faute au législateur qui ne pouvait ignorer que son texte encourageait la censure. C'est alors sur lui que repose la responsabilité de l'échec d'une mesure populaire. En affaiblissant symboliquement la cohérence de sa jurisprudence, le Conseil prend le risque d'apparaître juger en opportunité et donc d'être tenu pour responsable, non tant de sa décision, que de ses effets.

Outre l'introduction d'éléments de fait dans une interprétation juridique censée demeurer *in abstracto*, une telle approche ne cesse de poser problème. La doctrine reconnaît ainsi que le juge tend à protéger les libertés qui apparaissent les plus en vue dans l'opinion⁵⁸. C'est aussi là l'un des ressorts du difficile retour en arrière dans la protection des libertés⁵⁹ qui marque la jurisprudence du Conseil. Si la légitimité de l'institution dérive de celle qui est accordée à sa mission, le contrôle tend à considérer la légitimité prêtée aux dispositifs invoqués⁶⁰. L'intérêt du juge est alors d'appuyer la légitimité de l'institution auquel il s'identifie sur des dispositions dont il pense que leur légitimité va rejaillir sur lui. C'est là une attitude dont le positivisme n'est guère susceptible de le garder, bien au contraire. Jean-Marie Denquin note ainsi que « *prendre le droit comme unique valeur est au contraire une position jusnaturaliste dans la mesure où elle implique une importation massive de droits naturels — rhétorique des droits de l'homme — qui se retourne paradoxalement en une sorte d'hyperpositivisme : le juge justifie le droit qu'il crée par sa qualité de juge et sa qualité de juge par le droit qu'il crée — bref ne s'autorise plus que de lui-même.* »⁶¹.

2. Une appréciation fondée sur un postulat de légitimité

Au nom de son rôle social et de la réception « civique » de ces décisions, le Conseil considère ainsi comme nécessaire de jauger du contexte et non pas seulement le droit⁶². Ainsi le 29 décembre 1986, son président s'oppose à l'idée que le Conseil ferait l'objet de critiques dans l'opinion. Et déclare que « L'opinion publique fait confiance au Conseil constitutionnel quand celui-ci s'oppose à des empiétements excessifs de l'administration et du législateur. »⁶³ Ce postulat est important, mais il n'est qu'un postulat et les conseillers vont sans réels éléments devoir déterminer s'ils disposent ou non de cette confiance. C'est un point essentiel qu'il faut ici soulever. La légitimité invoquée par le Conseil n'est pas une légitimité réelle, normative ou substantielle. Elle ne dérive que d'un postulat de légitimité. Toute analyse qui viserait à juger de façon abstraite et normative la légitimité d'une institution ne permettrait

⁵⁵ SCHNAPPER, D., *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, op.cit., p.324

⁵⁶ Voir : LEURQUIN DE VISSCHER F., « Histoire d'un revirement. À propos de la responsabilité de l'État du fait des magistrats », *R.R.J.*, n° 4, 1993, p. 1198.

⁵⁷ Voir par exemple procès-verbal du 16 août 1986, p.8.

⁵⁸ DERRIEN A., *Les juges français de la constitutionnalité. Étude sur la construction d'un système contentieux. Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation : trois juges pour une norme*, coll. Bibliothèque européenne Droit constitutionnel - Science politique, p. 366. Dans le même sens, voir LEBRETON, G. *Libertés publiques et droits de l'homme*, 4ème éd., Paris : Armand Colin, 1999, p. 51. Ainsi, si les libertés d'association, d'enseignement, d'aller et venir sont qualifiées de fondamentales, c'est peut-être en raison du fait que, traditionnellement en France, ces libertés sont plus populaires que la liberté de communication audiovisuelle, la liberté d'entreprendre ou le droit de propriété.

⁵⁹ MOUZET, P., Sur les revirements du Conseil constitutionnel, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 6, 2002, p. 1695.

⁶⁰ MÉTAXAS, A.-J. de, *Constitution et légitimité existentielle*, Aix-en-Provence : Librairie de l'Université, 1970, p.73.

⁶¹ DENQUIN, J.-M., « Situation présente du constitutionnalisme », *Jus Politicum, revue de droit public* 2009, n° 1, p.21

⁶² « Ces éléments de fait qui tiennent un si grand rôle dans les critiques apportées à la loi, quel compte pourrions-nous en tenir ? Les écarter serait apparemment facile au nom de la pureté du jugement en droit. Mais nous sommes plus et moins qu'une Cour constitutionnelle et il ne serait pas sain, du point de vue de l'instruction civique et du point de vue de notre rôle que, même quand nous les écartons, nous donnions le sentiment de les avoir ignorés. » Procès-verbal des 19 et 20 janvier 1981, p.4.

⁶³ Procès-verbal du 29 décembre 1986, p.19.

guère de comprendre sa capacité d'action. Une institution n'agit pas parce qu'elle est légitime. Une institution agit parce qu'elle se croit légitime. Auteur de l'action, c'est elle qui en interprète les conséquences probables. Niklas Luhmann note ainsi que « l'aspect institutionnel de la légitimité ne se loge ni dans une déduction en termes de valeur ni dans une diffusion factuelle d'une conscience commune, mais dans une présomption d'acceptation »⁶⁴. Cette dernière ne peut être absolue et définitive⁶⁵. Elle repose sur une mesure ou sur un postulat. Elle implique une réflexion des membres de l'institution sur ses fondements et sur ses causes par lesquels ils se sentent autorisés à agir. Cette appréciation de la légitimité ne précède pas forcément l'action, mais peut s'en avérer simultanément la condition et le produit. Pour l'institution, il s'agit d'évaluer la réception possible de son action⁶⁶. On a ainsi noté que lorsqu'au début des années soixante-dix le Conseil définit son rôle à travers une monopolisation de la défense des libertés, il n'évalue pas tant sa légitimité présente que celle qui pourrait découler d'une telle action.

Il convient alors de comprendre au regard de quels miroirs le juge considère sa légitimité quand il prend une décision. Le rôle des médias est alors souvent évoqué. Il y a donc loin de la réalité à l'image d'un juge isolé dans sa tour d'ivoire. Le Conseil se veut d'une certaine façon un représentant. L'idée d'une représentation du Peuple constituant tel qu'elle est appuyée par Dominique Rousseau est structurante dans les procès-verbaux⁶⁷. Toutefois, celle-ci s'appuie sur une opinion concrète présente, voire pesante, pour les juges. S'ils se font les interprètes de la volonté du Peuple⁶⁸, ce n'est qu'au regard de la légitimité qu'ils pensent avoir de s'en faire les représentants⁶⁹. Par ailleurs, comme le note le Doyen Vedel, toute critique de la doctrine entraîne une réflexion du Conseil. Celle-ci est en effet l'un des thermomètres de l'opinion que ses membres considèrent⁷⁰. Elle est également conçue comme contribuant à former l'opinion. Ce n'est toutefois pas seulement ainsi que la perçoivent prioritairement les membres du Conseil. La réflexion des professeurs de droit est également appréhendée comme une façon d'ancrer la légitimité du juge sur le mode de « l'intime coopération » selon les mots de Jean Rivero⁷¹. La référence à la doctrine entre pour eux dans le cadre d'un déterminant à leur action, celui de la revendication d'une légitimité alternative fondée essentiellement sur le droit et que viendrait sanctionner un discours scientifique sur leur décision.

B. L'appréciation de la légitimité des contre-pouvoirs encadrée par le droit

Le droit positif quand il prévoit l'existence de contre-pouvoirs doit donc se garder d'ignorer cette relation entre exercice des compétences et appréciation par les institutions de leur légitimité. Au mieux le droit serait alors condamné à régir un système virtuel ayant peu à voir avec le fonctionnement réel de celui qu'il est censé organiser. Au pire, il se condamne à devenir « *l'alibi de l'illégalité* »⁷². L'exemple du Conseil permet de comprendre comment le droit peut favoriser l'existence de contre-pouvoirs tout en encadrant les rapports entre légitimités revendiquées (1) et en s'assurant que les institutions agissant au nom du postulat de leur propre légitimité puissent se voir confortées ou rappelées dans leurs prétentions (2).

1. Une appréciation déséquilibrée par les évolutions politiques modernes

Comme le note Fabrice Hourquebie, « la surveillance réciproque des pouvoirs s'analyse, ainsi, comme une dynamique induisant un réajustement spontané et régulé du système pluraliste, par le jeu des

64 Traduit par nos soins, LUHMANN, N., *A sociological theory of law*, traduit par ALBROW M., coll. International library of sociology, London, Boston : Routledge & Kegan Paul, 1985, p.201.

65 BEETHAM, D. et LORD, C., *Legitimacy and the European Union*, London : Addison-Wesley Longman, 1998, p.9.

66 Ainsi Simone Weil avance que lorsque le Gouvernement provisoire affirme sa légitimité et agit de fait comme s'il l'était, il ne cherche pas seulement à justifier son action mais, en agissant, à faire accepter son existence. WEIL, S., « Légitimité du gouvernement provisoire », dans WEIL S., *Écrits de Londres et dernières lettres*, coll. Espoir, Paris : Gallimard, 1957.

67 ROUSSEAU, D. et VEDEL G., *Droit du contentieux constitutionnel*, 10^{ème} éd., Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2013, pp.556-558.

68 ROUSSEAU, D. (dir.), *La Démocratie continue : actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCOP avec le parrainage [sic] de l'Association française de science politique, 2-4 avril 1992*, Paris : L.G.D.J ; Bruxelles : Bruylant, 1995, p.10

69 Comme le note Fabrice Hourquebie « l'émergence de la démocratie d'opinion contre logique représentative-traditionnelle, préfigure l'entrée dans une démocratie plus vertueuse, ou ressentie comme telle, par les acteurs et les représentations collectives ou citoyennes. Dans ce cadre, la justice s'émancipe du Gouvernement, pour chercher un appui légitimant dans l'opinion publique. » HOURQUEBIE F., *Le juge sous la Ve République, entre pouvoir et contre-pouvoir, op.cit.*, p.203

70 VEDEL, G., « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 1, 1989, p. 14.

71 RIVERO, J., « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1995, p. 35.

72 COHENDET, M.-A., *La cohabitation : leçons d'une expérience*, coll. Recherches politiques, Paris, Presses universitaires de France, 1993, p.260.

pouvoirs et contre-pouvoirs, comme un jeu de rôles. »⁷³ Ce jeu de rôles est marqué par un rapport de légitimité. Comme on l'a noté, c'est la revendication d'une légitimité singulière qui permet à l'institution d'agir et de s'opposer. L'équilibre du système politique n'est pas seulement envisageable à travers un rapport de fonction prévue, mais aussi à travers un rapport de compétences effectivement exercées⁷⁴.

Le problème essentiel qui se pose à un contre-pouvoir comme le Conseil est que le postulat de légitimité à partir duquel il s'autorise à affirmer son rôle peut apparaître comme bien plus fragile que celui dont se revendiquent d'autres institutions. Les contre-pouvoirs, notamment en France, sont généralement conçus à travers une distanciation de l'opinion publique. C'est une idée saine en ce qu'un contre-pouvoir doit freiner les emballements politiques de moment afin d'assurer la stabilité des cadres de la démocratie. Il n'est pas un antidote à la souveraineté du Peuple, mais à l'humeur versatile de l'opinion. Mais dès lors que pour s'autoriser à agir les institutions se réfèrent avant tout à cette même opinion, l'efficacité du système peut être remise en cause. C'est là une dynamique moderne qui a beaucoup servi le renforcement des exécutifs. C'est notamment un facteur majeur de la présidentialisation de la Cinquième République comme le relèvent Jean-Paul Payre⁷⁵ et Marie-Anne Cohendet⁷⁶ et ce notamment au regard d'une confusion, voire d'une fusion, des registres de légitimité dans le cadre de l'élection au suffrage universel direct du chef de l'État⁷⁷. L'appréciation de la légitimité étant là encore confiée à celui qui s'en revendique⁷⁸, l'interprète de la norme a alors tout intérêt à présenter cette dernière comme floue pour mieux s'en prévaloir⁷⁹. La fonction confiée par le droit à un organe devient alors un rôle duquel son titulaire tire une légitimité suffisante pour mieux interpréter la norme selon son intérêt. Dans cette lutte le Conseil se présente avec des armes inégales. Outre le problème de l'élection, la légitimité du Pouvoir exécutif est liée à une évolution des structures de représentation favorisant non tant la représentativité que l'efficacité gestionnaire de l'action publique⁸⁰ et l'incarnation personnelle de la communauté agissant⁸¹. Bruno Dauger diagnostique ainsi une « *présidentialisation de la volonté électorale* »⁸² unissant dans le programme présidentiel choix populaire et action individuelle. Le pouvoir exécutif ne doit pas être conçu comme central pour des raisons inhérentes à sa place dans l'ordre juridique, mais par sa prédisposition à incarner l'unité et l'action collective. Sa légitimité ne dérive pas de sa représentativité, c'est au contraire parce qu'il est conçu comme légitime qu'il est ressenti comme représentant selon une logique moderne qui caractérise tant les régimes démocratiques que totalitaires⁸³.

Paradoxalement, une telle approche qui semble condamner la capacité d'action des contre-pouvoirs les rend aussi plus nécessaires. Un pouvoir se sentant par trop légitime aurait en effet tôt fait de suspendre au regard de cette même légitimité la légalité à son profit. Carl Schmitt souligne ainsi que « *l'ordre juridique repose sur une décision, et non sur une norme* »⁸⁴. Le risque décisionniste n'est donc pas seulement conceptuel, il dérive de la nature même du phénomène d'interprétation⁸⁵. Ainsi, Olivier Beaud affirme que la dictature selon Schmitt « *n'a pas besoin de révision de la constitution, car l'interprétation lui suffit* »⁸⁶. Si le rapport de légitimité peut équilibrer le système politique, il a tendance historiquement

⁷³ HOURQUEBIE F., *Le juge sous la Ve République, entre pouvoir et contre-pouvoir*, op.cit., p.68

⁷⁴ Comme cela a notamment bien été étudié concernant les rapports entre le Gouvernement et la Cour constitutionnelle en Argentine. RUIBAL, A. M., "Self-Restraint in Search of Legitimacy: The Reform of the Argentine Supreme Court", *Latin American Politics and Society*, vol.51-n°3, 2009, pp. 59-86.

⁷⁵ PAYRE, J.-P., « Pouvoirs discrétionnaires et compétences liées du président de la République », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1981, p.1643.

⁷⁶ COHENDET, M.-A., « Légitimité, effectivité et validité », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril : la République*, Paris : Montchrestien, 2001, p.233.

⁷⁷ COHENDET, M.-A., *La cohabitation : leçons d'une expérience*, op.cit., p.257.

⁷⁸ Ainsi note-t-elle que c'est François Mitterrand qui « *va justifier son autorité et sa position exceptionnelle d'incarnation de l'État* » pour s'autoriser d'une interprétation extensive de ses prérogatives durant la première cohabitation. *IBID*, p.258.

⁷⁹ ROMI, R., « Le président de la République, interprète de la Constitution », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1987., p.1273.

⁸⁰ DURAN, P., « Légitimité, droit et action publique », *L'Année sociologique*, vol.59-n° 2, 2009, pp.303-344.

⁸¹ GAUCHET, M., « Necker, une lecture politique de la Révolution », dans *La condition politique*, coll. Tel, n° 337, Paris : Gallimard, 2005, p.268 voir aussi FREUND, J., *L'essence du politique*, Paris : Dalloz, 2004, p.328.

⁸² DAUGERON, B., « De la volonté générale à la volonté électorale : réflexion sur l'électoralisation de la volonté collective », *Jus Politicum, revue de droit public*, vol. VI, 2014, p.59

⁸³ Voir MANENT, P., « Le totalitarisme et le problème de la représentation politique », dans *Cours familial de philosophie politique*, 1^{er} éd., coll. tel, n° 332, Paris : Gallimard, 2001, p.90.

⁸⁴ SCHMITT, C., *Théologie politique : 1922, 1969*, traduit par Jean-Louis SCHLEGEL, Paris : Gallimard, 1988, p.20.

⁸⁵ Sur l'actualité d'une telle conception et ses dangers, voir CAMY, O., « Le retour au décisionnisme : l'exemple de l'interprétation des pratiques constitutionnelles par la doctrine française », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 4, 1996, p.1026.

⁸⁶ BEAUD, O., *Les derniers jours de Weimar : Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, coll. « Droit », Paris : Descartes, 1997, p.240.

à le dérégler. Cette légitimité perçue qui est à la base de l'action effective des contre-pouvoirs en représente également la principale limite. Elle est à la source d'un rôle institutionnel propre, mais elle interdit également à l'institution d'occuper, en tous les domaines, son rôle de contre-pouvoir.

2. Une appréciation rééquilibrée par le droit

Partant du constat que le Conseil exerce de façon restrictive ou extensive les compétences que lui confie le droit au regard d'une légitimité qu'il postule, il convient de penser comment le droit peut encadrer les conditions qui conduisent à un tel postulat afin d'envisager plus avant comment ce dernier peut prévoir des contre-pouvoirs effectifs. Une telle approche loin de dessaisir le droit, lui ouvre au contraire de nouveaux champs d'action. Le contrôle démocratique des institutions ne doit en effet pas seulement être pensé, classiquement, par le biais de l'élection, mais aussi par l'intermédiaire d'une rétroaction conduisant les institutions à agir ou à s'autolimiter.

Un contre-pouvoir efficace doit pouvoir s'éprouver au regard du peuple et du citoyen, source fondatrice de légitimité en régime démocratique. Malgré ses efforts de communication, il faut constater que le Conseil constitutionnel n'est guère armé pour une telle action. Privés de capacité de coaction populaire, les juges restent subordonnés à un système démocratique médiatisé. Pourtant, s'ils représentent avant tout des pouvoirs d'empêcher ils ont su tirer parti de leur compétence pour incarner une résistance. Reste que cette dernière gagnerait à être fondée sur des instruments plus efficaces. Le Conseil constitutionnel pourrait se voir attribuer une capacité d'incarner une action comme contre-pouvoir à travers l'autosaisine ou la saisine directe *ultra petita* par un particulier ou *via* pétition. Il faut tout de même noter que la réforme constitutionnelle de 2008 représente ici un progrès certain en rapprochant le Conseil des citoyens par le biais de la Question prioritaire de constitutionnalité. Reste que si créer plus de contact entre le Peuple et le juge peut permettre de renforcer l'appréciation que ce dernier a de son rôle, il ne l'aide que très imparfaitement à se faire une idée juste de sa légitimité. L'élection reste en la matière et malgré ses nombreux défauts la solution la plus viable. Comme le propose Dominique Rousseau⁸⁷, une élection par une majorité qualifiée de parlementaires permet de garantir à la fois une forte légitimité à l'institution tout en limitant sa politisation. Elle offre par ailleurs l'occasion d'un débat public sur ce que doit être l'institution. Si les membres ne sont pas individuellement responsables, l'institution et le rôle qu'elle s'arroge sont réinterrogés et remis en cause à chaque élection. Par-là peut se concevoir une forme de responsabilité institutionnelle qui tend à sanctionner non des individus, mais le rôle que collectivement ils perpétuent. Elle respecte l'indépendance des membres tout en interrogeant l'évolution de l'institution. Là encore toutefois, la réforme de 2008 peut être vue comme un progrès à travers le contrôle des nominations du président de la République par les Commissions parlementaires. Gageons néanmoins qu'en la matière elle reste fort insuffisante.

Toutefois, à travers cette responsabilité la mise en place d'une responsabilité de l'institution au-delà même de ses membres, il ne s'agit pas tant de renforcer la légitimité de l'institution que de permettre à cette dernière de l'évaluer. On note que le sentiment d'une faible légitimité des membres du Conseil constitutionnel n'est pas forcément quelque chose de nuisible à leur rôle de juge constitutionnel. À la différence des juges américains⁸⁸, la dépolitisation et le souci de fonder juridiquement sa légitimité sur une compétence et la défense du texte de la Constitution montrent que la nomination fait évoluer les conceptions du rôle dans un sens différent de celui de l'élection ; ces modalités doivent donc être pensées avec soin. On peut arguer, ou non, qu'élection et nomination sont porteuses d'une même légitimité ; dans les faits la seconde conduit à un sentiment plus net de précarité qui borne le juge à se vouloir avant tout un juge et non un militant. Le droit positif se doit d'organiser un système en tenant compte de la légitimité des organes dans un rapport harmonieux avec le pouvoir accordé et la responsabilité exigée des autres institutions⁸⁹. Un rapport disproportionné est facteur d'une inadéquation entre la norme et la manière dont ceux qui l'interprètent en usent. Une légitimité en deçà des pouvoirs dévolus à une institution entraîne son renoncement à leur exercice. Une légitimité supérieure aux pouvoirs confiés par le droit positif conduit une institution à s'affranchir de ce dernier. Un manque de responsabilité politique biaise l'appréciation par une institution de sa légitimité la conduisant à s'affranchir ou à surestimer les limites qui bornent son action. Il convient donc de comprendre comment les institutions se revendiquent

⁸⁷ ROUSSEAU, D., Pour une Cour constitutionnelle ?, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 1-2, 2002, p. 373.

⁸⁸ Pour une revue synthétique voir notamment : BURGESS, S. R., « Beyond Instrumental Politics: The New Institutionalism, Legal Rhetoric, & Judicial Supremacy », *Polity*, Vol. 25, n° 3, 1993, pp. 445-459.

⁸⁹ COHENDET, M.-A., *Droit constitutionnel*, 1^{er} éd., coll. Cours, Paris : L.G.D.J. Lextenso éd., 2013, pp.160-161.

de leur légitimité et l'appréhendent. Ce faisant, loin d'y souscrire, l'on se garde d'une approche décisionniste en développant les instruments permettant de penser le rapport instrumental à une légitimité dont l'appréciation ne saurait renvoyer à autre chose qu'à la subjectivité de ceux qui s'en revendiquent. L'excès de modestie de la doctrine en la matière pourrait s'avérer plus qu'une erreur, une faute. C'est en effet en développant un discours sur le droit qui n'est ni celui des médias ni celui des sondages d'opinion qu'il est possible de donner à l'institution des raisons d'agir. Par ailleurs si les institutions agissent en se targuant d'une légitimité qu'elles jugent plus forte que le droit, il est du devoir de la doctrine de révéler la supercherie qui voudrait qu'une telle action découle de ce dernier. Certes, il ne faut pas se leurrer sur le caractère instrumental que revêtent les normes pour les acteurs politiques⁹⁰. Mais elles sont aussi des balises entre lesquels s'ouvrent les champs des possibles⁹¹, qui orientent plus qu'elles n'encadrent⁹², le travail de légitimation des institutions⁹³. En cela, la doctrine, dont on a vu qu'elle était un des éléments qui comptait dans l'appréciation de sa légitimité par le Conseil, a un rôle crucial à jouer dans ce savant équilibre.

90 CHEVALLIER, J., « Pour une sociologie du droit constitutionnel », dans *L'architecture du droit, Mélanges Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 296 ; COMMAILLE J., DURAN, P., « Pour une sociologie politique du droit : présentation », *L'Année sociologique*, vol.59, n° 1, 2009, p.14.

91 Comme le reconnaît Kelsen, le texte n'offre qu'un cadre qui sera ensuite interprété par ce qui est selon lui un acte de volonté. KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Trad. française de la 2^{ème} éd. de la Reine Rechtslehre, traduit par Charles EISENMANN, coll. La pensée juridique, Paris : Bruylant-LGDJ, 1999, pp.337-339.

92 TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, 1^{er} éd, coll. Léviathan, Paris : Presses universitaires de France, 1994, p.108-127.

93 Le droit compte pour les membres du Conseil définissant leur rôle car leur légitimité en dérive. Mais fort d'une légitimité historique et charismatique incontestable, le général de Gaulle se revendiquera également en utilisant l'article 11 pour réviser la Constitution. BRANCHET, B., « L'article 11 et le respect de la Constitution de 1958 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 6, 1990, p.1722.