

QUE RESTE-T-IL DE LA VOLONTÉ GÉNÉRALE ?
Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français

Pierre Brunet
Professeur à l'Université Paris X-Nanterre
Centre de « Théorie et Analyse du Droit »
UMR CNRS 7074

Pouvoirs, n°114, sept. 2005, p. 5-20

Si elle était posée à un sociologue, qui plus est politique, la question appellerait probablement une réponse en termes d'individualisme contemporain et on peut parier qu'il serait vite question de contestation de l'universalisme, de la fin de l'illusion jacobine, de tribalisation du social, de différencialisme reconnaissant, d'enchevêtrement des champs sociétaux voire de désenchantement du monde sinon de régression démocratique... Las ! La question est aujourd'hui posée à un juriste. Voudrait-il, le temps d'une réponse, se faire sociologue qu'il ne parviendrait pas à convaincre de son aptitude à parler une langue qu'au demeurant il apprécie. Au risque de décevoir, il faut donc revenir à des perspectives plus modestes et, aux cimes de la sociologie, préférer les abîmes du droit.

D'abîmes, justement, il s'en ouvre dès lors que surgit l'expression « volonté générale » car nul ne sait très bien comment la définir. C'est qu'elle ne désigne rien de précis en même temps qu'elle évoque spontanément cet âge prétendument d'or d'une Révolution pleine de grâces ou celui d'une République enfin débarrassée de la menace monarchique, confiant à son Parlement, devenu indissoluble, le pouvoir de faire la loi sans lui refuser celui de réviser la Constitution. Or, disons-le d'emblée : cet âge est révolu. La souveraine d'hier fut enterrée dans le cercueil de la Constitution de 1958 sur lequel le Conseil constitutionnel vint délicatement poser un *obiter dictum* : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹ avant – ultime avatar d'une rationalisation du

¹ Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

parlementarisme devenue rationalisation de la loi – de lui reprocher d’être trop bavarde ou pas (assez) normative². Fin d’une époque.

Rideau ? Pas si vite. Nul n’est tenu d’entendre la « volonté générale » exclusivement en ce sens-là : elle n’a pas toujours ni seulement servi à justifier la souveraineté d’un Parlement, fût-il républicain ; elle a également fourni une justification au caractère obligatoire du droit. En quel sens ? Il faut tout de suite se méfier du présupposé largement répandu qui voudrait qu’un « principe » – une affirmation « de principe » – n’ait qu’une signification de sorte qu’on pourrait en faire découler logiquement quelque espèce de conséquences³. Pour se défaire de cette illusion, le meilleur moyen est encore de renverser les termes du problème : la signification d’un principe dépend de l’usage que l’on en fait et un principe n’a pas de signification en dehors de cet usage. Mieux vaut donc partir des normes que l’on rattache à ce principe et non de celles qu’on pourrait logiquement déduire.

Dans la conception légicentriste de 1789, la loi est l’expression de la volonté générale en trois sens : parce qu’elle est l’expression d’une volonté, elle sera réputée être produite – et non déduite – par ceux-là mêmes qui y seront soumis ou leurs représentants au terme d’une délibération, « mélange des volontés individuelles » que Sieyès aimait comparer à une « espèce de fermentation »⁴ ; parce que cette volonté

² Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d’orientation et de programme pour l’avenir de l’école*.

³ Ainsi, quantité d’écrits tendent à considérer que dès l’instant où les révolutionnaires avaient posé (en juin 1789) que la loi serait l’expression de la volonté générale, ils eussent dû admettre dans la foulée un exercice direct de la souveraineté et non un exercice de cette dernière délégué à des représentants. La thèse inverse existe aussi : puisqu’ils avaient décidé que la loi exprimerait la volonté générale, ils devaient nécessairement confier l’exercice du pouvoir législatif à des représentants seuls aptes à identifier une volonté véritablement générale. Dans les deux cas, le raisonnement repose sur la même illusion – toute dogmatique – selon laquelle l’affirmation d’un principe juridique appellerait une seule et même application au motif – tout aussi dogmatique – qu’un principe ne peut avoir qu’une seule et même signification.

⁴ Emmanuel Joseph Sieyès, Archives Parlementaires, 7 septembre 1789, t. VIII, p. 545.

est générale, nul ne pourra se dire le jouet du caprice d'un seul ou de quelques-uns ni ne pourra voir dans cette volonté le moyen de satisfaire une revendication particulière ou individuelle ; enfin, parce que la loi exprime la volonté générale, alors tout le droit sera compris dans la loi et tout acte émanant d'un autre organe sera réputé en être l'application : ainsi, quelle que soit la part que prendrait la volonté dans les actes des administrateurs et des juges, ils ne pourraient revendiquer cette expression d'une volonté générale car seule la loi possède un caractère initial. « Fiction sur fiction⁵ » ? Certainement. Mais, comme toutes celles qui peuplent le monde du droit, cette fiction répondait à une nécessité. La fiction a vécu, pas la nécessité : d'autres justifications sont apparues qui renouvellent aussi bien la hiérarchie des normes que celles des organes. Dans tous les cas, il n'y a plus beaucoup de place pour une loi entendue au sens d'une volonté initiale, impersonnelle et produite par délibération : parce que la loi doit être conforme à la Constitution, elle doit être contrôlée conformément à la Constitution ; parce que la volonté générale réside dans la Constitution, ceux qui en assurent le respect apparaissent à certains comme des représentants.

La volonté générale conformément à la Constitution

Qui ne pourrait douter que la loi a perdu son caractère initial ? Et au profit de quel acte ? Au premier plan, très certainement la Constitution : le fameux *obiter dictum* de 1985 semble ici tout dire qui fait passer la Constitution devant la volonté générale et pose que la loi ne tire sa légitimité que de sa conformité à la Constitution. C'est encore en vertu de la conformité à la Constitution que le juge constitutionnel exige désormais que la loi soit réellement normative comme s'il était illégitime d'y trouver des déclarations de principe, comme si le législateur devait se borner à tirer les conséquences de la Constitution. C'est toujours en vertu de la Constitution que les juges du fond ont accepté de contrôler la conformité à des traités d'une loi postérieure. En bonne logique, la loi devrait donc toujours pouvoir être contrôlée. Il reste pourtant au moins deux hypothèses dans

⁵ Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit*, Flammarion, 1997, p. 39.

lesquelles la logique ne s'applique pas : les lois référendaires et l'écran législatif. Comment expliquer ces exceptions ?

On le sait, le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour connaître des lois référendaires ordinaires et ce, alors que tout le monde semble d'accord pour considérer qu'elles pourraient être contrôlées au même titre que les autres. Deux raisons sont avancées. D'une part, l'introduction du référendum dans le texte de 1958 ne modifiait pas nécessairement la conception de la représentation. D'autre part, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen justifie aussi bien la production de la loi par des représentants que par référendum. Le Conseil constitutionnel aurait donc très bien pu reprendre à son compte l'analogie qui fonde le système constitutionnel français depuis 1789 et selon laquelle la loi est l'expression de la volonté générale quel que soit son auteur – peuple ou représentant – et quel que soit le mode – direct ou indirect – d'expression de cette même volonté. Il aurait de même pu se fonder sur le « sens » du contrôle de constitutionnalité et admettre que, si un organe doit contrôler la conformité des lois à la Constitution, il doit contrôler toutes les lois quel qu'en soit l'auteur. Or, le Conseil n'a pas raisonné ainsi mais a préféré considérer que la lettre de la Constitution comportait une lacune à laquelle on pouvait remédier en recourant à son esprit lequel, soit parce qu'il confie au Conseil constitutionnel un rôle de « régulateur des pouvoirs publics », soit parce qu'il établit un « équilibre des pouvoirs » empêche le Conseil constitutionnel de contrôler les lois référendaires qui sont « l'expression directe de la souveraineté nationale »⁶. D'où il résulte, d'une part, que le peuple qui exerce directement sa souveraineté n'est pas un pouvoir public dont l'activité aurait besoin d'être « régulée », de l'autre, que le contrôle de cet exercice porterait une atteinte à l'équilibre des pouvoirs.

Le résultat de cette jurisprudence est paradoxal : d'un côté, le dogme de la loi expression de la volonté générale au sens d'une volonté

⁶ Décision n° 62-20 du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* et Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*.

initiale est ici entamé parce que le Conseil constitutionnel établit une distinction, sinon une hiérarchie, entre les lois ordinaires selon qu'elles émanent du peuple ou de ses représentants ; de l'autre, cette hiérarchie le conduit à soustraire une loi ordinaire à son contrôle ce qui signifie que la loi pourra être promulguée sans que sa constitutionnalité n'ait été vérifiée. On pourrait ne voir dans cette justification que le résultat d'une habileté politique du Conseil constitutionnel ou encore la reconnaissance de ce que la loi, adoptée par référendum, est bel et bien l'expression d'une volonté véritablement générale. Mais il est à peine besoin d'entrer dans cette discussion. À bien y regarder, le choix du Conseil constitutionnel était le suivant : soit il acceptait de contrôler les lois référendaires, et il pouvait justifier sa compétence en tirant argument de ce que, référendaire ou non, la loi peut être soumise à son contrôle ; soit il refusait de contrôler mais alors il ne pouvait juridiquement pas justifier son incompetence autrement qu'en brisant l'analogie classique, sans quoi il était conduit à reconnaître qu'il n'avait pas plus de raison de contrôler les lois parlementaires que celles référendaires. Autrement dit, renoncer au contrôle des lois référendaires restait le meilleur moyen de justifier l'exercice d'un contrôle à l'égard des lois parlementaires ; abandonner l'analogie classique se révélait moins coûteux que de la conserver. On mesure ainsi combien l'idée que la loi référendaire n'est pas susceptible de contrôle doit beaucoup au principe d'un contrôle de constitutionnalité et fort peu à celui de la volonté générale.

Par ailleurs, si la loi doit être conforme à la Constitution pour pouvoir prétendre à la volonté générale, on comprend mal que les juges du fond n'en contrôlent pas la conformité à la Constitution.

Il n'est pas utile de revenir sur l'évolution du contrôle dit de conventionnalité. On sait que la Cour de Cassation, depuis 1975, et le Conseil d'État depuis 1989, acceptent d'écarter la loi postérieure contraire à un traité antérieur en cas de contrariété entre les deux. Précisons que ce contrôle de conventionnalité ne découle aucunement de ce que les traités exprimeraient la volonté générale mais de ce que le juge se sent constitutionnellement tenu de les faire prévaloir sur la loi en vertu de la Constitution (article 55). C'est également en vertu de

cette supériorité incontestée de la Constitution que les juges se refusent à examiner le moyen tiré de la contrariété entre une disposition constitutionnelle et un traité international⁷. Pour autant, ces juges continuent de se déclarer incompétents lorsqu'ils sont saisis d'un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi. Comment, en effet, expliquer autrement que par le poids de la volonté générale le maintien de l'écran législatif interne⁸ ? On ne saurait trop vite écarter tout ce que la prudence des juges doit au respect envers le Parlement. Il n'en demeure pas moins que cette prudence peut être tempérée par d'autres éléments et qu'elle procède sans doute d'une contrainte juridique.

Pour ce qui est du Conseil d'État, la réserve dans laquelle il se tenait vis-à-vis des assemblées parlementaires a subi quelques tempéraments. Ainsi, accepte-t-il désormais de contrôler les actes de ces assemblées. Du moins, certains seulement : le Conseil d'État n'a pas suivi son commissaire du gouvernement de l'époque qui lui proposait de poser en principe que les actes des services des assemblées parlementaires devaient tous être considérés comme des actes administratifs parce qu'émanant d'organes administratifs ; il a préféré la douceur d'un rattachement de ces actes à des contrats administratifs qui leur confèrent, en retour, un caractère administratif⁹. Au travers de cet exemple, en apparence minuscule, que mesure-t-on : le poids de la volonté générale ou la diplomatie avec laquelle le Conseil d'État s'émancipe de vieilles lunes ? Plutôt une pratique courante qui consiste à ne pas se débarrasser de catégories juridiques tant qu'elles n'ont pas fait la preuve de leur complète inutilité car, même vides, elles peuvent toujours servir¹⁰. Quoi qu'il en soit, le Parlement est de peu de poids dans cette affaire.

⁷ V. CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher* et Cass., plén., 2 juin 2000, *Mademoiselle Fraisse*.

⁸ René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, §96.

⁹ CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec. 42, concl. Bergeal et *RFDA* 1999, p. 333.

¹⁰ C'est cette même raison qui explique que le Conseil d'État conserve les mesures d'ordre intérieur, les actes de gouvernement, etc.

Et pour ce qui est du maintien de l'écran législatif interne ? Des voix se font entendre aujourd'hui au sein de la juridiction administrative en faveur d'un revirement de jurisprudence qui tirerait toutes les conséquences de la jurisprudence *Nicolo*¹¹ au motif que les arguments traditionnels justifiant le maintien de l'écran législatif ont vieilli. Ces derniers sont au nombre de trois : la séparation des pouvoirs que l'on déduit de la loi des 16 et 24 août 1790, le dogme de la volonté générale que l'on tire de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, enfin, la compétence du Conseil constitutionnel telle qu'elle résulte de l'article 61 de la Constitution. Or, ni la loi de 1790 ni l'article 6 de la Déclaration n'ont empêché le juge de se considérer habilité par l'article 55 de la Constitution pour écarter une loi nationale postérieure au profit d'un acte international valide antérieur. Certes, l'interprétation de l'article 55 permettait de se soustraire à la délicate question de la séparation des pouvoirs en situant le problème à un niveau constitutionnel. Et il est vrai qu'aujourd'hui aucune disposition constitutionnelle ne semble pouvoir fournir au juge un fondement pour une interprétation tendant à justifier ce même pouvoir d'écarter la loi au profit de la Constitution. Sauf à admettre que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution. On voit alors surgir le dernier argument tiré de l'article 61 de la Constitution : parce qu'il confère au Conseil constitutionnel le contrôle de la constitutionnalité des lois avant leur promulgation : le Conseil disposerait d'un monopole en la matière. Mais cette même idée ne peut être défendue bien longtemps pour trois raisons. D'une part, quand bien même on l'admettrait ce monopole ne porterait que sur le contrôle *a priori* et abstrait de la loi et non sur celui *a posteriori* et concret. D'autre part, nul ne peut plus contester que d'un point de vue matériel, le contrôle de conformité de la loi aux traités que le juge du fond a pris l'habitude d'opérer ressemble à s'y méprendre à un contrôle – matériel – de la constitutionnalité des lois : si monopole il y avait, il ne serait dès lors que formel. Enfin, en l'état actuel des choses, le juge du fond étant le juge des mesures

¹¹ On pourrait se référer aux conclusions de Catherine Bergeal citées *supra*. Pour un exemple plus récent ; v. Alain Guedj, concl. sur TA Paris, 25 novembre 2003, *Epoux Maurice*, *RFDA* 2004, p. 782-785.

d'exécution de la loi, il pourrait donner à son contrôle de constitutionnalité de la loi promulguée toute son efficacité.

Aussi convaincante soit-elle, la critique de ces arguments ne parvient pas à ébranler une jurisprudence constante et fréquemment rappelée. On leur en oppose un autre, pour le moins non négligeable : la compétence du juge ne résulte et ne pourrait résulter que d'une habilitation constitutionnelle¹². Autrement dit, de même que la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, de même, le juge ne contrôle la loi que dans le respect de la Constitution. Il n'y a là rien d'étonnant. En effet, depuis quelques années, que voit-on, sinon l'expansion apparemment inéluctable du contrôle du juge administratif au nom des « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes ». Aujourd'hui, ces exigences servent au Conseil d'État à justifier un contrôle toujours plus approfondi des circulaires en même temps qu'une ouverture plus souple du recours pour excès de pouvoir contre elles. Elles justifient également le contrôle que le Conseil d'État exerce en matière d'actes internationaux. Reste que la situation est paradoxale : les « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes » qui découlent de l'article 55 de la Constitution justifient que l'on écarte une loi contraire à un texte international mais non l'application d'une loi contraire à la Constitution elle-même. Il ne suffit donc pas à une constitution d'être telle pour prévaloir sur la loi, encore faut-il qu'elle contienne en son sein une disposition posant en principe sa propre supériorité sur celle des lois. Mais alors à quoi sert une constitution dont on assure

¹² B. Genevois, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA* 2000, p. 715-724. Doit-on y voir une piqure de rappel à l'attention de commissaires de gouvernement en mal de sensations fortes ? L'un des derniers arrêts en la matière introduit un nouvel argument tiré de l'intention tant du constituant que du Conseil d'État lui-même, v. CE, 5 janvier 2005, *Melle Deprez et autre* : « Considérant que l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application ».

pourtant la primauté à l'aide d'un contrôle de constitutionnalité ? On voit bien ce qu'a de politique un tel raisonnement juridique car il serait, juridiquement, plus cohérent de tirer les conséquences d'une contrariété de la loi à la Constitution en écartant son application. Or, précisément, ce sont ces mêmes exigences qui expliquent ou du moins justifient que le Conseil d'État ne franchisse le Rubicon : il ne peut, pour le moment, se fonder sur une habilitation expresse émanant du pouvoir constituant parce que les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes s'imposent aussi à celui qui les posent. Tout porte donc à croire que cet ultime verrou que constitue l'écran législatif remplit la même fonction que celui du tableau de Fragonard : on le montre pour mieux souligner ce qu'il permet, non ce qu'il interdit¹³. Le recours à ces « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes » pourra servir de ressources argumentatives à un éventuel changement de cap jurisprudentiel le moment venu, encore faut-il que le Constituant se décide¹⁴. Mais là encore, en aucun cas l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ni le dogme du Parlement législateur ne parviennent à tempérer les ardeurs des juges et la justification invoquée semble témoigner, de façon éclatante, de ce que la constitutionnalisation a définitivement frappé les esprits.

Ce contrôle de la loi au regard de la Constitution et la suprématie dont jouit cette dernière rendent plus délicate l'identification de ceux qui expriment la volonté générale et sont susceptibles d'agir comme des représentants.

La représentation dans l'application de la Constitution

Dès lors qu'on place la Constitution au sommet d'une hiérarchie de normes qui se donne comme immuable, on est contraint de revoir les

¹³ Daniel Arasse, *Histoires de peintures*, Paris, Denoël-France Culture, 2004, chap. 24 : « Le rien est l'objet du désir ».

¹⁴ Notons que le constituant a effectivement statué sur l'exception d'inconstitutionnalité pour, finalement, ne pas l'adopter, de sorte que ne pas contrôler la conformité à la Constitution des lois promulguées c'est se conformer à la volonté du constituant.

modes de justification de certaines fonctions. C'est le cas tant pour le juge constitutionnel que pour le Président.

Depuis que la volonté générale est passée de la loi dans la Constitution, la question qui se pose est la suivante : comment rendre compte de la fonction du juge constitutionnel ? Pour les uns, le Conseil constitutionnel n'est somme toute rien d'autre qu'un juge, à peine extraordinaire, qui se borne à indiquer au législateur la voie à suivre – constituante ou législative – ou à lui rappeler les règles du Code de la route¹⁵. Curieusement, cette conception laisse entendre que la Constitution ne serait qu'une règle du jeu, d'application purement mécanique. Elle reste pourtant fragile sinon contradictoire car on justifie bien souvent la présence de ce juge au motif que, précisément, cette règle du jeu contient des valeurs fondamentales. Il faudrait d'ailleurs faire preuve d'une grande naïveté ou d'une belle mauvaise foi pour ne pas reconnaître que la Constitution n'est plus considérée en France comme une simple règle technique et ce, au moins depuis une certaine décision de 1971. Pour les autres, le juge constitutionnel en France comme partout ailleurs se distingue des autres juges parce que ses décisions ont un caractère politique – elles expriment des choix de valeurs – et sont fondées sur des dispositions que le juge a le pouvoir d'interpréter librement. À vrai dire, ce second élément n'est pas propre au juge constitutionnel : tout juge placé au sommet d'une hiérarchie juridictionnelle se trouve dans cette position¹⁶. Mais tandis qu'une loi ordinaire peut avoir raison de sa décision, celle du juge constitutionnel n'a à craindre que la Constitution. Quant au choix de valeurs, il semble également peu contestable quoi que l'on puisse douter que les juges « du fond » n'aient pas eux aussi à en faire. N'est-

¹⁵ Louis Favoreu (« Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDJ*, 1967, p. 5 s.) et Georges Vedel (« Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 45, 1988, p. 149 s.) parlaient d'aiguilleur. Guy Carcassonne parle de gendarme (v. *La Constitution*, Seuil, 2004, §379).

¹⁶ On pourrait même montrer que, si le pouvoir d'interprétation consiste dans la faculté qui est laissée au juge de choisir librement parmi les différents sens d'un énoncé, alors, ce pouvoir est très largement partagé par tous les juges, quels qu'ils soient.

ce pas le cas lorsqu'ils écartent la loi nationale au profit de conventions internationales qui consacrent elles-mêmes des droits dits fondamentaux au profit des citoyens ? Voire lorsqu'ils font produire à ces mêmes conventions des effets directs au nom de la précision de ces textes (ou au contraire lorsqu'ils s'y refusent au nom de leur imprécision) ? On mesure ici tout l'intérêt qu'ont les juges à dissimuler leur pouvoir derrière le paravent du respect scrupuleux de la Constitution.

Si l'on retient que la Constitution n'est pas qu'une règle du jeu mais qu'elle comporte une dimension politique, on comprend que certains en viennent aujourd'hui à considérer le Conseil constitutionnel comme un « représentant » du peuple. Encore faut-il distinguer deux thèses. La première part de l'idée que la coexistence d'un contrôle de constitutionnalité et d'un principe tel que celui de l'article 6 de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen contraint à rendre compte du rôle du Conseil constitutionnel comme d'un colégislateur : le pouvoir d'empêcher la promulgation d'une loi votée dont dispose le Conseil constitutionnel ne serait que le revers du pouvoir de vouloir du Parlement. Compte tenu du système dans lequel il s'insère, et sauf à considérer que le Conseil constitutionnel exprime une volonté particulière – ce pouvoir ne pourrait être justifié autrement qu'en voyant dans le Conseil constitutionnel un représentant du peuple-législateur¹⁷. La seconde considère que le contrôle de constitutionnalité des lois a profondément modifié le sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789, comme l'atteste l'*obiter dictum* de 1985 : la Constitution s'est substituée à la loi ; ce ne serait plus la seconde mais la première qui exprimerait la volonté générale de façon inconditionnée ; le souverain ne serait plus le législateur mais le constituant, or, c'est la volonté de ce dernier, en tant qu'elle découle de la Constitution même, que le Conseil constitutionnel oppose au

¹⁷ Michel Troper, « Le juge constitutionnel et la volonté générale » (1999), in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, p. 215 s.

législateur, donc le Conseil constitutionnel serait un représentant du peuple-constituant¹⁸.

Au cœur de la divergence on trouve en réalité deux conceptions très différentes de la « représentation ». Pour l'une, le représentant est celui qui veut pour la nation, de façon initiale et inconditionnée, c'est-à-dire que le représentant est l'autorité juridique qui exerce un pouvoir politique. Pour l'autre, le représentant est celui qui reproduit une volonté existante et à laquelle on accède par le truchement d'un texte qui en est la traduction ou la manifestation. Ainsi, les deux thèses ne sont pas contradictoires puisqu'elles ne parlent pas de la même chose. Elles sont, en revanche, révélatrices des dilemmes auxquels nul n'échappe lorsqu'il s'agit de rendre compte de la fonction du juge constitutionnel français¹⁹ : soit on conserve le concept de représentation forgé sous la Révolution et on rattache son action à la fonction législative, mais on se heurte à l'objection tirée de ce que le concept de représentation d'hier ne correspond plus à la réalité d'aujourd'hui – la loi n'étant l'expression générale que dans le respect de la Constitution ; soit on rattache le juge constitutionnel à la fonction constituante. Dans ce dernier cas, un second dilemme surgit : ou bien le juge cesse d'être un juge pour devenir un organe politique, ou bien, on veut le voir comme un juge mais alors il doit se contenter de reproduire une volonté déjà exprimée dans la Constitution : il ne « représente » plus, il exécute.

¹⁸ Philippe Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, 2001 (qui porte tout entier sur l'*obiter dictum* de 1985), p. 184 s. et Dominique Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », in Molfessis et alii (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 363-376.

¹⁹ La question est sans doute plus simple ailleurs. Ainsi, aux Etats-Unis par exemple, il est admis depuis bien longtemps que la volonté du Peuple se situe dans la Constitution. V. Alexander Hamilton, *The Federalist Papers* (1788), ed. C. Rossiter, New York, New American Library, Penguin Books, 1961, Lettre n°LXXVIII ; Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, I, 1, ch. VI. Qu'il nous soit permis de renvoyer à Pierre Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in O. Jouanjan (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 115 s.

On ne peut par ailleurs douter que cette question se posera bientôt pour les juges « du fond » dont l'ardeur est aujourd'hui encouragée par d'audacieuses analyses doctrinales. D'autres que nous ont écrit ou écriront sur la portée pour le moins novatrice sinon révolutionnaire, voire « contre-révolutionnaire »²⁰, de la proposition faite par le rapport remis au Premier président de la Cour de cassation proposant que cette dernière se reconnaisse le pouvoir de moduler dans le temps les effets de ses décisions et s'autorise ainsi à différer l'entrée en vigueur des modifications d'interprétations ou de règles jurisprudentielles²¹. Une fois dotée d'un tel pouvoir, la Cour sera en mesure de définir elle-même celles de ses décisions qui auront une portée rétroactive et celles qui n'en auront pas. Et l'on dira que le juge ne fait pas de « politique » ? Le Conseil d'État, de son côté, a récemment décidé de moduler dans le temps les effets d'une décision d'annulation sans que personne n'y trouve à redire²². Il est vrai que la dimension du problème n'est pas la même : dans le premier cas, il est question de reconnaître une rétroactivité à des règles nouvelles ; dans l'autre, on cherche à modérer les effets rétroactifs d'une annulation. À chaque fois, néanmoins, les juges s'emparent de l'intérêt général. On nous dira que ce n'est pas nouveau. Certes, mais la tendance ne semble pas près de s'inverser. Faudra-t-il bientôt compter les juges parmi les représentants de la Nation afin de rendre compte de leur fonction ?

On rencontre le même problème, sous un jour différent, lorsqu'on cherche à rendre compte de la fonction du Président de la République sous la Cinquième.

L'élection du Président au suffrage universel direct a fortement perturbé la conception classique d'un Parlement souverain. Non que cette élection ait modifié les compétences du Président au détriment du Parlement : législateur il était, législateur il demeurerait ; ni qu'elle

²⁰ Thierry Revet, « La jurisprudence », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, éd. Defrénois, 2005, p. 377 s.

²¹ v. *Les revirements de jurisprudence*, Rapport publié par les éditions Litec, janvier 2005.

²² CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*

ait changé la nature du régime de la Cinquième qui était et est demeurée parlementaire. Elle n'a pas non plus été la cause de l'affaiblissement du Parlement. Mais elle a justifié le rôle accru du Président, explicable par d'autres raisons, et lui a permis de se prévaloir de la qualité de « représentant » susceptible d'exprimer lui aussi la volonté de la nation.

Un autre représentant donc ? Oui et non. Cette réponse normande résulte de ce que la Constitution de 1958 – pas plus que les précédentes – ne donne la définition d'un représentant et se borne à indiquer, en son article 3 al. 1 que « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Si la logique élémentaire nous apprend que le représentant est donc celui qui exerce la souveraineté nationale au nom du peuple, on peut d'ores et déjà écarter l'idée que la représentation se confond avec l'élection sauf à admettre que le peuple a fini d'exercer sa souveraineté dès l'instant qu'il a élu ses représentants. Reste à identifier ce que « exercer la souveraineté » veut dire. La difficulté n'est pas mince tant le mot « souveraineté » est équivoque. On n'a certainement rien dit une fois que l'on a affirmé que le pouvoir souverain est le pouvoir suprême et à peine davantage lorsqu'on ajouté que le souverain est celui qui n'a pas de supérieur : celui-là l'est-il parce qu'il est au-dessus des autres ? Et celui qui est au-dessus des autres est-il de ce seul fait dépourvu de supérieur ? Bien sûr, la facilité serait de renvoyer à Bodin chez qui le souverain est « celui qui donne loi à ses sujets ». Mais il en est qui font remarquer que le Prince de Bodin a Dieu comme supérieur. À quoi on peut objecter que Dieu n'est pas le supérieur du Prince en tant que tel mais des hommes en général : si la loi de Dieu s'impose au Prince, c'est parce qu'il est homme, non parce qu'il est Prince. On peut de là conclure que le Prince est souverain parce qu'il est au-dessus de ses sujets et n'a pas de supérieur. Le peuple souverain ne saurait être au-dessus de ses sujets. Au mieux peut-il jouir de n'avoir pas de

supérieur. Et ses représentants doivent, pour bien faire, se trouver dans la même situation²³. Est-ce le cas du Président ?

Certains l'admettent qui se fondent sur les compétences qui lui sont reconnues au titre II, parmi lesquelles figure notamment le pouvoir reconnu à l'article 5 qui en fait le garant de l'indépendance nationale et de la continuité de l'État, de sorte qu'il répondrait tant de la France que de la République²⁴. À quoi on peut ajouter la négociation et la ratification des traités (article 52) ou le pouvoir de prendre des actes sans avoir besoin du contreseing (article 19). Bref, il serait un représentant parce qu'il dispose, comme le Parlement, du pouvoir de vouloir librement et en toute indépendance. Ces arguments de poids s'accompagnent d'un autre non négligeable : la réforme de 1962 n'a certes pas accru les compétences du Président mais lui a conféré une légitimité qui le met à égalité avec les autres représentants. Ce serait d'ailleurs sur ce terrain là qu'il faudrait se situer pour en évaluer toute la portée : parce que « la qualité de représentant appelle l'élection en régime de souveraineté nationale », on devrait en conclure que l'élection du Président résulte de sa qualité de représentant sinon la présuppose²⁵. D'autres, à l'inverse, considèrent qu'en dépit de l'importance des prérogatives reconnues au Président, aucune ne lui confère un pouvoir de vouloir tel qu'il puisse être réputé ne pas avoir de supérieur : l'article 52 ne peut être détaché de l'article 53 lequel rattache à la loi tous les traités importants ; des pouvoirs prétendument « propres » de l'article 19, on fera remarquer que ceux qui sont effectivement utilisés (8 al. 1, 11, 12, 54 et 56) ne donnent en réalité au Président qu'un pouvoir de « solliciter un autre pouvoir » et

²³ On pourrait être tenté d'objecter que les représentants ont le Peuple comme supérieur. Mais dire cela c'est détruire toute possibilité même d'une représentation. Si le Peuple est le supérieur des représentants, pourquoi n'exerce-t-il pas sa souveraineté lui-même ?

²⁴ Pierre Avril, « Le Président de la République, représentant de la Nation », *Constitution et Finances Publiques Mélanges L. Philip*, 2005 qui cite alors Charles de Gaulle, *Discours et messages*, t. IV, Plon, p. 21.

²⁵ Pierre Avril, *ibid.* et Marie-Anne Cohendet, *Le Président de la République*, Dalloz, p. 28 : « Directement élu par le peuple, le Président est devenu un représentant du peuple bien plus légitime ».

donc de décider qui aura le pouvoir de vouloir (mais jamais lui)²⁶ ; quant à l'article 5, il permet de justifier l'impartialité du Président mais ne permet en aucun cas de voir, à travers la mission de régulation des pouvoirs publics qu'il lui attribue, le peuple dans l'exercice de sa souveraineté...

En réalité, et contrairement aux apparences, il est très difficile de décrire le Parlement et le Président comme des « représentants » en employant le terme dans un seul sens. Le premier « représente » parce qu'il exprime juridiquement une volonté politique qui sera imputée au peuple entier tandis que le second, aussi prestigieux soit-il, exprime politiquement une volonté tout aussi politique imputable à l'État. C'est ce qui se passe lorsqu'on dit que le Président « incarne » la France à l'étranger, ou lorsqu'on lui reconnaît un privilège de juridiction qui s'attache à ce qu'il est « élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État »²⁷. C'est encore et toujours à l'aide un concept très différent de celui habituellement utilisé pour le Parlement que l'on dira du Président qu'il est représentant parce qu'il est le garant de la continuité de l'État. En définitive, il semblerait parfaitement possible de rendre compte de l'action du Président sous la Cinquième sans pour autant le qualifier de représentant : il est le chef de l'État. Cela pourrait suffire. On parvient pourtant mal à s'en satisfaire parce qu'en qualifiant le Président élu de représentant, on cherche à justifier l'autorité de ses décisions au nom d'une volonté générale que la Constitution ne pourrait pas ne pas lui reconnaître. Or, cette volonté générale consiste bien souvent en la pure et simple reproduction d'un équilibre des pouvoirs contenu dans la Constitution...

De la légitimité du Président à celle d'un gouvernement qui lui doit tout, il n'y a qu'un pas. À cet égard, ne pourrait-on établir un lien

²⁶ v. Guy Carcassonne, *La Constitution, op. cit.*, §133.

²⁷ « le Président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun », Cass., crim, 10 octobre 2001, *M. Michel Breisacher*, publié au Bulletin.

entre cette mise à mal de la légitimité du Parlement et la montée en puissance des lois habilitant le gouvernement à légiférer, que ce soit pour transposer des directives communautaires ou pour réformer des codes existants par voie d'ordonnances ? Est-il besoin d'insister sur ce nouvel opium du gouvernement que l'on appelle la « simplification du droit » et qui permet à ce même gouvernement de se prendre pour un législateur ? Non. N'insistons pas : tout a été dit – et si bien – par d'autres²⁸. Certes, on peut toujours tenter d'avancer que le Parlement dispose de moyens de contrer le gouvernement et s'étonner qu'il ne les utilise pas voire, perfide, ajouter que c'est quand même lui qui a habilité le gouvernement. Cela revient à renverser les causes et les effets : le Parlement n'utilise pas les moyens dont il dispose à l'encontre du gouvernement parce qu'il sait depuis belle lurette que ces moyens sont dépourvus de la moindre utilité. Les parlementaires eux-mêmes ne nourrissent sans doute plus d'illusion sur le rôle que joue le Parlement dans le système constitutionnel. Et que dire de la multiplication des « autorités », « commissions » et autres « agences » dont la compétence ne se borne pas, loin s'en faut, à l'exécution d'une réglementation mais s'étend à ce que l'on a pris l'habitude d'appeler la « régulation » ? Il en est parmi elles que l'on charge de dire ce qu'est l'éthique à l'heure du progrès technologique... comme si un Parlement ne pouvait justement servir à ça²⁹ !

Enfin, à l'heure de la construction européenne et d'une (éventuelle) prochaine transformation des règlements et directives communautaires en « lois européennes », on ne peut manquer de s'interroger sur la question de savoir s'il faudra considérer ces « lois » comme exprimant la volonté générale. Délicate d'un point de vue matériel, la qualification l'est encore davantage d'un point de vue formel : à quel peuple imputera-t-on la volonté exprimée dans ces « lois » ? La réponse suppose un autre article. (*Avril 2005*)

²⁸ Nicolas Molfessis, « Simplification du droit et déclin de la loi », RTDCiv., 2004, p. 155.

²⁹ Comme si seuls les médecins ou les philosophes pouvaient parler d'éthique médicale, comme les peintres de peinture, les musiciens de musique... et les juristes de droit ?

