

Congrès de l'Association Française de Science Politique – Juillet 2013, Institut d'Etudes Politiques de Paris.

Section thématique 22 : « Les procédures de la démocratie. Perspectives pour la théorie politique et la pratique de la démocratie ».

Responsables : Gil Delannoi et Andrei Poama, Institut d'Etudes Politiques de Paris.

Auteure de la communication : **Marie-Hélène Wirth**, doctorante en 3^{ème} année à l'EHESS, **mention Etudes Politiques, Centre d'Etudes Sociologiques et Politiques Raymond Aron**, Paris. Adresse électronique : mariehelene.wirth@ehess.fr

Titre : « Situer les divergences entre citoyens à l'horizon de leur consensus social : une voie pour la légitimation démocratique d'une procédure de décision, illustrée par les délibérations du Conseil constitutionnel français. »

Ci-dessous, une présentation détaillée préalable à cette communication (elle sera nettement réduite pour l'oral notamment au niveau des exemples):

Introduction

Dans *Libéralisme Politique*, John Rawls considère que la Cour suprême des Etats-Unis exprime la « raison publique », sorte de justification ultime qui scelle le consensus social et maintient en vie la démocratie libérale. Cette lecture nous a conduit vers une réflexion sur le caractère régulateur de ce type d'institutions et plus précisément sur le lien que la régulation peut entretenir avec la démocratie, entendue au plus près de son acception étymologique de gouvernement par le peuple. Mais plutôt que de traquer dans la théorie rawlsienne ce lien théorique entre gouvernants et gouvernés, il nous a semblé intéressant de partir empiriquement de cas existants pour chercher à comprendre comment ce type d'institutions, puisant leur légitimité démocratique, en tant qu'acceptation par les citoyens, en restant en marge du système électif prévalant et afin de contrôler ce dernier, s'intègrent précisément à ce que Rawls, pour le citer une dernière fois, appelle la « structure de base » démocratique.

Nos questionnements nous ont mené vers un matériau récemment rendu public, et en ce sens inédit, mais surtout potentiellement porteur de quelques éclairages : avec la réforme constitutionnelle française de juin 2008, les délibérations tenues à huis clos par le Conseil constitutionnel devenaient consultables sur ses vingt-cinq premières années glissantes. Si l'étude que l'on peut en tirer fait l'objet d'un travail plus large, elle permet, entre autre, d'aborder la question de la légitimation en démocratie qui nous préoccupe ici, justement parce que cette question est toujours présente dans ces délibérations en les inscrivant dans un déterminisme révélateur en l'espèce. En effet, en livrant une part de la perception que l'institution a d'elle-même, elle dévoile la tension, à l'œuvre dans ses débats, qui sous-tend son positionnement au sein du système démocratique français : s'assurer une autorité définitive et légitime pour faire respecter la Constitution aux autres institutions, tandis que la légitimité démocratique de ces dernières est, elle, largement acquise.

L'objet de ce papier sera donc, dans un premier temps, de situer notre matériau de travail à partir de cette question de la légitimité démocratique de l'institution dont il émane, puis de montrer ce que ces débats internes nous livrent de la façon dont l'institution elle-

même a conçu cette légitimité, à travers un parti-pris de lecture nécessaire, sans toutefois prétendre y réduire l'appréciation générale de ces délibérations. Il nous faut cependant préciser dès à présent que le terme « délibération » est simplement ici synonyme de débat, de discussion, d'échanges d'arguments, indépendamment de la procédure de décision dont une telle « délibération » peut être le vecteur : il s'agit pour nous d'un matériau à analyser comme un discours capable de nous informer sur le procédé de légitimation à l'œuvre qui, lui, nous intéresse au premier chef. Nous pourrions dégager de cette auto-conception de sa légitimité par l'institution, le reflet de ce processus de légitimation qu'elle escompte vis-à-vis des acteurs avec lesquels elle interagit nécessairement. Enfin, que cette forme d'interaction soit assimilable à une délibération entre institutions renvoyant possiblement à ce que Rawls appelle la raison publique ne sera pas, en soi, le propos, tout en constituant un intérêt secondaire puisque nous nous concentrerons sur la procédure de légitimation à partir des contenus faisant l'objet des débats entre 1958 et 1986.

1. Pourquoi la question de la légitimité du Conseil constitutionnel est aussi une question « de démocratie »

Si la spécificité du Conseil constitutionnel dans le système républicain français nous a d'abord sauté aux yeux, c'est en vertu d'un certain contraste qu'il instaure au sein du paysage dominant des institutions démocratiques françaises, au fil des républiques qui en constituent le support historique : institution non élue, comme de nombreuses instances judiciaires, administratives ou de régulation et de contrôle, elle détient, contrairement à celles-ci, un pouvoir politique actif et pas uniquement consultatif¹. Ce pouvoir lui est conféré par la Constitution de 1958 qui, par son article 61, l'autorise à invalider une loi, action politique par excellence en tant qu'ordonnant la vie sociale de façon normative selon la volonté des citoyens représentés par leur Parlement élu². Le Conseil constitutionnel est d'ailleurs à ce titre une Cour souveraine puisque ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours comme le précise, toujours, la Constitution³ ; dans le même temps, le caractère de Cour lui est toujours dénié par une partie de la doctrine et par une majorité de politiques⁴. Les jugements du Conseil ne portent, il est vrai, ni sur des faits, ni sur des actes, mais exclusivement sur des procédures et en particulier sur la procédure législative, y compris entendue sous son sens le plus large de contrôle de constitutionnalité des lois si l'on accepte de considérer le respect de

¹ Des instances de régulation et de contrôle comme les différents comités consultatifs (Comité d'Éthique, Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, Conseil Economique et Social par exemple), voire une institution plus directement ancrée dans le processus politique entre le Gouvernement et le Parlement, comme le Conseil d'État, ne sanctionnent pas une loi votée par le Parlement national tout en contribuant à la façonner selon des modalités particulières que nous ne pouvons développer ici.

² Ce contrôle de constitutionnalité des lois n'était possible qu'avant la promulgation de celles-ci jusqu'à la réforme constitutionnelle de 2008 ayant instauré la fameuse question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pour les lois déjà promulguées ; malgré la densité des réflexions que cette seule question peut susciter, elle n'entre pas dans notre périmètre ici ; nous y reviendrons cependant brièvement dans l'optique d'une mise à l'épreuve de certaines de nos conclusions. Notons que la QPC avait déjà fait l'objet d'un projet de loi constitutionnelle et d'un projet de loi organique, adoptés en conseil des ministres le 30 mars 1990 et soutenus par Robert Badinter, alors Président du Conseil constitutionnel. Le projet sera retiré par le Gouvernement après une seconde lecture infructueuse au Sénat.

³ Article 62 de la Constitution de la Ve République.

⁴ Olivier Jouanjan, dans « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus politicum*, Revue internationale de droit politique, n°2, 2009, dresse un bilan éclairant et complet des tergiversations de la doctrine entretenues sur ce sujet par les politiques ; il y évalue le recours du Conseil constitutionnel de façon relativement floue, au modèle kelsénien, comme une façon de se légitimer dans une incertitude générale sur « ce qui doit caractériser une cour constitutionnelle » (p.9). C'est par ailleurs en vain que Robert Badinter, alors sénateur et ancien Président du Conseil constitutionnel, dépose un amendement lors de la révision constitutionnelle de 2008 pour accorder au Conseil la dénomination de Cour.

la Constitution par une loi comme un respect procédural, celui de la lettre du texte, constitutive de la procédure qu'elle décrit. Il n'en demeure pas moins un jugement souverain, définitif, que n'exprime pas le seul nom de « Conseil ». Ce que nous tentons de signaler ici tient avant tout au caractère éminemment politique de ce jugement émis par le Conseil constitutionnel : à la différence des autres institutions ou instances non élues ayant une influence certes décisive sur la vie politique sous la Ve République, le Conseil constitutionnel a le dernier mot vis-à-vis de l'action politique même, à savoir la loi, à moins d'un changement de Constitution propre à rendre valide une loi qui ne l'était pas jusqu'alors. En ce sens, et selon cette même acception de l'adjectif « politique », la portée politique de ses décisions est conséquente.

Georges Vedel, éminent professeur de droit et ancien membre du Conseil constitutionnel⁵, aborde le point crucial dans sa préface à un ouvrage collectif sur la légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁶ : ce n'est pas la légalité des décisions du Conseil qui est en cause ; celles-ci sont légales en tant que prévues par les lois organiques qui organisent la procédure dont elles émanent ; c'est sa légitimité qui fait question. Si l'ouvrage cité interroge plus précisément la légitimité de sa jurisprudence, Vedel nous semble ramener la question à son hypocentre en commençant non par la légitimité de la jurisprudence mais par la légitimité de l'institution elle-même. En effet, la légitimité de la jurisprudence est confirmée, malgré tout, par la définition kelsénienne de la légitimité d'une norme dans un Etat de droit, dès lors que cette norme est conforme à une norme supérieure reconnue comme telle, autrement dit, la jurisprudence en tant que norme dégagée par le Conseil constitutionnel, est, par principe, conforme à la Constitution, norme supérieure, donc légitime. En revanche, ce qui autorise une institution à dire la norme en démocratie, c'est-à-dire la raison, acceptable par les citoyens, selon laquelle la norme, ou la jurisprudence normative qu'elle inscrit dans la durée, peut être produite par cette institution, renvoie à une question autrement plus problématique en tant qu'irrésolue par la seule logique juridique de la pyramide des normes. En effet, il faudrait bien alors que la Cour constitutionnelle soit elle-même aussi habilitée à prononcer des décisions de conformité ou de non-conformité des lois. La question de la compétence de ladite Cour est à cette fin introduite par Kelsen qui la ramène à une question de validité de l'organe dit compétent en tant, nécessairement, qu'habilité par un organe supérieur mais, rassure Kelsen, « cette régression vers un organe supérieur ne peut se poursuivre indéfiniment. Il existe nécessairement des organes suprêmes sur la compétence desquels nul organe supérieur ne peut se prononcer »⁷. Pourtant, en démocratie, ce sont les citoyens qui, d'une manière ou d'une autre, autorisent, délèguent, choisissent directement ou indirectement leurs lois : en d'autres termes, ils sont à la source de toute légitimité politique. Ainsi, la conception « pure », c'est-à-dire exclusivement juridique de la légitimité, se heurte à ce que nous appellerons, par commodité de vocabulaire, le conflit politique des légitimités. En d'autres termes, que la Constitution renvoie à un pacte politique primordial comme chez Schmitt, ou à une nécessité logique comme chez Kelsen, qu'elle ait encore, pour l'un, vocation à être respectée tant qu'elle exprime l'acte de volonté du constituant, pour l'autre, à valider les normes organisatrices de la société, il n'en demeure pas moins que se pose la question de son maintien, pour paraphraser Kelsen écrivant, au paroxysme de sa controverse

⁵ De mars 1980 à mars 1989. En 1992/93, il préside une commission nommée par le Président de la République François Mitterrand et chargée de proposer des réformes constitutionnelles, dont la QPC, reprenant le projet de 1990, mais qui ne seront pas mises à l'ordre du jour par le Gouvernement issu des élections législatives de mars 1993.

⁶ *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Guillaume Drago, Bastien François, Nicolas Molfessis. Economica, Paris, 1999.

⁷ Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Paris, 1999 pour la réédition française de la version de 1962 chez Dalloz ; p.272

avec Schmitt, *Qui sera le gardien de la Constitution ?* Profondément politique chez Schmitt qui considère la norme d'abord comme une décision puis comme une prescription, le seul gardien possible est celui qui est capable de comprendre la nation dans son irréductible unité, le représentant ultime du peuple à savoir le Chef de l'Etat ; exclusivement juridique chez Kelsen, le gardien est, nous l'avons rappelé, celui que la Constitution elle-même habilite comme tel, indépendamment des pouvoirs publics. L'un comme l'autre proposent une conception exclusive mais non problématique de la légitimité politique qui, chez Schmitt, prend sa source au niveau du pouvoir constituant⁸ et « tout véritable conflit constitutionnel qui porte sur les fondements mêmes de la décision politique globale ne peut être tranché que par la volonté du pouvoir constituant lui-même »⁹ précise-t-il, quand elle est de pure nécessité logique dans le système Kelsénien où seul le droit engendre le droit.

Pourtant, dès lors que l'on se place dans un contexte démocratique où les citoyens sont la source de tout pouvoir, ce qui, ainsi formulé, ne contredit ni l'idée d'un pouvoir constituant, ni celle du gouvernement représentatif élu par ces mêmes citoyens, on peut se demander par quel mécanisme de délégation le peuple constituant ou les citoyens instituent cette protection de la Constitution. Dès lors, la version schmittienne qui renvoie à une fusion entre peuple et chef de l'Etat peut, pour le moins, laisser perplexe si l'on considère le régime républicain comme celui de l'auto-gouvernement de la liberté contre la tyrannie. A l'autre extrémité de l'arc politico-juridique ici survolé, la pyramide des normes ne dit, elle, rien de la légitimité démocratique des institutions, si ce n'est que le Parlement est élu à la majorité et qu'il détient son pouvoir normatif de la Constitution, norme fondamentale, dont la condition de validité est précisément l'efficacité à habiliter les normes inférieures et non pas un quelconque type de fondement antérieur ; la Cour constitutionnelle est simplement composée de juges appelés à exercer une « fonction spécialisée »¹⁰ mais si l'élection et la compétence sont deux vecteurs du gouvernement de soi par soi acceptables, ce n'est pas ici au sens politique de tel ou tel moyen de gouverner mais seulement en tant que moyens habilités par la Constitution.

Si la question du fondement demeure en suspens chez Kelsen, c'est qu'elle n'en est pas une dans une perspective de théorie pure du droit. Et si la perspective politico-juridique de la controverse entre Kelsen et Schmitt permet certes de cerner le problème, elle ne fait pas suffisamment droit à l'idéal du gouvernement de soi qui constitue notre horizon. En effet, notre cadre d'étude est le système républicain français aussi bien au sens des institutions positives qui le composent que d'une certaine idée du gouvernement par le peuple¹¹ : il nous est donc impossible d'y faire l'économie d'une analyse de la source du pouvoir. Or, la Constitution de la Ve République rompt avec l'histoire républicaine française ayant sacralisé l'élection et, plus précisément, le parlementarisme, comme seules modalités légitimes de la représentation du peuple en tant qu'auteur de ses lois. Alors même que depuis 1789, « La loi est l'expression de la volonté générale », et que « tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation »¹², ce que ne contredit nullement l'article 3 de la Constitution de la Ve République qui pose de son côté que « la souveraineté

⁸ Diverses conceptions du pouvoir constituant sont antérieures à celle de Schmitt : au XVIIIe siècle, en France, celles de Sieyès et de Condorcet par exemple et comptant parmi les plus anciennes mais aussi en Amérique, celle de Hamilton, au moment de la rédaction des articles du *Fédéraliste* et en particulier le numéro 78, défendant une vision de la future constitution fondée sur l'idée qu'elle représente les attentes des citoyens au moment du pacte et ne pouvant en aucun cas être remises en cause par les lois ordinaires.

⁹ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Quadrige, Presses Universitaires de France, Paris, 2008 ; p.213.

¹⁰ Kelsen, *Op. Cit.*, p.262.

¹¹ Pierre Rosanvallon, dans *La légitimité démocratique*, Editions du Seuil, Paris, 2008, explique dans une démarche d'historien à laquelle il consacre la première partie de son livre, la tradition française de légitimation démocratique par l'élection, le concours ou l'examen.

¹² Premières lignes de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC).

nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum », en associant l'idée de représentation à celle d'élection quelques lignes plus bas, cette même constitution désigne le Conseil constitutionnel comme susceptible d'invalider une loi pour inconstitutionnalité, sans recours possible. Ce n'est même pas le procédé de nomination des membres du Conseil constitutionnel par les représentants des deux autres pouvoirs, exécutif et législatif, ni encore la compétence de ses membres pour établir le respect de la Constitution qui surprennent ici, même s'ils peuvent aussi faire l'objet d'interrogations eu égard à une certaine conception de la séparation des pouvoirs ou selon l'expertise attendue d'une telle institution ; c'est, plus primitivement, l'apparition soudaine d'une telle entité collective : légitime au sens d'une légitimité-légalité webérienne en tant que prévue par les règles constitutionnelles, elles-mêmes largement ratifiées par les citoyens lors du référendum du 28 septembre 1958, elle est en même temps détentrice d'un pouvoir politique, car directement et irrévocablement lié à la loi, jusque-là réservé aux institutions élues par les citoyens. Si la définition des différents types de légitimité selon Weber retient notre attention ici, c'est parce que sa démarche vise ce qui, empiriquement, est perçu, en démocratie par les citoyens, au titre de justification acceptable, et c'est sous cet angle que nous envisageons la question, qu'il s'agisse de respect de règles choisies, ou encore culturelles ou traditionnelles, voire de personnalités charismatiques. Or, la légitimité-légalité, premier type de légitimité qu'il identifie, n'épuise pas, pour notre cas, l'idée d'acceptation précisément dans la mesure où celle-ci repose, dans la société considérée, sur des modalités renvoyant elles-mêmes à un autre type de légitimité, celle, plus culturelle, voire traditionnelle, de l'élection.

Ces deux types de légitimité selon Weber ne sont, certes, pas exclusifs l'un de l'autre mais c'est justement la solidité de leur lien qui nous préoccupe dans le cas qui nous intéresse. Il est temps de revenir à Vedel et l'on comprend mieux à présent que même un juriste de sa renommée pose ainsi la question de la légitimité du Conseil constitutionnel dans la préface à l'ouvrage collectif pré-cité : « N'est-il pas un envahisseur donc un usurpateur ? »¹³. Et de rajouter : « il devait se faire une place.../... Sa légitimité, c'était sa mission »¹⁴. Impensable pour Schmitt qui préférerait s'en remettre à l'article 5 de la Constitution de 1958 selon lequel « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat... », juridiquement viable pour Kelsen, le Conseil constitutionnel s'inscrit donc dans une Constitution ambivalente quant à son gardien autant qu'à la suprématie de la légitimité électorale qu'elle confirme, en même temps qu'elle prévoit de la surveiller. Son texte même met la jeune institution dans une position aussi inconfortable qu'inédite, d'autant plus qu'au-delà de ces ambiguïtés, le peuple a, comme l'aurait joliment dit Montaigne, pris « le pli »¹⁵ de la démocratie électorale.

Enfin, que l'on suive jusqu'au bout ou pas Michel Troper dans la qualification de co-législateur qu'il attribue au Conseil constitutionnel, celui-ci fait œuvre, au moins partiellement, de création de la norme en étant chargé d'interpréter souverainement la Constitution. Par suite, le plus surprenant, au-delà de l'ambivalence des légitimités, est encore la capacité que cette institution que nous qualifierons prudemment d'inhabituelle plutôt que d'illégitime, a su mettre en œuvre pour étendre son pouvoir. Plus encore que sa présence même dans la Constitution, c'est le chemin parcouru depuis sa mission de « chien de garde de

¹³ *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Op. Cit., Préface*, p.IX.

¹⁴ *Ibid.*, p.XI.

¹⁵ Montaigne, *Les Essais*, version en Français moderne, Quarto Gallimard, Paris, 2009 ; Livre I, Chapitre XXIII, « Sur la coutume et sur le fait qu'on ne change pas aisément une loi reçue », p. 135 : « Je trouve que nos plus grands vices prennent leur pli dès notre plus tendre enfance ».

l'Exécutif »¹⁶ jusqu'au déploiement d'une jurisprudence créatrice d'un cadre nouveau, le fameux bloc de constitutionalité permettant de considérer au même plan le Préambule et le texte constitutionnel¹⁷, ou encore l'inflation du contrôle de constitutionnalité après la réforme de la saisine de 1974 permettant à une minorité de soixante députés ou soixante sénateurs de saisir le Conseil, qui mérite que l'on s'interroge sur le comment d'un tel accroissement de pouvoir au cœur d'un système démocratique électif.

2. Le droit, un adjuvant puissant de l'extension légitime de pouvoir du Conseil constitutionnel

L'étude des délibérations du Conseil constitutionnel sur la période allant de sa création en 1958 jusqu'au milieu des années quatre-vingt (1958-1986), malgré le champ de vision réduit qu'elle offre de l'institution, est porteuse de quelques réponses sur la manière dont le Conseil constitutionnel s'est lui-même conçu au sein du système républicain français, voire sur la manière dont il y a envisagé cette extension de son pouvoir. Développer un pouvoir politique capable de remettre en cause le pouvoir législatif, expression de la volonté des citoyens, alors que l'on se distingue du principe de légitimation dominant, à savoir l'élection, nous semble a minima devoir tenir compte des possibilités offertes par ce système démocratique, en l'occurrence des procédures de légitimation démocratiques particulières qui peuvent s'y développer.

C'est dans cette voie étroite que nous nous situons pour cerner la forme de légitimation à l'œuvre, étant aussi entendu que l'essor des Cours constitutionnelles dans les démocraties libérales sur la même période atténue le seul effort du Conseil constitutionnel, sans pour autant lui dénier sa spécificité et encore moins la façon dont celui-ci se pense dans un système qu'il intègre peu à peu pleinement. Pour clore ce passage relatif aux précautions de rigueur vis-à-vis de l'éclairage apporté par notre matériau de travail, rappelons qu'il ne s'agit que de procès-verbaux de débats éventuellement incomplets, mais aussi insuffisants pour situer les accointances de l'institution avec le monde politique, au premier chef desquelles le jeu des nominations par le Président de la République et les Présidents des deux chambres, ou encore l'importance du Secrétaire général, traditionnellement issu du Conseil d'Etat. Enfin, le seul attrait de la nouveauté, aussi scientifiquement viable soit-il, doit être associé à la dimension épistémique du secret des délibérés pour mieux rendre compte de ce que nous y cherchons : les décisions en résultant sont, elles, évidemment publiques depuis les premiers jours du Conseil et se présentent sous l'apparence de la seule expertise juridique ; pourtant, s'intéresser non pas à ces motivations juridiques explicites mais aux raisonnements, jusque-là secrets, qui ont conduit à les privilégier, permet de comprendre, même partiellement, ce qui prévaut dans la démarche d'interprétation de la Constitution et dans quelle mesure cela peut éventuellement être le fruit d'une réflexion, résolument pour le moins incongrue aux yeux des citoyens si elle avait due être publique, des membres du Conseil constitutionnel sur leur positionnement dans le paysage démocratique. Si le format de cette étude ne nous autorise que quelques exemples à titre illustratif, la trame argumentative que nous laissons ici quelque peu à nu s'appuie en réalité sur une analyse plus ample d'un ensemble de délibérations, choisies autant en raison de leur pertinence reconnue par la doctrine juridique que pour l'intensité des débats qui les animent.

¹⁶ Caricature fréquemment utilisée par les commentateurs des décisions du Conseil constitutionnel à ses débuts et en disant long sur la perception courante de celui-ci...

¹⁷ Avec la fameuse décision « liberté d'association » sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir.

La délibération sur la mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution¹⁸, faisant suite à une demande d'avis du Président de la République, Charles de Gaulle, le 13 avril 1961, conformément à ce même article accordant, sous certaines conditions, les pleins pouvoirs au Président de la République, a conduit à une décision très souvent citée comme un cas illustrant bien le soutien indiscutable du Conseil à son créateur plus qu'à la Constitution elle-même. Le type d'avis dont il est question est d'ailleurs typiquement et exclusivement celui pour lequel la Constitution autorise le Conseil à inférer sur les choix politiques du gouvernement, sur le même plan, certes consultatif, que le Premier Ministre et les Présidents des Assemblées sont appelés à le faire. Georges Pompidou, membre du Conseil qui s'était montré prudent vis-à-vis du rôle politique que s'arrogerait l'institution notamment lors d'un débat précédent sur l'auto-saisine, se montre ici plus prompt, puisque la Constitution le prévoit, à discuter du fond de la question : tout en soulignant que la rébellion de certains chefs militaires à Alger ne renvoie pas exactement à la situation décrite à l'article 16, il voit tout de même « un risque immense à refuser au chef de l'Etat de faire jouer l'article 16 » ; et de préciser ce risque qui repose sur une remise en cause de la capacité du Parlement à agir vite, facteur de division nationale, rapproché de la situation de 1940 où le Président Lebrun avait regretté de ne pas avoir eu plus de pouvoirs. La discussion se poursuit longuement sur ce terrain d'opportunité politique, bien au-delà du constat partagé de l'ambiguïté de la situation réelle à Alger qui ne permet pas d'affirmer que le « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu » comme le prévoit l'article 16. S'agit-il d'un artifice auto-justificatif partagé par les membres du Conseil pour faire droit à leur tendance à ne pas égratigner le Général ou bien de l'expression du point de vue politique que la Constitution leur permet d'exprimer ? Toujours est-il que le Conseil s'était montré jusque-là fidèle à sa compétence attributive, en en appelant même à son créateur pour trancher quant aux évolutions de cette compétence, et le voici qui semble ici déborder cette même compétence en débattant de celles du Parlement et des conséquences à opposer un refus au Président de la République. En concluant à un blanc-seing donné pour l'application de l'article 16, le Conseil donne à penser que sa retenue ne semble au fond valoir que lorsqu'elle lui évite de se confronter avec le Général de Gaulle. Maurice Patin, l'un des membres de l'époque, va plus loin, qui martèle que « c'est au général de Gaulle que le peuple accorde sa confiance, plus qu'aux institutions. On sait que lui seul, actuellement, peut sauver le pays », à côté de l'argument de l'opinion publique, également avancé. Il va de soi que si on ne peut faire ici l'impasse sur les liens d'amitié qui rapprochent Maurice Patin, comme d'autres membres du Conseil constitutionnel, de Charles de Gaulle, l'on ne peut non plus ignorer l'ethos républicain de ses membres, pour la plupart anciens résistants relativement proches du Général de Gaulle, à une période politiquement tendue pour la jeune Ve République.

Dès lors, deux conclusions sont possibles : d'un côté, les membres du Conseil constitutionnel peuvent être considérés, et c'est coutumier lorsqu'il s'agit de cette période « gaullienne » du Conseil, comme conscients de devoir leur légitimité à la création du Conseil par de Gaulle et par conséquent respectant à la lettre leur mission attributive en s'en remettant à l'avis supposé ou attendu du Général pour des débats dont l'issue pourrait contrecarrer les projets de ce dernier ; en d'autres termes, ils ne peuvent être au-dessus du Président, pas même au nom du droit ; l'opportunité politique et le conséquentialisme des décisions du Conseil ne sont alors sérieusement abordés - c'est-à-dire porteur d'un impact décisif dans ses délibérations- que s'ils peuvent servir la cause du Président tout en pouvant bien alors s'opposer au seul respect de la Constitution ; les délibérations ici auraient vocation à justifier des choix qui conforteraient toujours le Général ; d'un autre côté, eu égard à la situation

¹⁸ Toutes les citations de cette délibération sont extraites de B. Mathieu, J-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, Paris, 2009.p.82-89.

politique de la France, en pleine décolonisation et en même temps en pleine consolidation de la société d'après-guerre, pour laquelle le Général de Gaulle a, précisément, été rappelé au pouvoir, le Conseil constitutionnel garant du respect de la Constitution et, en cela, de la stabilité des institutions républicaines, ne peut faire comme si ces institutions n'étaient pas incarnées par celui qui les a très largement conçues alors que toutes jeunes, elle ne portent pas encore la marque profonde de la représentation du peuple souverain ; la valeur symbolique du référendum qui en fait le produit du peuple souverain peut ici se concevoir comme une association spontanée entre le peuple et le Président, dès lors que ce référendum pour le passage à la Ve République intervient à l'initiative de celui qui est venu au secours de la Nation. En jouant pour le Président de la République, les membres du Conseil constitutionnel n'expriment en effet pas le sentiment de trahir le peuple même si la Constitution n'est pas respectée à la lettre. Il nous semble, à travers leurs propos, que s'il est difficilement contestable de constater une forme de mainmise paternaliste de de Gaulle sur le Conseil constitutionnel, cette analyse demeure réductrice : les membres du Conseil constitutionnel raisonnent et argumentent en effet pour comprendre, d'une part, plus que la lettre mais l'esprit de la Constitution, dont les débats du Comité consultatif constitutionnel (CCC) semblent constituer la principale référence¹⁹ et, d'autre part, ils cherchent à saisir la gravité de la situation et à anticiper les conséquences éventuelles d'une application ou pas de l'article 16 sur la stabilité du pays. Cette application est aussi largement envisagée sous l'angle de l'inquiétude qu'elle peut générer en tant que remettant en cause le rôle du Parlement ; Coty la qualifie de « juridiquement fort contestable et politiquement dangereuse » et Gilbert-Jules considère comme une « déviation du républicanisme de ne pas vouloir s'appuyer sur le Parlement » et propre ainsi à bousculer « le bloc constitué autour du Général de Gaulle » toujours selon Coty. Il y a donc aussi bel et bien débat sur le meilleur moyen de préserver l'équilibre républicain, outre la confiance accordée à de Gaulle pour le faire. Distinguer les institutions et le chef de l'Etat, explique René Cassin, revient même à rompre l'unité de la Nation. Finalement, des deux côtés, il s'agit de soutenir le Général de Gaulle puisque, comme le résume Gilbert-Jules, « même si les membres du Conseil n'étaient pas d'avis de faire jouer l'article 16, il ne faudrait pas en déduire qu'ils veulent répondre non au général de Gaulle car cela signifierait en réalité 'oui au général de Gaulle avec le Parlement ». C'est davantage la façon dont on doit l'associer à la Nation qui fait débat, en l'y associant directement, sans égard pour les institutions dans cette situation d'urgence tout en faisant croire le contraire pour rester dans le cadre de la Constitution, ou en le renforçant en lui apportant le soutien concerté de toutes les institutions. L'argument décisif sera celui de la confiance particulière que le peuple accorde au Général pour qu'un avis positif soit finalement très largement voté. Mais la discussion n'est pas terminée qui s'engage alors sur la façon d'exprimer ce choix comme respectant la Constitution...le Conseil estime donc ainsi avoir besoin d'autre chose pour être crédible que de soutenir celui en qui le peuple a toute confiance ; il faudra donc souligner dans la décision la gravité de la situation, décide-t-il. En tout état de cause, le Conseil, en marge du pouvoir, semble chercher à asseoir une forme d'indépendance, à travers l'expression d'une motivation qui ne se suffise pas de la seule facilité du soutien à de Gaulle.

Ce rôle du droit, tout juste sous-entendu dans les débats, paraît donc pour l'heure bien faible en comparaison du caractère éminemment politique du Conseil, entendu au sens de sa proximité avec l'Exécutif ; mais la persistance de la référence à la Constitution, même pour la contourner, laisse pourtant entrevoir un rempart utile permettant au Conseil, sinon de la faire primer à la lettre, du moins de s'en réclamer systématiquement.

La délibération officieuse de 1962²⁰ concernant l'avis sur le référendum relatif à l'élection du Président de la République au suffrage renforce cette idée. Là encore, le débat

¹⁹ Sans être, pourtant, une source de droit.

²⁰ In *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, *Op. Cit.*, p.99-112.

est jugé trop grave par les membres du Conseil constitutionnel pour être limité à une controverse juridique entre l'utilisation de l'article 11 que souhaite de Gaulle, pour soumettre aux citoyens un référendum, et celle de l'article 89, prévoyant une révision constitutionnelle et donc le vote préalable des deux assemblées avant le référendum. Au-delà du texte, l'esprit de la Constitution est en effet encore invoqué dans ce débat, quand ce n'est pas l'intérêt général, les deux se confondant souvent en l'espèce. C'est à nouveau au nom de la protection suprême du chef de l'Etat à travers celle de sa légitimité qu'est mise en avant, d'un côté, la nécessité d'une élection régulière et par conséquent autorisée par la mise en œuvre de l'article 89, et de l'autre la faveur à donner à l'esprit de la Constitution selon lequel le peuple est l'arbitre. Tous se disent alors « déchirés » et René Cassin aura un mot décisif en suggérant de donner malgré tout un avis sur les opérations de référendum sous réserve d'observations officieuses, afin, dit-il, de ne pas « mettre le Conseil hors jeu ». Mais hors-jeu vis-à-vis de qui ? Cassin parle d'éviter que des requérants ne fondent des recours sur cette abstention, autrement dit que l'abstention elle-même ne fasse jurisprudence. Il s'agit donc d'exister positivement en tant qu'institution car vis-à-vis de celui qui la saisit, le Président de la République, cet avis n'est qu'officieux.

Pour autant, ceux qui débattent et que ce débat déchire – Léon Noël répondra à Michelet : « je suis déchiré mais cela ne m'empêche pas d'affirmer que le référendum est inconstitutionnel » - peinent à déplacer l'enjeu vers le respect absolu, à la lettre, de la Constitution, ce que le Conseil d'Etat avait pourtant fait valoir dans son avis. Mais un débat a lieu qui mobilise une interprétation fine de la Constitution comme garantissant une forme ou une autre de gouvernement républicain, mâtiné du sentiment naissant et partagé de façon récurrente dans cette délibération, que le Conseil constitutionnel est responsable de sa propre cohérence et par conséquent du degré d'autorité qu'il impose par sa jurisprudence. Il ne doit être ni « hors-jeu », ni outrepasser ses compétences, ni autoriser de violation de la Constitution, ni « acculer le gouvernement à une position sans issue » en ne se prononçant pas sur ce référendum, explique Léon Noël. Il n'est pas uniquement question d'amitié ou d'allégeance ici mais d'un questionnement multiple d'une institution encore jeune, qui doit tout au pouvoir en place et qui cherche donc la juste adéquation entre la Constitution et la situation politique du pays. Par ailleurs, le respect des institutions a ici une valeur en soi, et non seulement au service du Général. Les partisans du respect de la lettre de la Constitution se retrouvent sans conteste dans ces propos sans ambiguïté de René Cassin : « le souverain lui-même doit obéir aux lois qu'ils s'est données. Ce que je dis du souverain, le peuple, je le dis de toutes les institutions ». Il ne s'agit donc pas uniquement de défendre le respect des institutions en tant que propre à renforcer le gouvernement lui-même²¹.

Pour l'heure, les premières délibérations « politiques » du Conseil constitutionnel permettent de déceler un attachement de ses membres à leur mission qui les entraîne vers un respect progressif de la lettre de la Constitution au nom d'une attribution qui leur est propre et qui se dessine déjà comme une expertise valant justification. Le droit ne l'emporte pourtant pas ici sur le politique à moins de considérer avec certains des membres déjà cités que le droit constitutionnel est du « droit politique » en tant que « droit de circonstances », c'est-à-dire un droit qui n'oblige pas par ses normes propres mais qui adapte plutôt l'interprétation de celles-ci aux enjeux plus grands qui structurent la vie démocratique. Le Conseil est ici plutôt un maillon faible de l'Etat de droit et presque davantage le justificatif utile d'une raison d'Etat rendue publique. Si ce ne sont là que des hypothèses, elles se fondent sur l'invocation frileuse mais réelle du droit, voire de l'idée de jurisprudence, comme critère de décision.

²¹ Georges Vedel, éminent membre du Conseil plusieurs années plus tard, distinguera à ce propos, dans un entretien publié dans *Le Débat*, n°55, mars-août 1989, « les écrivains et non pas les auteurs de la Constitution », quand ces derniers sont ceux qui l'ont votée.

En 1970, de Gaulle n'est plus au pouvoir, le Conseil est présidé par Gaston Palewski ; la délibération du 19 juin sur la constitutionnalité du droit communautaire relatif aux ressources propres des Communautés européennes²², donne au Conseil une autre occasion d'engager la discussion au nom de la souveraineté nationale. Le Conseil a dû très tôt prendre en charge la question de sa propre crédibilité et l'acteur principal aux yeux duquel se joue celle-ci s'est imposé en la figure non pas exclusivement de son créateur, mais du récipiendaire de ses décisions : le Président certes, mais aussi le peuple ou l'opinion, pour reprendre les termes mêmes des délibérations.

C'est le Président Palewski qui fixe ici à chacun des membres un critère traduisant bien ce souhait de positionner le Conseil à l'horizon d'un réel consensus social : « réfléchir avec toutes ses possibilités constructives de façon que la solution retenue puisse être approuvée par l'ensemble de l'opinion ». En tout cas, à cette fin, le Conseil ira chercher jusque dans les principes de la Déclaration de 1789 (DDHC) stipulant que l'impôt ne peut être levé que par des Assemblées élues ; le point n'étant pas acquis, le Préambule est à nouveau cité en tant que comprenant, certes, la DDHC mais aussi le Préambule de 1946, prévoyant, lui, des abandons de souveraineté. Il est intéressant de noter ici que pour aborder cette question de la souveraineté, en l'espèce nationale ou transférée à l'échelle européenne, ce n'est plus la seule Constitution qui est invoquée mais les grands principes contenus dans son Préambule. Mais cela ne change rien à la préoccupation toujours latente du Conseil : être crédible, voire répondre de façon satisfaisante pour le plus grand nombre. Ainsi, le Traité n'est-il pas remis en cause, mais les intérêts de la France restent de son propre ressort, ce qui est parfaitement aligné sur l'esprit et les démarches diplomatiques de l'époque en matière d'intérêt national dans le cadre de la construction européenne. La solution vise autant le respect de la Constitution, de son Préambule et des efforts politiques salués par l'opinion publique, en évitant une révision constitutionnelle qui pourrait figer des choix politiques encore en construction, pourtant la procédure employée ne permettait pas de conclure à un engagement international sur le plan juridique et aurait pu renverser à elle-seule la nature même de Traité si l'on avait choisi de faire primer le seul droit.

En 1971, peu de temps avant de le saisir au sujet de la constitutionnalité de la loi sur la liberté d'association, le Président du Sénat, Alain Poher, livre à la presse les raisons de sa saisine : « il est en effet dans les attributions de la Haute juridiction constitutionnelle de dire le droit, afin d'éclairer le législateur. » Il est sans doute très rassurant pour le Conseil de voir ainsi énoncer un rôle qui lui confère d'office une utilité au sein du fonctionnement démocratique. Le gouvernement a élaboré un projet de loi visant à mettre en place un contrôle préalable se substituant au contrôle a posteriori d'associations de loi 1901, librement formées mais paraissant reconstituer une association déjà reconnue comme nulle. Après la saisine du Conseil constitutionnel, la délibération²³ de celui-ci fait état d'un argumentaire juridique très exhaustif relativement aux sources invocables ; il s'avère alors que décréter un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République (PFRLR), acte créateur de norme s'il en est, semble un exercice à manier avec précaution ; pourquoi, se demandent les « sages », ne pas plutôt s'en référer à des reconnaissances juridiques déjà établies ou encore fonder des limites sur le fond de la loi à partir de caractéristiques positives de la République, voire s'en remettre à une version plus libérale, résolument plus dans l'air du temps ? François Luchaire prend à cet effet ses collègues à partie : « le Conseil est l'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics alors que les autres institutions étrangères sont les défenseurs des libertés. Aujourd'hui, le Conseil doit donc faire très attention car par l'affaire dont il a à connaître, il retrouve cette tâche de défenseur des libertés ». Cet argument a même ébranlé le rapporteur ;

²² *Ibid.*, p. 199-206.

²³ *Ibid.*, délibération préalable à la décision « Liberté d'association », p. 207-219.

soutenu par le caractère libéral de notre République déjà mis en avant sur le plan juridique par Coste-Floret, l'argument de Luchaire met le Conseil en devoir de s'affirmer dans un système démocratique libéral en plein essor. Et c'est en vertu de ce devoir que la décision déclarera inconstitutionnelle la loi au moyen principal qu'elle bafoue la liberté d'association, alors identifiée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République²⁴.

Ainsi la place du droit dans les débats s'intensifie-t-elle nettement et progressivement pour une raison identifiable d'après la façon déterminante dont elle oriente les débats et les interprétations des textes constitutionnels qui primeront pour façonner les décisions : la « lettre » de la Constitution est très vite convoquée pour témoigner d'un certain respect de sa mission par le Conseil constitutionnel à des fins de crédibilité explicitement mentionnées. Cette crédibilité vise dans un premier temps à ne pas réduire le Conseil constitutionnel à une instance protégeant l'exécutif mais jouant plutôt pleinement son rôle de surveillance du législatif. Mais, nous l'avons vu, cette crédibilité masque d'abord faiblement l'objet premier des débats, à savoir précisément, la protection des choix de l'exécutif. Avec le départ de de Gaulle, le Conseil se sent moins lié et les expressions particulièrement affectives dans les débats cèdent le pas à une rigueur juridique qui ne cesse pour autant d'être partiellement instrumentalisée : plusieurs années se sont écoulées et un terme nouveau a fait son apparition dans les débats du Conseil constitutionnel, la jurisprudence. Pourquoi le Conseil constitutionnel, institution souveraine au sens où ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours, attache-t-il tant de soin à maintenir entre ces décisions cette cohérence que l'on nomme jurisprudence ? C'est que ses décisions sont peu à peu porteuses d'interprétations inédites de la Constitution, donc en ce sens créatrices d'indications à valeur normatives, pour ne pas dire de normes, car le Conseil prend aussi soin de ne pas être considéré ainsi. Ce faisant, il indique au législateur une grille de lecture du corpus constitutionnel qui deviendra à son initiative, en 1971, le bloc de constitutionnalité²⁵, regroupant la Constitution, la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946. Du propre aveu de ses membres, il apparaît fort utile de ne pas se dédire d'une décision à l'autre afin de se maintenir dans son pouvoir nouveau d'« aiguilleur » du législateur, pour reprendre un terme fameux du doyen Favoreu, inspiré de Kelsen.

En reprenant brièvement le versant politique de la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper²⁶, pour être obéi, c'est-à-dire suivi dans ses interprétations de la Constitution dans la durée, ou, autrement dit, pour garantir une pérennité à son nouveau pouvoir, le Conseil cherche à s'assurer de la prise en compte de ses décisions dans les débats futurs du législateur et ne peut donc se permettre de revirements d'interprétation trop fréquents²⁷. Il semble bien ici s'agir de ce que Michel Troper appelle une « argumentation à laquelle elles (les Cours constitutionnelles) sont contraintes de recourir dès lors qu'elles entendent contrôler la validité des lois »²⁸ dans la perspective qui est la sienne de considérer que chaque acteur d'un système est contraint d'anticiper la façon dont les autres acteurs vont réagir à ses énoncés en se mettant ainsi en concurrence avec eux. Ainsi, le droit constitutionnel cesse-t-il

²⁴ Cette fois, le Préambule est au cœur des considérants et l'on sait toute l'encre que cela a fait couler.

²⁵ Décision sur la liberté d'association, pré-citée.

²⁶ Michel Troper, avec Véronique Champeil-Desplats, et Christophe Grzegorzczak, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Paris, 2005.

²⁷ Il existe cependant quelques « revirements de jurisprudence » mais ils sont rares et « ne s'inscrivent jamais véritablement en rupture avec l'évolution générale de la jurisprudence. Ils en forment, le plus souvent, la cohérence » explique Thierry Di Manno, in « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20, 2006, p.149, cité par Dominique Schnapper, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Gallimard, Paris, 2010 ; p.328. Dominique Schnapper montre ici en effet comment ces revirements sont souvent opérés au nom de la sécurité juridique.

²⁸ Michel Troper, *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 28 - Dossier : « L'histoire du contrôle de constitutionnalité »* - juillet 2010.

d'être simplement instrumentalisé à des fins d'expertise valorisante pour imposer au Conseil, au fil de son existence évolutive dont est garant celui-ci, une contrainte nouvelle, mais activement conçue pour élargir son espace de liberté et de pouvoir, rivalisant avec le Parlement. Ce détour par la théorie des contraintes éclaire, sans l'y réduire, l'usage du droit par le Conseil constitutionnel. Enfin, si les membres du Conseil constitutionnel ne parlent pas nécessairement d'une même voix sur ces approches, il importe de préciser que des enjeux de persuasion²⁹ sont alors à l'œuvre qui l'emportent en général dans cette optique de préservation d'un pouvoir acquis.

Mais si nous avons souligné la quête de crédibilité du Conseil à travers un usage mesuré du droit constitutionnel, nous ne pouvons passer sous silence le fondement de ce besoin de crédibilité, d'autant moins que nous l'avons largement questionné dans la première partie. Dès les premiers débats, apparaît la conscience partagée d'une fragilité de l'institution eu égard à la légitimité électorale qui prime. Cette conscience exprimée souvent comme un sentiment empreint d'inquiétude révèle l'adhésion de membres du Conseil constitutionnel à un certain esprit démocratique, souvent renforcée par leur appartenance antérieure à d'autres institutions démocratiques de la Ve République. Toujours est-il que les contraintes qui l'obligent et l'autorisent concomitamment à faire œuvre de cohérence juridique sont elles-mêmes le produit du système démocratique en place. En effet, s'installer dans un système impose la maîtrise de certaines contraintes de par l'influence des capacités d'agir des acteurs existants sur les nouvelles interactions à venir, espérées, escomptées ou simplement possibles. A cet égard, il nous semble fructueux d'envisager la théorie des contraintes juridiques comme une adaptation aux cours constitutionnelles d'une théorie des systèmes plus globale dont l'une des plus emblématique serait pour notre propos celle de Niklas Luhmann, notamment lorsqu'il établit que « l'on peut considérer la société comme fondamentalement différenciée à partir du moment où elle forme des sous-systèmes principaux dans la perspective de problèmes spécifiques, qui devront être résolus dans le cadre de chaque système fonctionnel correspondant »³⁰. Faisant droit à la capacité créatrice de l'interprétation, Luhmann la dédramatiserait en considérant l'interprétation comme un vecteur d'auto-adaptation à son environnement du système ou sous-système dont elle émane ; ainsi, le droit constitutionnel issu de l'interprétation et de la jurisprudence des Cours constitutionnelles peut-il être envisagé comme un système social auto-référencé s'inscrivant ainsi dans son environnement global. Pourtant, les stratégies déployées pendant les délibérations du Conseil constitutionnel signalent aussi l'attention particulière portée à l'ajustement entre les systèmes, entendons ici les différentes institutions auxquelles s'adressent les décisions du Conseil, et nous conduisent plutôt à ne pas conclure trop hâtivement à l'automatisme de l'ajustement inter-systémique, sans rien ôter à la pertinence du propos systémique. L'adaptation du Conseil constitutionnel, considéré comme un système de production de jurisprudence, à son environnement à savoir les institutions politiques de la Ve République, est certes mue par l'interprétation qu'il choisit

²⁹ Suivant alors l'approche de Chaïm Perelman, dans *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, avec Lucie Olbrechts-Tyteca, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009. signalons qu'une rhétorique de la persuasion travaille avec succès les délibérations où se joue cette question de l'influence du Conseil mais nous nous en détachons lorsqu'il estime que le raisonnement du juge est directement manifesté l'arrêt qui motive sa décision, pour la simple raison que ces débats secrets témoignent de raisonnements dont les seules motivations ne peuvent rendre compte justement parce qu'elles sont en partie issues d'un jeu d'arguments qui serait révélateur d'une activité non exclusivement juridique du Conseil constitutionnel quand celui-ci semble particulièrement attaché à ne montrer de lui-même que cette facette experte, qu'elle le protège des accusations de compromission avec le pouvoir ou qu'elle installe avec clarté son périmètre d'action.

³⁰Niklas Luhmann, *Politique et complexité. Les contributions de la théorie générale des systèmes*, Paris, Le Cerf, 1999, p. 43.

de faire de la Constitution mais selon une relation de dépendance vis-à-vis de cet environnement qui ne se réduit pas à l'impact de sa jurisprudence sur celui-ci : il se révèle déjà à l'œuvre dans ce travail d'interprétation même, prenant en effet en charge certaines caractéristiques propres aux autres systèmes sous-tendant l'échange relationnel. A cet égard, l'approche systémique de Michel Dobry nous paraît porteuse de la synthèse qui nous manquait : il précise en effet que « les secteurs se caractérisent, dans les conjonctures routinières, par leur capacité à réaliser la fermeture de l'espace de référence obligé des calculs de leurs membres ou, mieux, par leur capacité à réaliser la captation des calculs de ces derniers »³¹. Cette idée de la captation des calculs des différents systèmes mis en relation semble pouvoir procurer une intelligibilité théorique à la façon dont les délibérations du Conseil constitutionnel expriment une référence aux intérêts de l'institution qui le saisit.

Enfin, si l'expertise juridique apparaît comme une justification acceptable par les gouvernés et tous les acteurs concernés dans un Etat de droit démocratique, une légitimité-légalité permettant donc au Conseil d'installer sa crédibilité en face d'une légitimité traditionnelle intériorisée de longue date et souvent réduite à l'idée démocratique elle-même, à savoir la légitimité électorale, si cette expertise juridique affichée permet aussi de pérenniser cette crédibilité à travers le respect de contraintes jurisprudentielles bien comprises, elle n'opère pas par sa seule logique, nonobstant sa force auto-référencée et auto-contraignante permettant de légitimer un discours en même temps qu'elle le canalise, mais aussi à travers une prise en compte attentive de ses interlocuteurs ; or, cette prise en compte, loin d'être anodine, influe directement les choix interprétatifs au cours des délibérations et, par suite, la jurisprudence à venir. Il s'agit à présent d'en mettre au jour les ressorts.

3. Respecter le processus de légitimation dominant pour se légitimer : reprendre à sa charge le consensus social sous-tendant le vote en démocratie.

Tout en comptant sur la force persuasive de l'invocation du droit et sur sa capacité à s'imposer comme une référence via une jurisprudence cohérente, les membres du Conseil constitutionnel sont très vite conscients du fait que ceux qui le saisissent expriment une attente particulière. Non seulement prennent-ils soin de reformuler cette attente, mais l'on assiste surtout à une recherche de positionnement de leur part face à cette attente ; cela est d'autant plus remarquable que la saisine du Conseil, donc son activité politique, au-delà du respect des règlements des assemblées et des procédures électorales, voire des lois organiques, dépend des autres, comme en témoigne l'un des tout premiers débats de 1960 sur l'auto-saisine³² : Vincent Auriol, partisan de l'auto-saisine, y explique que le Conseil ne devrait pas être autant dépendant des considérations constitutionnelles discrétionnaires des autres institutions ; le respect de la Constitution est la mission du Conseil et « ce n'est pas gouverner que demander le respect de la Constitution ». Cette dépendance sera néanmoins sagement admise par ses collègues au nom d'une conception de la légitimité démocratique explicitement définie comme électorale. Il s'agira dès lors de faire jouer cette dépendance en sa faveur au lieu de s'acharner à l'anéantir sans appui justifié. Ainsi, pour avoir un impact sur la vie politique, le Conseil estime-t-il devoir non seulement prononcer des décisions acceptables et cohérentes, mais aussi être reconnu comme un maillon nécessaire au bon fonctionnement

³¹ Michel Dobry, *Sociologie des crises politiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 1992 (1re éd. : 1986), p.102.

³² In *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Op.Cit., p. 60-62

du système ; et quand sa saisine n'est pas obligatoire, elle doit susciter l'intérêt de ceux qui peuvent s'en prévaloir.

Or, les quinze premières années du Conseil sont mues par une saisine constitutionnellement prévue pour le Président de la République, le Premier ministre et les Présidents des deux chambres ; suivant notre logique, rien d'étonnant si l'on trouve dans les délibérations une attention particulière accordée à ces auteurs des saisines. La volonté est en effet affichée et déterminante dans les débats – c'est pourquoi nous la retenons - de provoquer un dialogue avec ses interlocuteurs en les comprenant, en situant les enjeux qui sont les leurs, en servant leur cause plus qu'en ne les jugeant froidement. C'est explicitement affirmé dans le cas des premières saisines par le Président de la République, où l'attachement des membres du Conseil à la personne du Général de Gaulle, n'explique pas, seul, les choix résolument suiveurs de ce dernier mais se trouve renforcé par l'association alors courante entre la nation, les citoyens, et le Président d'un côté, association majorée par l'élection du Président de la République au suffrage universel, et celle tout aussi courante entre le Président et la Constitution. Quand la saisine est parlementaire, il s'agit, selon exactement la même optique, d'intégrer les travaux et les difficultés éventuelles du Parlement, quand bien même la mission du Conseil est de contrôler ce dernier.

Mais la manœuvre n'est pas mécanique et ses limites en nourrissent d'ailleurs l'intelligibilité. A titre d'exemple, dans la délibération de 1971 déjà citée, sur la liberté d'association, les discussions ont largement la saveur du droit mais les propos déclenchant de nouvelles réflexions portent davantage sur l'opportunité de la loi : le rapporteur, François Goguel, défend la loi et donne de nombreux arguments juridiques en faveur de sa constitutionnalité mais en se mettant à la place du Gouvernement et de l'Assemblée nationale qui a voté la loi ; il cherche à expliquer leur point de vue au-delà de l'adéquation du texte à la Constitution, en citant d'ailleurs le respect du Préambule. Il n'y trouve rien que la future loi puisse contrarier et va même chercher à dégager parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) dans le Préambule de 1946, celui que la nouvelle loi mettrait à mal. Non seulement parvient-il à expliquer, à partir des travaux préparatoires au Préambule, que la liberté d'association ne saurait constituer en soi un PFRLR, mais il en dégage aussi un nouveau, n'apparaissant textuellement nulle part, et dont une telle qualification vient renforcer l'impact de ce qui dès lors ne ressemble plus à une simple conviction : « C'est un des principes fondamentaux de la République qu'elle se défende quand on la menace ». Voilà de quoi réjouir les tenants d'une vision du juge constitutionnel créateur de droit. Toujours est-il que l'argument s'expose à la critique et la réplique vient de Paul Coste-Floret qui s'en remet plus directement à la description stricto sensu d'une loi qui va remplacer un système répressif par un système préventif et, qu'en conséquence, elle contrarie la liberté d'association déjà reconnue à deux reprises par le Conseil d'Etat comme une liberté fondamentale. Si une certaine interprétation libérale de la Constitution l'emporte, c'est donc d'abord au nom d'un certain respect du corpus juridique dans son ensemble, et si l'on peut émettre quelques doutes sur la neutralité partisane du rapporteur qui semble résolu à défendre cette loi pour de seules raisons juridiques, il est intéressant de noter que l'argument ayant prévalu sur ses précautions vis-à-vis du Parlement, est celui de Luchaire rappelant que le Conseil avait à présent commencé à se présenter comme le défenseur des libertés³³ ; ainsi, celui-ci s'estime-t-il au moins sur le même plan de crédibilité que le Parlement sur cette question des libertés ; sa crédibilité posée sur ce terrain, il est moins soucieux de témoigner au Parlement un respect minutieux de ses choix, ce qu'il manifestera plus instamment sur des sujets où le Parlement est alors censé, seul, avoir son mot à dire. Quand la saisine devient

³³ Depuis 1971, dont nous avons évoqué la délibération associée à la célèbre décision dite « liberté d'association ».

celle d'une minorité parlementaire, à partir de 1974, le dialogue avec le Parlement s'affirme peu à peu comme un sillon à suivre pour le Conseil, à la faveur de l'inflation des saisines pour contrôle de constitutionnalité des lois³⁴. La délibération sur la loi organique³⁵ suivant cette réforme est à ce titre révélatrice : le rapporteur commence par expliquer que, jusqu'à présent, la prédominance de l'exécutif était assurée par le contrôle visant à limiter les excès du législatif ; le Conseil était alors, rappelle-t-il ironiquement, « un canon braqué contre le Parlement », mais il rajoute cette petite phrase à l'écho atemporel et pragmatique, affirmant que « cette vue procédait d'une analyse trop marquée par les circonstances du moment, et trop négligente à la fois du texte de la Constitution et de l'évolution naturelle des choses qui fait qu'une institution tend toujours à développer ses raisons d'être ». Enfin, le rapporteur se réjouit, en tout cas, que le Conseil vienne ainsi de « trouver sa récompense ». Les travaux du législateur sont alors de plus en plus étudiés et l'occurrence de l'expression du respect indispensable de la volonté de ce dernier auquel il ne faudrait surtout pas se substituer est résolument très fréquente dans les délibérations.

La délibération sur la constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse (loi IVG) des 14 et 15 janvier 1975³⁶ est très révélatrice en la matière. Les débats parlementaires, ont été denses, souvent passionnés et sont d'ailleurs salués dès le début de la délibération par le rapporteur François Goguel, parlant d'un « hommage » au Parlement et du fait que la loi votée l'a été pour correspondre à « la moins mauvaise des solutions ».

Cette délibération montre en même temps la spécificité des arguments du Conseil constitutionnel de façon d'autant plus éclairante que le rapporteur rend précisément, dès le début, cet hommage au législateur, avant d'engager les débats sur un terrain qui n'est plus celui du législateur ; le rapporteur n'est pas pour autant l'avocat des auteurs de la saisine ; il va présenter son point de vue argumenté, sans le placer dans un rapport de force avec le législateur sur un sujet délicat ayant fortement divisé l'opinion publique et souvent violemment, dans les termes du moins, animé les débats parlementaires. Il s'agit, dit-il, de « tenir compte des conditions satisfaisantes dans lesquelles cette loi a été discutée » après avoir rappelé combien sur le fond, les discussions furent profondes.

A l'issue de son exposé, le rapporteur s'autorise l'expression de ses convictions personnelles – pour résumer, ses convictions religieuses le détournent de l'IVG mais elles l'incitent aussi à considérer la situation malheureuse des mères célibataires obligées d'avorter dans des conditions déplorables, ce qui rejoint l'opinion publique devenue alors majoritaire - mais le Président Roger Frey s'empresse de rappeler que « les responsabilités du Conseil ne se confondent pas avec celles du législateur » et que raisonner ainsi en opportunité n'entre donc pas dans la mission du Conseil. S'il y a continuité avec le législateur, cela passe donc aussi par le respect du rôle de chacun et ce respect, en l'espèce, sert un Conseil soucieux de ne se distancer que lorsqu'il en a acquis la légitimité, au moins jurisprudentielle.

Il faut donc, une fois de plus, comprendre et respecter l'action parlementaire sans se substituer à sa capacité d'appréciation comme le dira fameusement l'un des considérants³⁷ de cette décision, souvent ensuite invoqué par le Conseil comme une étape de l'évolution de sa jurisprudence. Mais comprendre l'action parlementaire invite à débattre au fond, au moins sur

³⁴ Les saisines pour contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires passent de 4 en neuf ans lors des présidences antérieures du Conseil à une quarantaine entre 1974 et 1981 puis à 75 entre 1981 et 1986.

³⁵ Séance du 23 décembre 1974, consultable auprès des Archives nationales de la Ve République française, Fontainebleau, sous le versement général n° 20040168.

³⁶ In *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, *Op. Cit.*, p. 266-286.

³⁷ Premier considérant de la décision 74-54 DC du 15 janvier 1975 consécutive à cette délibération (IVG) : « Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen », site internet du Conseil constitutionnel, *conseil-constitutionnel.fr*, rubrique Décisions/Dates/1975.

un plan conséquentialiste : la prise en compte des conséquences sociales de décision du Conseil constitue aussi un moment déterminant des délibérations dans un souci prudentiel servant son installation au sein du système démocratique de la Ve République.

La première loi sur les nationalisations fin 1981³⁸, expression hautement symbolique du changement de majorité au pouvoir après la victoire du Président socialiste François Mitterrand, fait, sans surprise, l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel qui va l'amener à considérer un tel conséquentialisme. Le rapporteur Georges Vedel commence par s'interroger sur la définition de la « nécessité publique » prévue à l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC), comme seule capable de remettre en cause la propriété privée. Comment justifier ici ce besoin de nationaliser autant de secteurs industriels et bancaires ? Comment définir dans ce cas les conditions d'une juste et préalable indemnité (toujours selon l'article 17 DDHC) ? Dans quelle mesure une exploitation peut-elle acquérir les caractéristiques d'un service public national et justifier ainsi la collectivisation de la propriété privée (Alinéa 9 du Préambule 1946) dont la protection est pourtant le but de toute association politique (Article 2 DDHC) ? Le choix idéologique appartient au seul législateur, est-il alors précisé, qui a ici pour objectif « de réaliser le programme sur lequel les députés ont été élus » comme le rappelle le rapporteur, c'est une chose entendue ; la difficulté réside alors pour le Conseil constitutionnel dans la définition de « l'étendue de son contrôle ». S'il s'appuie sur le caractère toujours essentiel du droit de propriété dans la Constitution, sans pour autant remettre en cause le choix circonstanciel de nationaliser pour remédier à la crise, « sa décision devra indiquer que l'on ne peut nationaliser à jet continu et sans limite ». « La difficulté, poursuit le rapporteur, est que cela revient à poser un contrôle futur de la nécessité publique, ce qui pose des problèmes ». Et de poursuivre de façon particulièrement éclairante sur la nature politique du propos : « Si le Conseil veut poser un garde-fou interdisant de passer, sans révision constitutionnelle, d'un régime de propriété privée à un régime collectiviste, il ne dispose guère de bases constitutionnelles solides ». Nous assistons ici à une inversion de polarité : passée de l'appréciation par le législateur de l'utilité publique et de la seule possibilité pour le Conseil de rappeler à ce dernier le fondement politique de cette appréciation –ce qui relevait déjà d'une réflexion politique -, elle oscille à présent davantage du côté du Conseil qui entend contrôler le passage d'un régime à un autre, au nom certes de la place incontournable de la propriété privée dans la Constitution, mais surtout en cantonnant le législateur à un rôle purement conjoncturel. Cette conclusion du rapporteur est à ce titre éloquente : « Il importera néanmoins de marquer qu'il existe des seuils que le législateur ne peut franchir sans que la Constitution soit révisée ». Il ne s'agit donc plus de la loi présente mais des conséquences de la décision du Conseil.

Ainsi, peut-il faire vivre la Constitution en écoutant l'attente sociale, comme la délibération sur l'IVG l'a aussi particulièrement illustré, ou encore en explicitant les conséquences de ses choix, en partant de la stabilité des principes ayant prévalu jusque là. Mais la fragilité immédiate de ces principes est également mesurée. Le Président Frey s'interroge : « comment indiquer les limites surtout si nous précisons que le Parlement est souverain maître de l'appréciation de l'utilité publique ? » Et Vedel de suggérer « quelques lignes solides plutôt que de nombreux écriteaux », Cette réflexion conséquentialiste renvoie à un parti-pris sur ce que doit être l'intérêt général futur, mais au nom des principes de 1789.

Ainsi, est-ce à un argument de principe qu'il revient d'encadrer l'argument politique. Cela signale qu'à travers ce respect du Parlement, auteur de la saisine dont la légitimité est acquise, le Conseil renforce l'expertise juridique qu'il avait déjà su mettre en avant comme lui étant spécifique, par une capacité à situer les débats sur un plan qui ne vienne en aucun cas contrecarrer le mandat parlementaire mais plutôt lui rappeler les principes juridiques que

³⁸ La délibération, la plus longue sur la période que nous étudions, est consultable aux Archives nationales de la Ve République française, verbatim déjà indiqué.

l'argumentation politique ne peut omettre. « La question que l'on peut se poser est s'il y a ou non disproportion entre l'atteinte au principe d'égalité et l'intérêt qui est sauvegardé par la règle discriminatoire » précise le rapporteur. Or, nous pouvons alors nous interroger sur le principe d'appréciation lui-même : quel critère permet en effet de juger de cette « disproportion » ? Cette délibération montre que le Conseil constitutionnel pour en référer à des principes se fixe aussi pour tâche de les approfondir. Robert Lecourt le confirme ainsi : « Le Conseil constitutionnel a un certain pouvoir d'appréciation même s'il ne veut pas entrer dans un choix politique ». Louis Gros, lui, conclut rapidement qu' « il faut nationaliser toutes les banques ou n'en nationaliser aucune », signifiant ainsi que c'est bien à défaut d'un principe d'égalité supérieur qu'il s'en remet à une égalité purement formelle. Pour évoquer Dworkin³⁹ en nous autorisant à exploiter sa réflexion non plus sur le plan individuel mais sur celui des entreprises, s'il pouvait être démontré à Louis Gros que le droit pour toutes les banques à être traitées comme des égales impliquait le droit à ne pas être toutes semblablement nationalisées, celui-ci conclurait sans doute moins radicalement. Encore faudrait-il pour cela identifier le plan d'égalité qui permettrait de poser une telle implication. Monsieur Ségalat démontre l'existence en la matière d'une règle obligatoire, « si des différences de situations existent, elles justifient des différences de traitement. Les différences de situations qui, ainsi, peuvent être prises en compte pour définir le champ d'application d'une règle ou d'une exception, sont souvent des différences de droit mais aussi des différences de fait ». Or, « l'intérêt général comprend au premier chef le développement du commerce international et la place de la France dans un tel commerce. Il est donc nécessaire, et cette utilité ne saurait être contestée, de ne pas compromettre par la nationalisation les implantations bancaires à l'étranger qui souffriraient de mesure de rétorsion si l'exception de l'article 13 n'existait pas ». Le plan d'égalité que nous cherchions vient ainsi d'être dégagé : c'est celui de l'intérêt général considéré sous l'angle économique.

Cet argument de principe, encore un peu vague, est ici décisif, et n'est pas spécifique à cette délibération⁴⁰; il est au contraire particulièrement interrogé par le Conseil constitutionnel sur la période que nous étudions, afin, apprend-on, qu'en censurant la loi, le Conseil permette au Parlement de légiférer à nouveau en le reconsidérant comme étant au fondement non pas de la loi, dont le Parlement reste le maître, mais du pacte démocratique lui-même. Cette censure constructive rappelle ainsi la centralité matricielle de certains principes que le législateur demeure toutefois libre d'apprécier à sa guise.

Toujours est-il qu'en manifestant au Parlement une compréhension fine des enjeux politiques qui sont les siens, le Conseil se positionne plutôt comme un collaborateur de ce dernier. Il ne s'agit pas d'en conclure que le Conseil a pour seul souci ici de plaire au Parlement mais plutôt de considérer que l'auteur de la saisine revêt une importance double pour l'intérêt bien compris du Conseil constitutionnel : d'un côté, il doit avoir un intérêt à le saisir à nouveau et la cohérence de la jurisprudence l'y invite sans que cela suffise à créer l'intérêt ; celui-ci réside plutôt dans le fait que l'auteur de la saisine accroît sa propre légitimité sur le terrain de l'expertise en montrant aux citoyens qu'il est capable de remédier à

³⁹ « Je suggère également que les droits individuels à des libertés spécifiques ne doivent être reconnus que lorsqu'on peut prouver que le droit fondamental d'être traité comme un égal requiert ces droits », In Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Chapitre 12 « Quels droits avons-nous ? », PUF, Collection Léviathan, Paris, 1995, p. 390.

⁴⁰ Il est cité pour la première fois en 1973 lors de la délibération puis de la décision « Taxation d'office », n°73-51 DC, présente dans l'ouvrage de Dalloz dédié aux grandes délibérations déjà cité, au nom du principe d'égalité contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (DDHC) ; puis après cette délibération de 1981, il est encore amplement étudié en 1985 lors de la délibération sur la loi concernant l'évolution de la Nouvelle Calédonie où le projet de découpage des zones électorales est mis à l'épreuve du principe d'égalité selon qu'on en fonde la discrimination possible sur le seul critère démographique ou pas. Cette délibération du 08 août 1985 est consultable, elle aussi, aux Archives nationales de la Ve République française.

ses insuffisances juridiques en en tenant compte dans une version retravaillée de la loi ; un autre intérêt majeur à saisir le Conseil devient manifeste avec la saisine parlementaire à partir de 1974, à savoir, et c'est le Conseil lui-même qui analyse les propos du Parlement et du gouvernement à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la nouvelle loi organique consécutive à cette réforme, faire droit à l'opinion minoritaire ; d'un autre côté, le Parlement est lui-même doté d'une légitimité démocratique a priori plus forte que celle du Conseil puisqu'elle résulte de l'élection à la majorité donc la confiance qu'il manifeste au Conseil rejaillit positivement sur ce dernier à cet égard.

La lecture des délibérations du Conseil constitutionnel montre la récurrence de cette rationalité du Conseil, que la saisine provienne des quatre premiers personnages de l'Etat dont il s'agit de situer l'action dans son contexte ou de la minorité parlementaire dont il s'agit de mesurer l'écart par rapport à l'action prévue par la majorité sur le plan des principes constitutionnels, le choix des arguments interprétatifs les mieux adaptés, contraint par la jurisprudence propre du Conseil, l'est aussi par les sources exogènes que sont les enjeux politiques propres aux autres institutions ou aux auteurs des saisines qui, dans le cas contraire, auraient la possibilité de ne plus saisir le Conseil, voire d'en proposer une réforme. Les débats rendent compte de ces diverses prises en compte et si cette inquiétude n'est que rarement explicite, l'incertitude sur son avenir se manifeste lors des délibérations du Conseil par le souci énoncé de ne pas être lié. Ce qui revient à exprimer un certain désir de rester maître de ses procédures de fonctionnement et, ce faisant, de ses décisions. Il le fait en choisissant d'éduquer le Parlement à ce que doit être, par exemple, une saisine motivée.

La délibération d'août 1986 sur la loi relative aux examens et contrôles d'identité⁴¹ pose visiblement un problème politique au rapporteur qui la juge trop sécuritaire tout en admettant s'être cantonné à « chercher l'erreur juridique sans la trouver » et sans motif de non-conformité acceptable sur ce terrain, d'autant plus que cela contredirait la jurisprudence précédente du Conseil considérée comme « une garantie vis-à-vis de l'opinion et du Parlement, il va souligner, très vite rejoint par ses collègues et le Président Badinter, que la présente saisine est particulièrement laconique ; cela les conduira tous à privilégier une déclaration de conformité plutôt qu'à faire montre dans sa décision d'une motivation fine et détaillée qui pourrait donner du Conseil l'image d'une troisième chambre que l'on peut systématiquement saisir. Eduquer le Parlement au type de saisine sérieuse attendue par le Conseil non prévue comme telle dans les lois organiques, témoigne ici explicitement d'un souhait du Conseil de marquer son autorité ; ainsi, quand bien même sa délibération est détaillée, le Conseil constitutionnel ne restituera pas cela dans sa décision afin de ne pas « se lier » dit-il, en officialisant implicitement la possibilité pour le Parlement de ne rien développer de ses griefs dans ses saisines, attendant tout du Conseil. Pourquoi préférer éduquer le Parlement plutôt que d'accepter de se montrer comme une institution capable de soulever soi-même les problèmes et de les traiter ? Deux réponses s'associent l'une à l'autre dans ces débats du Conseil : avoir de l'autorité, c'est être respecté et ne pas se voir imposer une saisine non motivée, ce qui montre bien que l'autorité du Conseil passe par sa relation avec le Parlement et pas seulement par sa seule expertise souveraine à dire le droit ; par ailleurs, accepter de le faire dans ces conditions donnerait l'impression que le Conseil se réserve d'office la possibilité de relever une inconstitutionnalité et ferait rejaillir le risque toujours latent d'être taxé de troisième chambre. Si l'ironie transparaît difficilement dans des procès-verbaux de délibération, il en est tout de même une flagrante ici : le Conseil entend tout simplement ne pas montrer ce qu'il fait vraiment car la délibération est là qui témoigne d'analyses en droit autant qu'en opportunité. Enfin, cette attention aux institutions extérieures va plus loin encore quand s'intensifie l'invocation de l'opinion publique dans les délibérations

⁴¹ Consultable aux Archives nationales de la Ve République française, versement cité.

du Conseil : la décision en résultant jouira sans doute alors aussi d'une certaine adhésion populaire que le Parlement aurait tort de ne pas prendre en considération. Si ce faisceau de contraintes ne renvoie pas à ses seules dimensions endogènes porteuses d'impact sur leur environnement, elles font état d'un rapport de force où différentes rationalités pourraient s'affronter mais ne le font pourtant pas, au nom de leurs convergences possibles. Les délibérations du Conseil constitutionnel permettent de rendre compte de cette rationalité à l'œuvre et le contenu des échanges en jeu traduit des orientations politiques reconsidérées à l'aune de principes constitutionnels choisis pour renforcer l'adhésion aux différents pouvoirs en jeu par les premiers détenteurs du pouvoir en démocratie, les citoyens, qui apparaissent alors, à leur insu, comme les derniers bénéficiaires d'un dialogue canalisant un conflit institutionnel. Si nous avons pour ce travail utilisé ces délibérations secrètes comme une ressource possible mettant au jour une forme de légitimité en cours d'élaboration, le processus rendant celle-ci potentiellement opérante prend corps dans un autre type de délibération, entendu comme une relation d'intérêts bien compris entre institutions démocratiques, renvoyant donc, par définition au moins, aux citoyens.

Pour autant, cette spirale est in fine au service des citoyens, pour une bonne part au moins, par nécessité : parce que ce jeu s'inscrit dans un cadre démocratique dans lequel la communauté politique dans son ensemble se reconnaît comme le seul souverain capable de gouverner, le seul souverain légitime. Ce n'est en effet pas l'usage stratégique du droit constitutionnel par le Conseil qui suffirait à maintenir une dynamique démocratique, c'est la nature de ce droit constitutionnel comme reflet procédural de principes républicains garants d'une telle dynamique démocratique. En soi, le droit constitutionnel et le jeu des institutions qui s'y réfèrent semblent plutôt, par nature, a-démocratiques ; c'est le contenu de ce droit constitutionnel, et pas sa fonction, qui porte l'idéal démocratique spécifique à la Ve République française. Mais il nous faut nous objecter à nous-mêmes que ce contenu pourrait lui-même être traité de façon minimaliste ou tout au moins différente par le Conseil. L'étude des délibérations nous a permis d'isoler une partie de la réponse : les membres du Conseil constitutionnel ont conscience de la prééminence de la légitimité électorale propre à la démocratie dans laquelle ils s'établissent et ils vont pour cela chercher dans ce contenu constitutionnel ceux des principes démocratiques particuliers à la Ve République qui leur permettent d'avoir une audience auprès des auteurs potentiels des saisines. Ainsi subordonnés au souverain, toujours plus légitime qu'eux, les membres du Conseil constitutionnel valorisent les principes constitutionnels démocratiques dont ils sont les garants comme des moyens imparables de se rendre indispensables en tant que réconciliateurs de la pluralité démocratique, en remettant d'ailleurs de moins en moins radicalement en cause une loi et préférant des non-conformités partielles.

Conclusion

Ainsi, le choix d'une interprétation de la Constitution respectueuse du consensus social, entendu ici comme le lien dynamique entre principes démocratiques historiques fondamentaux, contexte politique et attentes contingentes, s'affirme comme une clarification des critères de décision du Conseil constitutionnel. La jurisprudence en découlant en est dans le même temps un adjuvant puissant mais elle le dispute, en matière de conception par le Conseil de sa propre légitimité, reflétée par le recours crédible qu'il représente pour ceux qui le saisissent, à la légitimité indiscutable de ceux-là même.

Les évolutions récentes de la saisine vers la fameuse Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC), si elles ne font pas partie de notre matériau, méritent un mot à l'horizon des quelques analyses dégagées ici : le fait que des citoyens puissent à présent, dans le cadre d'un procès et moyennant l'accord de la Cour souveraine dont dépend le procès, la

Cour de Cassation ou le Conseil d'Etat, saisir le Conseil constitutionnel afin d'invalider une loi déjà promulguée – et ce n'est pas la moindre des nouveautés- semble suivre un parcours d'élargissement progressif de la saisine. Nous nous garderons pourtant de parler de démocratisation de la saisine car le terme ne nous semble garder de l'idée de démocratie que celle du grand nombre : savoir si celle de gouvernement par ce grand nombre perdue est une autre question ; or, notre raisonnement est parti des interrogations exprimées par les membres du Conseil pour accroître leur pouvoir de manière acceptable dans un contexte démocratique régi par le suffrage électif, pour montrer que ces inquiétudes pouvaient s'estomper à la faveur d'une relation de subordination vis-à-vis du souverain reconnu comme tel en démocratie. La QPC semble à première vue s'inscrire dans un parcours où le souverain fut d'abord le chef de l'Etat charismatique, puis le Parlement représentatif et enfin, aujourd'hui, les citoyens directement selon une tendance comparable à celle que Bernard Manin identifie avec l'émergence de la « démocratie du public » ; son caractère central, analyse-t-il, « est que les citoyens participent aux élections en fonction du contexte »⁴², tandis que les clivages socio-économiques et culturels, sans avoir cessé d'exister, sont mouvants et n'ont plus la stabilité qui leur permettait de s'exprimer de façon différenciée dans les partis. Le consensus social ne serait plus à résoudre à travers la tension majorité-minorité traduite par les partis mais à travers une majorité de minorités en présence.

Or, une schématisation de la forme de légitimation à l'œuvre dans une perspective délibérative entre institutions démocratiques nous conduit à en poser ainsi les prémisses : les citoyens, cherchant à se gouverner eux-mêmes, privilégient une forme de légitimité démocratique par rapport à toute autre, que nous nommerons « L », c'est-à-dire une modalité d'acceptation de leurs institutions politiques en tant que responsables d'organiser leurs actions collectives ; un autre type de légitimation « l » est alors envisageable qui combine, à un niveau d'acceptabilité nécessairement plus faible, un type propre de discours « R », en appui sur des règles par ailleurs déjà acceptées, et dont la capacité d'auto-engendrement soit en effet subordonnée à la capacité que lui reconnaît le système auréolé de la légitimité « L » à l'entretenir comme tel. Nous pouvons à présent aisément identifier les limites, au plan démocratique, d'un tel processus de légitimation : dynamique, pourrait-il conduire à la position où les citoyens préfèrent la légitimité « l » à « L » ? Cela n'est-il pas logiquement prévisible, au-delà même de tout processus d'intériorisation également à l'œuvre, à partir du moment où « l » servirait mieux les attentes des citoyens ? Si techniquement rien ne peut nous surprendre, il nous faut, tout en restant de ce côté hypothétique du miroir, rappeler que le postulat premier est celui d'une société démocratique, c'est-à-dire une société où les citoyens se donnent eux-mêmes leurs lois. La question qui se pose alors est de savoir ce que ces citoyens entendent par loi : s'il s'agit d'un énoncé capable d'organiser leur vie collective dans les libertés qu'elle autorise, associées aux limites qu'elle impose, au nom d'un choix délibéré fondé sur des principes partagés autour de l'idée commune qu'ils se font de leur société, n'y a-t-il pas fort à parier que la légitimité L n'a pas été privilégiée par hasard mais eu égard à la façon dont elle renvoie à ce choix délibéré ? Basculer de L à l implique alors non seulement que l serve mieux les attentes des citoyens mais que ces attentes elles-mêmes aient changé ; notre modèle de légitimation prévoit en effet une subordination de l à L mais pas de décrochage de L vers l. En des termes plus familiers, nous prétendons ici que la légitimité élective reste à ce jour la plus garante de l'expression des attentes des citoyens vis-à-vis de leurs institutions démocratiques en tant qu'ordonnant leur vie selon les principes fondamentaux de la liberté et de l'égalité, le second permettant de circonscrire le premier dans une visée collective consubstantielle à l'idée même de société. Une institution qui manifeste

⁴² Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, Paris 2012 pour la dernière édition ; p.327

une expertise propre à la grammaire spécifique de la loi, le droit, et qui entend raffiner l'usage que les citoyens en font, à travers leurs représentants élus, sert le consensus social et gagne peu à peu sa place parmi les institutions démocratiques, dans un processus qui par définition, est sans fin. Dès lors que les citoyens perdent de vue l'idéal collectif qui les unit au profit d'une visée purement libérale, en tant que détachée de tout consensus social, le principe d'égalité, nous l'avons vu, peut contenir encore l'idéal démocratique mais il ne semble néanmoins pas superflu de se demander si des citoyens qui deviendraient exclusivement préoccupés par leurs droits individuels, en privilégiant l'institution la plus apte à les leur garantir, ne perdraient pas tout contact avec l'idée collective et élective qui faisait d'eux des citoyens libres de se donner leur loi, à présent qu'ils seraient devenus des individus libres ne plus rien choisir excepté la liberté d'obéir à des injonctions de régulation qui peuvent bien avoir d'autres maîtres.

Ce n'est alors pas au processus de légitimation dessiné qu'il faut imposer des limites : ses conditions de réalisation démocratique sont claires qui s'appuient sur la subordination au souverain, le peuple. C'est à ce dernier de ne pas oublier sa condition démocratique.