

La doctrine contre le Conseil constitutionnel. (Petite) Histoire d'un combat perdu qui ne pouvait être gagné

Armel Le Divellec
Professeur de droit public à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)
Centre d'études constitutionnelles et politiques.

« Je suis contre le Conseil constitutionnel. Tout contre. »
(Anonyme, librement inspiré de Sacha Guitry)

Dans un ouvrage général, publié en 1960, portant sur le droit français dans toutes ses branches, le privatiste René David crut bon d'écrire : « l'absence d'un contrôle organisé de la constitutionnalité des lois enlève au droit constitutionnel, en France, une grande part de l'intérêt qu'il peut avoir en d'autres pays. »¹

Quelque vingt ans plus tard, Jean Rivéro, dans un rapport resté célèbre, croyait pouvoir dire en conclusion d'un colloque tenu à Aix-en-Provence : « Voilà que le droit constitutionnel devient un vrai droit alors qu'on pouvait se demander pendant longtemps s'il était un droit comme les autres, sanctionné par un juge »². Nul doute que René David l'aurait approuvé s'il s'était trouvé là.

Ainsi, pour ces deux éminents professeurs, la qualité et l'intérêt véritable de la discipline *droit constitutionnel* étaient directement liés à l'existence d'une juridiction constitutionnelle. Depuis, la quasi-totalité de la doctrine française considère que l'acculturation de la justice constitutionnelle dans la France légicentriste où dominait le primat du politique entendu classiquement (du politique pur, faudrait-il ajouter) est, pour l'essentiel, acquise et constitue une donnée irréversible du constitutionnalisme français. Certains ne se lassent pas de la célébrer avec plus ou moins d'emphase, d'autres en prennent sobrement acte, d'autres enfin s'y résignent. Rares ont été et sont aujourd'hui encore les véritables dissidents. C'est (principalement) d'eux dont il va s'agir dans les lignes qui suivent.

Il n'y a pas lieu de s'étonner d'un tel sujet : depuis toujours, la doctrine juridique française n'a pas hésité à se départir de l'impératif de neutralité axiologique exigé (ou revendiqué) par le positivisme méthodologique/épistémologique. Bien qu'ayant gagné en rigueur et en « scientificité » depuis la fin du XIX^e siècle, les universitaires, en droit public, n'ont jamais renoncé à exprimer plus ou moins ouvertement leurs préférences en termes de politique constitutionnelle, même masquée derrière un discours savant et/ou purement technicien. Prendre position positivement ou négativement sur telle ou telle institution juridique (ici, la justice constitutionnelle) a toujours fait partie du discours doctrinal, en particulier en France.

¹ R. David, « Le droit constitutionnel », in R. David (dir.), *Le droit français*, L.G.D.J., 1960, p. 109-112 (111). Au regard du propos, il est probable que le texte avait été écrit avant l'été 1958. Il ajoutait : « les constitutionnalistes français cherchent à donner de l'intérêt à leur sujet en s'en évadant vers les hauteurs de la science politique. Attirés et absorbés par la science politique, les constitutionnalistes français paraissent même avoir négligé certains problèmes juridiques qui pourtant semblaient devoir relever de leur discipline... ».

² Rapport de synthèse, in *Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Economica, 1982, p. 528-529.

Pour autant, une fois une nouvelle institution créée, la plupart des juristes ne se sentent pas nécessairement la vocation à la contester trop bruyamment, surtout si elle répond à une ambiance largement diffusée dans le milieu ou la société toute entière (ici : l'idée de protection de l'individu contre la puissance publique, l'Etat de droit)³.

Pour ordonner notre récit, il sera procédé en deux temps : d'abord un aperçu, dans l'ordre chronologique (car la chronologie compte, un peu, pour un tel sujet), des contributions doctrinales critiques envers la justice constitutionnelle, puis une tentative de synthétiser les différentes facettes de l'argumentation⁴.

I. Une attitude différenciée dans le temps : entre indifférence, célébration, scepticisme et critique

La question de la justice constitutionnelle n'a occupé qu'une place relativement marginale dans les débats doctrinaux français avant 1958. Si des débats ont bien eu lieu à ce sujet, si les auteurs les plus éminents ont pris position⁵, il n'en demeure pas moins que ce n'était pas un point central de leurs préoccupations, ce que confirme encore la période de la IV^e République⁶. Pour autant, la formule du « gouvernement des juges » était largement répandue depuis le livre d'Edouard Lambert en 1921. Elle est invoquée à plusieurs reprises dès les premiers débats au cours du processus constituant de 1958. Ainsi le 1^{er} juin 1958, déjà, par Pierre-Henri Teitgen, député M.R.P. mais également professeur de droit public : « *En France, il n'y a pas de pouvoir judiciaire mais une autorité judiciaire et elle est chargée d'appliquer la loi. On nous propose de hausser l'autorité judiciaire au rang de pouvoir et parce qu'elle devient un pouvoir on lui permet de contrôler la constitutionnalité des lois, c'est-à-dire de déclarer que telle loi votée par le Parlement est annulée parce qu'elle viole la Constitution. C'est le Gouvernement des juges. C'est un système qui fonctionne en Amérique et qui dérive de la séparation stricte des pouvoirs.* »⁷. Le commissaire du gouvernement, Raymond Janot, ne sera pas en reste, qui évoque lui aussi la formule à plusieurs reprises⁸. Qu'en a-t-il été par la suite ?

³ Il se peut même que, par goût de la provocation (?), on aille jusqu'à revendiquer hautement : ainsi, Wanda Mastor et son « Plaidoyer pour le gouvernement des juges », in S. Mouton, *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, L.G.D.J., 2016, p. 63-74. Plaidoyer toutefois tempéré peu après : W. Mastor, « Enième retour sur la critique du "gouvernement des juges". Pour en finir avec le mythe », *Pouvoirs*, n°178, 2021, p. 37-50.

⁴ L'ampleur démesurée prise par la littérature en langue française autour du Conseil constitutionnel contraint évidemment à être sélectif. Le présent texte ne prétend aucunement être exhaustif ; il faut simplement espérer n'avoir pas ignoré des contributions majeures.

⁵ M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Economica, 1992. Renaud Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, L.G.D.J., Fondation Varenne, 2009. On trouvera de nombreuses références bibliographiques dans G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, P.U.F., coll. « Thémis », 5^e éd. 2020.

⁶ Benjamin Fargeaud, *La doctrine constitutionnelle sous la IV^e République*, Dalloz, 2020.

⁷ P.V. de la commission du suffrage universel de l'Assemblée nationale, in *Documents pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958* (désormais: *DPS*), La Documentation française, t. I, 1987, p. 148. Il y a sept occurrences de l'expression dans les débats devant le Comité consultatif constitutionnel (outre celle de Teitgen, qui répète son propos déjà cité, celle d'un autre député et professeur de droit, Paul Coste-Floret).

⁸ Ainsi le 7 août 1958 : « *D'après la jurisprudence, le préambule de 1946 et la Déclaration de 1789 ont valeur législative (...). Mais ni la Déclaration, ni le préambule n'ont, dans la jurisprudence actuelle, valeur constitutionnelle. Leur donner valeur constitutionnelle aujourd'hui, au moment où on crée un Conseil constitutionnel, c'est aller au-devant de difficultés considérables, et c'est s'orienter dans une très large mesure*

A. 1958-1970 : Le Conseil constitutionnel, un objet périphérique pour la doctrine

Si la création, en 1958, du Conseil constitutionnel, présenté comme une amplification du Comité constitutionnel de 1946, n'avait évidemment pas manqué d'être remarquée par les professionnels du droit, il convient de se rappeler que la nouvelle institution, encore peu active, occupa longtemps une place ridiculement faible dans les publications, en particulier dans les manuels⁹.

L'une des rares exceptions fut, on le sait, Léo Hamon qui, tout juste agrégé en droit public, décida de l'intéresser à la nouvelle institution sans a priori négatif et lui consacra des chroniques régulières¹⁰.

En revanche, deux professeurs de droit public qui, à l'époque, comptaient parmi les très rares experts français de la justice constitutionnelle, furent moins tendres. Roger Pinto, spécialiste du système américain¹¹, se fit immédiatement très critique : « *Les commentateurs quasi-officiels de la Constitution de 1958 ... (prétendent que) le Conseil constitutionnel (est) un organisme « politico-juridique » (...) [12]. Mais le qualificatif « juridique » est de trop. Il s'agit purement et simplement d'un organisme politique. (...) [II] est une sorte de conseil de tutelle, chargé de surveiller les écarts du Parlement et de les empêcher. Il statuera en fonction de l'opportunité politique et non des principes juridiques de la Constitution* ». Evoquant les premières décisions du Conseil constitutionnel, relatives aux règlements des assemblées parlementaires, il notait que « *Leur motivation ne procède pas d'une discussion d'ordre juridique. (...) [II] n'énonce aucun critère d'interprétation des règles constitutionnelles. Il ne démontre pas, comme l'office du juge l'exige. Il affirme, tel un oracle* »¹³. Pinto réitérera, bien plus tard, ses vues critiques sur le Conseil constitutionnel dans une Tribune parue dans *Le Monde*, le 25 janvier 2001 : « Les excès du Conseil constitutionnel ».

De son côté, Charles Eisenmann, l'autre grand spécialiste français de la justice constitutionnelle (sa thèse, pionnière à certains égards, portait sur la Cour constitutionnelle d'Autriche fondée en 1920), passée sa mordante critique des nominations au premier Conseil

vers ce Gouvernement des juges, que beaucoup d'entre vous croyaient redoutable. » (Raymond Janot, Comité consultatif constitutionnel, in *DPS*, t. II, p. 256).

⁹ Ainsi, par exemple, le manuel de Georges Burdeau (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., 14^e éd. 1969) ne lui consacre que six pages (sur les 624 que compte l'ouvrage) dans le chapitre général consacré à la notion de constitution et aucun passage spécifique dans le dernier chapitre traitant des organes juridictionnels de la V^e République. Celui d'André Hauriou (2^e éd. 1967) se limite à cinq pages (sur 848) et une douzaine de courtes occurrences. Dans celui de Marcel Prélot (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 3^e éd. 1963), un chapitre sur le Conseil constitutionnel voisine avec le Conseil économique et social et le Conseil supérieur de la magistrature dans un titre intitulé « Les Conseils » ; il occupe dix pages sur 858. On trouvera une bibliographie quasi-exhaustive de la littérature de droit constitutionnel de la V^e République jusqu'en 1975 dans : M.-C. Bergères et D. Linotte, « La doctrine française et les Institutions de la V^e République », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, t. 24, 1975, p. 309-338. Sauf erreur de ma part, il faut attendre 1970 pour que paraisse le premier (petit) livre consacré au Conseil constitutionnel, celui de Georges Dupuis, Jacques Georgel et Jacques Moreau (paru chez Armand Colin, Dossier U2, 104p).

¹⁰ Ses *Notes et chroniques sur le conseil constitutionnel* viennent d'être publiées (Dalloz, 2021). Sur le sujet, v. Florence Blondeau, « Léo Hamon, premier annotateur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n°27, 2007, p. 481-495. Également dans P. Charlot (dir.), *L'œuvre de Léo Hamon*, Dalloz, 2012, les contributions d'E. Thiers, P. Charlot et P. Wachsmann.

¹¹ A commencer à sa thèse doctorat à Paris : *Des juges qui ne gouvernent pas. Opinions dissidentes à la Cour suprême des Etats-Unis (1890-1933)*, Sirey, 1934. Sur Pinto, v. C. Brami, *Des juges qui ne gouvernent pas. Retour sur les idées constitutionnelles de Roger Pinto*, L'Harmattan, 2005.

¹² Pinto se réfère aux *Commentaires sur la Constitution*, Notes et Etudes documentaires du 11 avril 1959, n°2530, p. 24.

¹³ « Le contrôle de la constitutionnalité des lois et la Constitution de 1958 », *Etudes juridiques*, 1959, rééd. in Pinto, *Au service du droit*, Publications de la Sorbonne, 1984, p. 85-86.

en 1959¹⁴, rendit cependant très tôt les armes. Tourné davantage vers le droit administratif à cette époque de sa carrière, il s'intéressera peu au Conseil constitutionnel¹⁵ et juge en 1973 : « *Je serais donc porté en définitive à conclure que l'état actuel du droit français quant à notre problème est satisfaisant dans son principe ; que par contre, bon nombre de modalités appellent de très sérieuses critiques et devraient être révisées en un sens beaucoup plus correct* »¹⁶.

Au reste, on peut encore signaler les développements de Jean Chatelain dans l'un des premiers commentaires du nouveau texte constitutionnel, publié en 1959¹⁷, qui pointe « la menace d'un "gouvernement des juges" (qu'il met entre guillemets) », « un problème politique que les Etats-Unis notamment ont connu » et qui signifie que « le Conseil constitutionnel (...) serait un jour tenté de sortir de son rôle de gardien de la constitution pour imposer certaines conceptions politiques, sous couvert d'interprétation juridique ». L'auteur avance en réponse qu'à son sens, le Conseil « aura plus à juger des questions de procédure que des questions de fond. » Et que contrairement à la Cour suprême américaine qui « a été portée, dans un temps, à sortir de son rôle parce qu'elle a à appliquer certaines notions très générales et très incertaines incluses dans la Constitution, telles que celles de l'égalité entre les citoyens, ou de procédure régulière (*due process of law*) », le même danger existerait en France si le Conseil constitutionnel avait à veiller au respect des dispositions, aussi incertaines, rappelées dans le Préambule. » Que si, en revanche, il n'invoque pas le préambule, « le danger d'abus se trouve limité », puisque la Constitution française « est plus précise, plus détaillée que le texte américain [et] ne semble pas ouvrir le champ des interprétations trop larges » [on observera que sa lucidité est ici quelque peu prise en défaut]. Il conclut tout de même en affirmant que le « risque d'abuser de ses compétences, et de les élargir à l'excès est inhérent à tout système de séparation des pouvoirs ». Pour éviter ce péril, il n'est qu'un remède : « la sagesse et la modération des divers organes ».

B. 1970-1990 : de l'intérêt à l'engouement

L'attitude de la doctrine française va changer suite au tournant que constitue notoirement la décision du 16 juillet 1971 (à laquelle, sur le moment, la doctrine ne réagit que mollement), ce « coup d'Etat de droit » (selon l'heureuse formule d'Olivier Cayla, initialement à propos d'autre chose) implicitement entériné et procéduralement (ou institutionnellement) prolongé par la révision d'octobre 1974 qui étend la saisine du Conseil à une minorité de parlementaires. La doctrine passera de l'indifférence réservée à l'intérêt bienveillant et croissant, attitude renforcée par l'alternance politique de 1981 suivie de la première Cohabitation¹⁸.

¹⁴ « Palindromes ou stupeur ? », *Le Monde*, 5 mars 1959. Il estimait alors : « Ce Conseil n'est que bien peu de chose ».

¹⁵ Si ce n'est par son rapport (avec Léo Hamon) : « La juridiction constitutionnelle en droit français (1875-1961) », *Rechtsvergleichendes Kolloquium über Verfassungsgerichtsbarkeit*, Max-Planck-Institut, Cologne-Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1962, p. 233-290.

¹⁶ « Le contrôle juridictionnel des lois en France », in Univ. cath. de Louvain, *Actualité du contrôle juridictionnel des lois. Sixièmes journées d'Etudes juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 73-95 (rééd. in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, EPA, 2002, p. 525-541).

¹⁷ *La nouvelle Constitution et le régime politique de la France*, Berger-Levrault, 1959, p. 176-184, spéc. p. 182-184.

¹⁸ L. Favoreu, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988.

Il convient néanmoins de signaler la lettre d'un certain Michel Troper dans le journal *Le Monde* des 1^{er}-2 août 1971 sous le titre « *Les dangers d'un grand pouvoir* »¹⁹. Si le ton reste celui d'un professeur de droit qui esquisse déjà là sa théorie réaliste de l'interprétation appelée à une grande fortune – « *Tout pouvoir de contrôler et de sanctionner la conformité d'un acte juridique à un acte juridique supérieur implique un pouvoir d'interprétation de celui-ci. (...) Cette interprétation est totalement libre et n'est soumise à aucun contrôle* » –, il ne cache tout de même pas une inquiétude sur le terrain très politique (sinon partisan) : « *[Le Conseil] trouverait, par ailleurs, dans les déclarations des droits de 1789 ou de 1946 assez de moyens pour paralyser une législation de gauche.*²⁰ (...) *[Il] vient de se donner les moyens d'empêcher la promulgation non seulement des lois restreignant les libertés publiques, mais aussi d'éventuelles lois progressistes, s'il le juge opportun* ».

Sur la même page, *Le Monde* publie également la lettre d'un universitaire²¹ sous le titre plus explicite : « *Le gouvernement des juges* ». Commençant par relever que « *les dispositions du préambule de la Constitution sont excessivement ambiguës et, comme telles, sujettes à des interprétations aussi nombreuses que contradictoires* », l'auteur estime que « *les sages du Palais-Royal ont préféré – à tort ou à raison – adopter une conception extensive du concept de liberté. Ce faisant, ils ont adopté un choix politique, puisqu'il n'existe, et ne peut exister, aucune définition juridique du mot liberté. De la sorte, les juges constitutionnels français ont adopté en somme une attitude semblable à celle des juges de la Cour suprême des Etats-Unis, lesquels ne se privent pas de faire état de leur propre credo politique à l'occasion du prononcé de leurs décisions. (...) Il était nécessaire de rappeler la nature profonde du contrôle de la constitutionnalité. Celui-ci, tel qu'il est aménagé en ce moment en France, débouche nécessairement sur le gouvernement des juges.* »

Ces critiques ne seront toutefois, dans un premier temps, guère reprises par la doctrine mais le topos du gouvernement des juges dont il faudrait se garder reste brandi²². Au contraire, c'est – assez logiquement – à partir de la décision de 1971 que va commencer à se développer l'étude du contentieux constitutionnel avec, en particulier, Louis Favoreu²³ (la première édition des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* – ouvrage imaginé par mimétisme avec la jurisprudence administrative – date de 1975) et susciter un véritable engouement, amplifié par l'essor idéologique du thème de l'Etat de droit, bien au-delà du cercle des juristes²⁴. Les manuels vont faire une place croissante au Conseil constitutionnel et à sa jurisprudence, et commentaires de décisions et études ponctuelles vont se multiplier.

¹⁹ Il est regrettable que ses disciples n'aient pas cru bon de le mentionner dans la bibliographie parue dans ses *Mélanges (L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Economica, 2006)*. Il n'avait pourtant rien de déshonorant.

²⁰ Une erreur de transcription dans le journal a tronqué une partie de la phrase suivante, qui évoque les nationalisations.

²¹ Michel Prouzet, chargé de cours à la faculté de droit et des sciences économiques de Yaoundé. Celui-ci était l'auteur d'une thèse sobrement intitulée *Le contrôle de la constitutionnalité* (Paris, 1970), qui ne fut pas publiée.

²² René Chiroux, « *Libres propos sur le Conseil constitutionnel : le spectre du gouvernement des juges ?* », *Revue politique et parlementaire*, 1977, n°868 (mai-juin), p. 15-30. Egalement Jacques Robert dans son manuel (*Libertés publiques*, Montchrestien, 2^e éd. 1977, p. 131-135) qui oppose le cas des Etats-Unis à la situation française. V ; encore les références dans : Julien Bonnet, « *Peut-on parler d'un gouvernement des juges sous la Ve République ?* », in Ph. Blachère (dir.), *La Constitution de la V^e République. 60 ans d'application*, L.G.D.J., 2018, p. 589-601.

²³ Dont le premier article d'importance est antérieur : « *Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics* », *RDP*, 1967, p. 5-120.

²⁴ Le président V. Giscard d'Estaing, promoteur de la réforme de 1974, déclare ainsi, au Palais Montpensier, le 8 novembre 1977 : « *Pas de gouvernement des juges, mais le règne de la Constitution : c'est ainsi que l'on peut définir l'esprit de vos décisions* ». Pierre Avril a proposé à cet égard de parler de « *Constitution giscardienne* » venue compléter la « *Constitution gaullienne* » (« *La Constitution, Lazare ou Janus ?* », *RDP*, 1990, rééd. in *Ecrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Ed. Panthéon-Assas, 2010, p. 229-238).

On peut ajouter ici que les professeurs de droit public les plus en vue à cette époque, quoique, pour une part d'entre eux, assez peu favorables à la Cinquième République, étaient en revanche plutôt bien disposés à l'égard du principe d'une justice constitutionnelle en général : Vedel, Rivéro, Duverger, Burdeau (Waline venait de quitter le Conseil, Luchaire y siégeait depuis 1965)

C'est dans ce contexte que se situe la grande exception doctrinale avec le célèbre article de René de Lacharrière paru en 1980 sous le titre malicieux « Opinion dissidente »²⁵, position qu'il réitérera dans un chapitre intitulé « L'extravagant veto du Conseil constitutionnel » dans un essai paru peu après²⁶. Pour autant, ces écrits qui ont constitué longtemps la critique la plus mordante de la justice constitutionnelle à la française sont demeurés littéralement marginaux, c'est-à-dire en marge de la doxa des juristes français.

C. Les années 1980 et le début des réserves de principe

Pour être restées minoritaires, les critiques de la doctrine juridique française envers le Conseil constitutionnel n'ont toutefois pas disparu à mesure que celui-ci connaissait un essor certain. On notera en particulier qu'au milieu d'un concert de louanges dithyrambiques sur la première décision du Conseil relative aux nationalisations (n°81-132 du 16 janvier 1982), le professeur Robert Savy osa formuler, dans un article au titre « La Constitution des juges », une critique ferme non seulement sur le fond mais également de principe²⁷. Elles ont même connu un certain regain dans le courant des années 1980, sans doute en lien avec les réactions d'une partie de la classe politique voire de quelques intellectuels.

C'est ainsi que le philosophe Paul Thibaud (re)lança quelque peu le thème en 1986²⁸ au point que la revue *Le débat* lui ouvrit ses colonnes pour un échange avec Léo Hamon²⁹.

Un autre professeur de droit, devenu quelques années plus tard l'un des spécialistes les plus en vue de la justice constitutionnelle, Dominique Rousseau, a pu initialement faire montre d'un certain scepticisme à l'égard du Conseil constitutionnel³⁰. Prenant le contre-pied de l'affirmation de Louis Favoreu qui vantait l'« extraordinaire valorisation de la notion de constitution à travers l'intervention de la justice constitutionnelle », il estimait au contraire que l'on assistait à une « dévalorisation du texte constitutionnel » et, plus encore, que l'on se trouve face à une « contradiction majeure de la théorie de l'Etat de droit ».

A l'orée de la décennie 1990, le projet d'introduction d'une exception d'inconstitutionnalité devant les juges ordinaires suscité par le président de l'institution, Robert Badinter, et déposé au Parlement par le gouvernement Rocard en mars 1990 mais finalement abandonné, relance

²⁵ *Pouvoirs*, n°13, 1980 (réédité en 1991), p. 141-158.

²⁶ *La V^e, quelle République ?*, P.U.F., 1983, p. 83-89. Lacharrière ne sera pas davantage favorable à ce que les juges ordinaires exercent un contrôle sur la loi (« Les infortunes de la logique », *Commentaire*, n°36, hiver 1986-1987, p. 693-697). V. Michel Degoffe et alii (dir.), *René de Lacharrière : le professeur de droit, le conseiller politique, l'honnête homme*, Mare et Martin, 2019 (avec en particulier, sur notre sujet, les contributions d'Alain Laquièze et Bruno Daugeron).

²⁷ *D.*, 1983, chr. p. 105.

²⁸ Paul Thibaud, « Etat de droit ou démocratie sous tutelle ? », *Esprit*, 1986, n°10 (octobre), p. 85-88. Peut-être enhardi par la suggestion du garde des Sceaux, Albin Chalandon, dénonçant les excès du Conseil, qui proposait de circonscrire le champ de référence du Conseil par la rédaction de « tables de la loi » supposées plus précises (*Le Monde*, 9 août 1986).

²⁹ Paul Thibaud, Léo Hamon, « Le Conseil constitutionnel et la démocratie. Un échange », *Le Débat*, n°43, 1987, p. 69-80. Thibaud se demande ainsi si « la vague européenne du contrôle de constitutionnalité (...) n'est pas aussi l'indice d'une maladie de la démocratie, quand elle ne sait plus comment lier droits de l'homme et souveraineté du peuple ». La seconde fonde la démocratie dans le présent, tandis que « le meilleur contrôle de constitutionnalité ne peut s'appuyer que sur une norme venue du passé ».

³⁰ « De l'Etat de droit à l'Etat politique ? », in D. Colas (dir.), *L'Etat de droit*, PUF, 1987, p. 171-213.

la controverse³¹. L'avocat Michel Guénaire, dans la revue *Le Débat*, aborde la critique sous le titre « La Constitution ou la fin de la politique »³², que l'on peut lire également comme une critique du rôle croissant du Conseil constitutionnel en France. C'est l'occasion pour Stéphane Rials de prendre vigoureusement position dans un article resté fameux³³.

C'est à ce moment que le camp des défenseurs du Conseil trouve une parade que l'on peut qualifier d'astucieuse voire de géniale : c'est l'argument-massue développé par le doyen Vedel (lui-même membre du Conseil entre 1980 et 1989) du possible « lit de justice du pouvoir constituant » censé laisser le dernier mot aux organes politiques contre le juge et, de ce fait, le légitimant du point de vue démocratique³⁴. De fait, la crise de 1993 sur le droit d'asile fournit l'occasion d'illustrer concrètement cette idée, le pouvoir de révision (dans une circonstance politique il est vrai inédite : la pléthorique majorité RPR-UDF au Parlement) parvenant à s'imposer face au Conseil constitutionnel (il y aura d'autres « lits de justice », dans un contexte moins polarisé cependant).

Les critiques s'estompent, sans disparaître³⁵. Elles viennent même parfois des civilistes. Ainsi Jean Carbonnier lui-même, malgré tout son tact et son sens de la mesure, n'hésite pas à formuler durement : « *L'activité redoublée du Conseil depuis 1974 invite à une question iconoclaste : dans une société souffrant d'un trop-plein de droit, trop-plein de jurisprudence autant que de lois, était-il bon de verser une jurisprudence de plus ? (...) Quel était le plus grand péril ? Quelques lois éventuellement inconstitutionnelles ? ou la Constitution elle-même, avec ses symboles, livrée à un perpétuel brainstorming ?* »³⁶. Philippe Malaurie et François Terré abonderont en son sens³⁷. De même que certains rares politistes, notamment Bastien François³⁸ ou encore Yves Poirmeur³⁹.

Elles se raréfieront davantage encore avec la promotion de la Question prioritaire de constitutionnalité adoptée en 2008 et entrée en vigueur en 2020. Elles demeurent toutefois, quoique à l'état minoritaire⁴⁰.

³¹ Les formules habituelles demeurent en usage : par ex. C. Emeri, « Gouvernement des juges ou veto des sages ? », *RDP*, 1990, p. 335-358.

³² *Le Débat*, n°64, 1991, p. 149-157.

³³ « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, n°64, 1991, p. 163-181. Dans la même livraison du *Débat*, Michel Troper résume sa position sur la théorie réaliste de l'interprétation, tandis que Louis Favoreu et Dominique Rousseau argumentent, chacun à leur manière, en faveur du Conseil.

³⁴ « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 173-180. En soit, l'argument n'était pas nouveau : Léo Hamon l'avait déjà avancé en 1987 dans son débat avec Paul Thibaud (*loc. cit.*, p. 73). Mais la formule vedélienne, par son côté imagé, était plus frappante et de nature à s'imprimer dans les esprits.

³⁵ Roger Pinto reprend brièvement la plume dans une tribune : « Les excès du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 25 janvier 2001. Une prise de position, à l'argumentation quelque peu relâchée : H. Roussillon, « Le Conseil constitutionnel : une légitimité contestée », in J. Rainaut, J. Krynen (dir.), *La légitimité des juges*, Presses de l'Université de Toulouse 1, 2004, p. 119-126. Claude Emeri, en revanche, en sa double qualité de juriste et de politiste, dédramatise la question (« Gouvernement des juges ou veto des sages ? », *art. précit.*).

³⁶ Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, P.U.F., coll. « Thémis », 24^e éd. 1996, n°118, p. 220.

³⁷ Au cours d'un colloque tenu en 1998 : G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, respectivement p. 291-294, et p. 401-409.

³⁸ Dans de nombreux travaux, orientés par la sociologie de P. Bourdieu, mais qui étudient moins le Conseil constitutionnel que la transformation du champ politique induite par celui-ci (V. notam. : « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *RFDC*, n°1, 1990, p. 49-69).

³⁹ « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in G. Drago et alii (dir.), *La légitimité...*, *op. cit.*, p. 295-343.

⁴⁰ Jean-Marie Denquin, *La monarchie aléatoire*, P.U.F., coll. « Béhémoth », 2001, p. 103 et suiv., ainsi que plusieurs articles dans *Jus Politicum* à partir de 2009. Après l'entrée en vigueur de la QPC : Eric Desmons, « La planète des sages. Le Conseil constitutionnel, la doctrine et la démocratie », *Liber amicorum Darcy*, Bruylant, 2012, p. 231-251.

II. Les arguments « contre » le Conseil constitutionnel. Histoire de déplacements

Les critiques adressées au Conseil constitutionnel français sont de nature diverse, de qualité variable et se déploient sur des plans différents. Elles sont toutefois souvent imbriquées chez un même auteur. On se propose ici de distinguer, pour simplifier, les critiques touchant au principe même de l'existence du Conseil ou du moins de son office, et les critiques plus ponctuelles, portant sur tel ou tel aspect de son activité.

A. Les critiques principales

1. Radicale et flamboyante : la critique de René de Lacharrière

La lourde charge menée par René de Lacharrière⁴¹, portée par une plume polémique et d'une particulière élégance, est certainement la plus célèbre et peut être considérée comme la critique la plus « virile » de l'institution du Palais Montpensier : « *[l']histoire constitutionnelle de la France n'était pas dépourvue d'éléments comiques. (...) Mais les visions les plus follement réactrices n'étaient pas allées jusqu'à imaginer un pouvoir suprême de veto confié à neuf personnes totalement irresponsables, arbitrairement désignées et, de surcroît, en fait le plus souvent choisies selon les aimables critères de la faveur personnelle* ». Elle comportait un certain nombre d'arguments méritant d'être rappelés.

Lacharrière, farouche partisan de Rousseau (Jean-Jacques, bien sûr, pas Dominique), qui se concentre exclusivement sur le contrôle des lois (il néglige les autres attributions du Conseil – « des utilités secondaires », écrira-t-il en 1983) commence par admettre que dès lors qu'est posé le principe d'une hiérarchie entre constitution (formelle) et lois ordinaires, « *cette hiérarchie incite à prévoir qu'elle sera sanctionnée par une juridiction* » et que *La démocratie n'est pas mise en cause, théoriquement, puisque (...) la Constitution sera censée formuler la volonté initiale et fondamentale du peuple* ». Mais, ajoute-t-il immédiatement, « *Ce schéma intellectuel, d'abord séduisant, perd de sa clarté lorsque l'on remarque qu'une loi démocratique, ou réputée telle, vaut expression de la volonté nationale. Comment la volonté nationale peut-elle être liée par une de ses manifestations antérieures, au prétexte que celle-ci a été inscrite dans un document spécial, dénommé Constitution ? La question n'a jamais reçu de réponse bien satisfaisante* » (p. 142).

Il poursuit avec deux autres arguments, de facture plus technique : « *le bon aspect du contrôle de constitutionnalité tient aux conditions que l'on suppose réunies. Des règles constitutionnelles suffisamment précises, interprétées par des juges sérieux et respectés, excluent l'éventualité d'appréciations arbitraires qui viendraient, sans fondement admissible, se substituer à la volonté du législateur.* » Il pose d'une part le problème des normes de référence au contrôle et, d'autre part, le problème du statut des « juges constitutionnels » et leur mode de décision.

Sur le premier point, Lacharrière s'étend volontiers et n'a pas de mal à démontrer que les textes et références dont se sert le Conseil constitutionnel pour contrôler les lois sont imprécis ou même évanescents (ce qui, on l'a vu, avait déjà été remarqué en 1958). Il estime que la quasi-totalité des articles de la Déclaration des droits de 1789 ne sont pas d'application directe puisqu'ils renvoient presque tous à la loi pour leur concrétisation ; il avance, non sans raison,

⁴¹ « Opinion dissidente », *art. précit.*

que le Préambule de 1946 ne devait pas avoir valeur normative⁴², que les « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » sont de « simples orientations sociales », qu'enfin il y a plus qu'un paradoxe à invoquer les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » -- fondés par définition, sur des lois ordinaires -- contre de nouvelles lois postérieures. Dès lors, en inventant des « normes imaginaires », le Conseil s'est créé un « arsenal inépuisable » et a commis une « usurpation » (p. 146-147) et prédit que le Conseil, jusque-là encore relativement mesuré, s'enhardira à l'avenir (l'avenir lui donnera raison sur ce point, comme on sait).

Il écarte la formule du « gouvernement des juges » comme étant « un peu à côté de la question » (« il n'y a pas là gouvernement, en effet, ni juges véritables ») pour lui préférer celle de « censure suprême » (p. 147) ou encore de « veto » (termes qui avaient un parfum d'Antiquité ou de Révolution de 1789).

Sans entrer dans les détails, Lacharrière critique ensuite la différence le statut du Conseil comparativement aux cours suprêmes et constitutionnelles étrangères.

Il relate le cheminement suivi, pour opposer la conception très limitée du Conseil en 1958 à l'inflexion fondamentale qu'il a prise en 1971 et que le légiconstituant a implicitement consacrée en 1974 au moment où, par l'extension des autorités de saisine (conçue comme « une innovation facile »), il créait pour l'avenir les conditions d'un accroissement de l'emprise. Critique sur l'attitude à courte vue et opportuniste (en particulier de l'opposition), Lacharrière développe ensuite plus longuement les « explications cachées » de ce qu'il nomme l'usurpation.

Il recourt alors à l'explication socio-historico-psychologique : l'assomption du conseil constitutionnel aurait été préparée psychologiquement de longue date par « un véritable culte pour la juridiction »⁴³, progressivement apparu, en France, au rebours de l'esprit de 1789 qui, lui, assignait une mission étroite aux tribunaux (une réserve qui, prétend-il, citant Bossuet et d'Aguesseau, était déjà présente sous l'Ancien Régime⁴⁴), sous l'effet de l'enseignement dispensé dans les facultés de droit à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, en raison de l'inquiétude des milieux conservateurs et modérés face au développement par voie de législation des grandes réformes libérales (liberté syndicale, liberté de la presse, de réunion, d'association, laïcité) jugées menaçantes pour l'ordre social traditionnel. Dès lors, explique-t-il, la loi (parlementaire) positive, strictement appliquée, risquant « de mettre en œuvre une effroyable volonté populaire », les juristes se seraient mis à exalter systématiquement le rôle de la jurisprudence -- les juges faisant « figure d'oligarchie bien pensante » -- pour tempérer ce mouvement et à « imaginer des normes supérieures » (« droit naturel venu de la métaphysique ou droit prétendu objectif dicté par des constatations pseudo-scientifiques ») fournissant aux tribunaux des titres pour s'affranchir de la loi positive.

Ce culte des « jurisprudences abusives » s'est fidèlement perpétué de génération en génération si bien que le terrain était préparé au point que, le moment venu, après le départ du pouvoir du général de Gaulle, se développât « un contrôle de la politique sous couvert du droit ». Les juristes contemporains, ajoute-t-il, sont heureux « lorsqu'une affaire quelconque est déférée à un mécanisme juridictionnel, fût-il le plus contestable. Au lieu d'une dispute désordonnée, ouverte à tous les brouillons sans profit pour personne, s'organise un débat logique, aux

⁴² Un peu curieusement, à notre sens, Maurice Duverger affirmait le contraire en 1960, tout en mentionnant la déclaration formelle, en sens contraire, de Raymond Janot le 7 août 1958 devant le Comité consultatif constitutionnel (*La V^e République*, P.U.F., 2^e éd. 1960, p. 155). Il est vrai que Marcel Waline, membre du même comité, opinait différemment le même jour (*DPS*, II, p. 257). G. Vedel affirma plus tard avoir également toujours pensé cela (dans *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, L.G.D.J., 1999, p. 41).

⁴³ Ce qui était un peu contradictoire avec son argument selon lequel le Conseil n'était pas une véritable juridiction....

⁴⁴ Ce qui était peut-être sous-estimer le rôle des parlements de cet Ancien régime.

arguments alignés, qui satisfait l'esprit bien davantage, habilite les spécialistes, incite aux dissertations savantes, provoque parfois des consultations amples et honorées ».

Le rousseauiste Lacharrière dénonce l'abandon de volonté dans le personnel politique et la qualifie de rupture avec la tradition républicaine française et, plus encore, l'oubli de la logique démocratique elle-même. L'avènement de la justice constitutionnelle lui paraît exprimer l'installation de la logique du libéralisme lequel, « par définition, n'a pas de critère pour déterminer la légitimité intrinsèque des pouvoirs et contre-pouvoirs dont il souhaite la multiplication », et « qui accorde à tous une indulgence agnostique ou sceptique dans l'espoir qu'ils se freineront mutuellement », au risque de paralyser la capacité de volonté collective.

Pour lui, le remède passerait par réintroduire (...) « un peu de démocratie réelle dans les institutions », dont il déplore qu'il « n'a contre lui que d'être également désagréable à toutes les élites de gauche ou de droite, et à tous les pouvoirs de tous ordres ».

Ultime pied de nez à l'opinion dominante, Lacharrière avance que le Conseil serait bien avisé de se servir autrement de la Déclaration de 1789 en tant qu'elle « proclame la souveraineté de la nation mise en œuvre par ses représentants et par nul autre corps » au lieu de favoriser une « censure d'oligarchie ».

Lacharrière, en somme, fait volontiers sien le mot du général de Gaulle : « en France, la Cour suprême, c'est le peuple »⁴⁵.

Dans un chapitre de son essai de 1983⁴⁶, Lacharrière reprend en substance son argumentation, de manière plus ramassée mais avec un florilège de formules assassines (et, pour être parfois excessives, à certains égards, délectables) : « *Sous une vague couverture juridictionnelle, tout juste bonne à servir de prétexte à l'hypocrisie, il s'agit en fait d'une appréciation discrétionnaire, autrement dit d'un veto politique. (...) Le résultat, néanmoins, en est plus aberrant que réellement grave, jusqu'ici, à cause de la prudence dont s'entoure une usurpation encore récente et, de toute manière, par sa nature, très fragile.* »⁴⁷

Le propre et l'avantage des brûlots est de retenir l'attention. Leur inconvénient est que ceux qui en sont la cible peuvent aisément arguer de l'excès de ton pour ne pas répondre aux arguments qui n'étaient pas sans valeur. C'est en gros ce qui arriva à la critique de Lacharrière.

2. Raffinée et philosophique: la critique de Stéphane Rials

C'est à une critique d'un autre genre que se livre Stéphane Rials en 1991. Abordant le sujet par une réflexion de philosophie politique de grande ampleur, qui déborde le cas français, il livre une réflexion critique sur les effets de la nouvelle dogmatique en train de naître par l'expansion de la justice constitutionnelle (le « nouveau droit constitutionnel » comme l'appelait déjà Louis Favoreu) et, indirectement un réquisitoire contre le Conseil constitutionnel du moins tel qu'il se donne à voir depuis une deux décennies. Il s'agit bien d'une critique principielle, tout en subtilité, avec plusieurs formules joliment troussées, mais surtout riches d'arguments et menée avec puissance et profondeur – que l'on va tenter de résumer très grossièrement ici.

Son point de départ propose d'identifier deux traditions dans le constitutionnalisme moderne : l'une, artificialiste (donc, en un sens, relativiste), héritée en particulier de Hobbes (en

⁴⁵ « Opinion dissidente », *art. précit.*, p. 143. Le Général l'employa en réponse à un journaliste qui lui demandait s'il était favorable à la création d'une cour suprême (Conférence de presse du 1^{er} octobre 1948, publiée dans *Discours et messages*, t. II, Plon, 1970, p. 220). Lacharrière reprend encore la formule en 1983 (*La V^e, quelle République ?*, *op. cit.*, p. 83).

⁴⁶ « L'extravagant veto du Conseil constitutionnel », in *La V^e, quelle République ?*, P.U.F., 1983, p. 83-89.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 87-89.

résumant : « *Auctoritas, non veritas, facit ius* »), l'autre arrimée à l'idée de vérité, ici la vérité du droit. Cette dernière, échafaudée en doctrines (elles ne sont pas toutes homogènes -- S. Rials pointe l'originalisme de type américain et la démarche dworkinienne), tend, même inconsciemment à « *l'instauration d'une forme de nouvel ordre moral* », dont la justice constitutionnelle est le principal artisan. Le paradoxe de ce mouvement est qu'il peut être vu comme « *un néo-positivisme non formaliste [qui] s'aventure peut-être dans les banlieues rapprochées d'une forme de "jusnaturalisme" sociologique et historiciste. Délibérément libérale, elle pourrait se révéler subtilement conservatrice* » (p. 167).

Il pose alors une question majeure : qui pourrait prétendre produire le droit vrai ? Les partisans les plus libéraux de la justice constitutionnelle ne nous disent pas « *pourquoi les juges suprêmes seraient mieux à même [de] procéder que l'impressionnant complexe délibératif qui associe, aux Etats-Unis, sous le contrôle de l'électorat, deux chambres et - lorsqu'il n'a pas mis son veto - le président de l'Union. Mais (...) les thuriféraires français du Conseil constitutionnel échappent à la critique des positions antagonistes puisqu'ils se gardent d'argumenter en quelque sens que ce soit. Ils nous demandent, au fond, un acte de foi et, collègue d'interprètes œuvrant à l'abri d'une savante technique, se retranchent derrière la positivité d'un dogme que les augures du Palais-Royal se réservent de dévoiler infailliblement.* »

S. Rials montre ensuite combien il est impossible de prétendre considérer qu'un texte juridique, du moins dans la matière constitutionnelle en général, est univoque, et, sous l'inspiration des théories modernes de l'interprétation, conclut que ses prétentions normatives dépendent de sa texture (plus ou moins ouverte). Qu'en tout état de cause, les interprétations du juge « *ne sauraient revêtir (...) un caractère de vérité au sens le plus reçu du terme : elles ont force de vérité juridique, c'est-à-dire de vérité de convention, artificielle, fictive, formelle, ce qui est tout autre chose* ». A plus forte raison est-ce patent en matière de droits et libertés, du moins dans le cas français (l'assemblage composite et non fermé du « bloc de constitutionnalité »), où prédomine la texture ouverte. Il estime que, dans ces conditions, « *le politique, bien loin de s'évanouir, devrait retrouver tout son empire sur la ruine des discours véridicteurs* ». Pour contrer « *la puissante contre-offensive du sacré qui se dessine* », il considère que la volonté politique du législateur peut être acceptée comme telle tandis qu'« *il est clair que le juge de la loi ne saurait prétendre, dans un climat raisonnablement démocratique, exprimer une volonté intrinsèquement légitime. (...) Inévitablement et puissamment politiques, même si elle sont médiatisées par l'obligation d'une motivation formellement juridique, [ses décisions] pourraient être autres... de façon tout aussi convaincante.*»

L'une de ses plus fortes conclusions, ouverte par sa perspective philosophique est que l'« *on peut considérer le juge constitutionnel comme une simple pièce dans le jeu complexe des checks and balances. Ce qui est plus embarrassant, c'est que la politique du préteur, à la différence de celle du législateur, doit se masquer. Ne pouvant s'imposer comme telle, elle doit cheminer sous les dehors nobles d'une imparable science juridique, pleinement systématique comme la Loi naturelle et détenue en monopole par un collège de brahmanes.* (...)»

Le juge ne saurait avouer que le corpus normatif ne comporte pas de réponses aux questions qui peuvent apparaître les plus urgentes à la société. Il sera conduit ainsi à rompre avec le programme minimal de l'artificialisme politique, à pratiquer les interprétations les plus audacieuses (...), voire à découvrir des principes non écrits, (...) bref à constitutionnaliser progressivement (...) pour aboutir à une « création normative pure et simple. »

Il moque le terme de « *sages* », employé complaisamment par les observateurs (voire par la doctrine favorable au Conseil) qui, par contrecoup, sous-entend que gouvernement et parlement ne le seraient pas, et qui, surtout, suggère qu'il faudrait attribuer aux décisions du

Conseil « *un statut indu de quasi-vérité* » et, au système qu'il élabore, « *les contours d'une petite religion civile* ». Il n'omet pas d'autres implications pratiques, des « *effets pernicieux* » de l'expansion inconsidérée de la justice constitutionnelle : « *la promotion des sages ouvre la voie à un dépérissement de l'exigence de gouvernement* »⁴⁸ ainsi qu'au risque d'une « *moindre responsabilité de gouvernants* ».

S. Rials termine par quelques recommandations très concrètes : maintenir la jurisprudence de l'immunité juridictionnelle des lois référendaires (suivant la décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962), conserver, hors de tout contrôle (sauf de la Haute Cour) l'article 16 de la Constitution relatif aux pouvoirs de crise du président de la République, « *renoncer à la fiction unanimiste de droit commun en indiquant la majorité obtenue par les décisions du Conseil* » et en autorisant les opinions concurrentes ou dissidentes, n'ouvrir la voie à la censure d'une loi « qu'au cas de désaccord interprétatif grave » et considérer cette censure « comme un simple veto » que pourrait surmonter un vote du parlement à la majorité absolue des deux chambres ou à majorité des deux tiers de l'Assemblée nationale « sous le contrôle de l'électorat »⁴⁹ et enfin abandonner le projet de contrôle a posteriori des lois ».

On le voit, le détour par la philosophie politique peut être riche d'enseignements pour nourrir et enrichir un débat trop souvent cantonné à des slogans ou à de fausses évidences.

Eric Desmons⁵⁰ reprendra plus tard, après l'entrée en vigueur de la QPC, avec une plume particulièrement en verve, une partie de la critique, en particulier pour dénoncer le retour du sacré sous-jacent à l'expansion de la justice constitutionnelle à la française et ses effets collatéraux pour la citoyenneté et finalement la démocratie, dégradées en société de plaideurs.

3. Constitution, constitutionnalisme et démocratie : un élargissement de la critique vers le plan conceptuel

Si la doctrine majoritaire a opposé un silence pas même poli mais plutôt assourdissant aux critiques sus-évoquées, il n'en reste pas moins que les controverses autour du Conseil ont pu, avec le temps, stimuler certaines réflexions de nature conceptuelle et théorique sur la justice constitutionnelle et, plus largement, sur le droit constitutionnel et la démocratie modernes. Plus exactement, c'est l'argumentaire méta-théorique (surtout idéologique, en réalité) des partisans du Conseil constitutionnel qui a suscité des contre-propositions critiques de certains auteurs.

Il faut d'abord citer les travaux de Michel Troper, entamés de longue date et donc quelque peu en décalage temporel avec les controverses sur le Conseil constitutionnel. Fidèle à sa démarche propre, il choisit de dépassionner le débat (qu'il juge « entaché de jugements de valeur, à coup de slogans, entre lesquels il est tout aussi impossible de choisir »⁵¹) en restant autant que possible sur le terrain de la théorie du droit, ce qui lui permet à la fois de sortir de la controverse sur le « gouvernement des juges » (caricaturale, si on prend la formule au pied de la lettre)⁵² mais aussi et surtout de déplacer les véritables questions relatives au juge constitutionnel sur un terrain conceptuel, celui du pouvoir (inévitablement) créateur des juges, en particulier constitutionnels, sur les principes démocratique, représentatif et de séparation des pouvoirs. A ce compte, néanmoins, il ne s'agit plus de critiquer le juge constitutionnel en

⁴⁸ Comme René de Lacharrière, S. Rials trouve l'expression *gouvernement des juges* « *toutefois abusive* », dans la mesure où « *le juge peut empêcher de gouverner mais non gouverner lui-même* » (p. 179).

⁴⁹ La précision est importante : il ne s'agit pas pour l'auteur de s'abandonner à la pure « souveraineté parlementaire » d'antan.

⁵⁰ « La planète des sages », *art. précit.*. On peut être jaloux de celui qui a trouvé un titre si plaisant.

⁵¹ « Sur la Constitution », *Le Débat*, n°43, 1987, p. 46-52.

⁵² « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in S. Brondel et alii (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 21-37.

général, le Conseil constitutionnel en particulier. M. Troper n'en caractérise pas moins le thème de l'Etat de droit comme une idéologie (par trop répandue) qui inspire le Conseil et, en cela, il a contribué à sa manière au moins à dissiper les conceptions iréniques des thuriféraires de l'institution du palais Montpensier comme du juriste innocent.

La démarche tropérienne gagnera peu à peu en audience et fera des adeptes. Reste qu'il n'est guère dans le tempérament de la doctrine française de rester « descriptive » et les controverses continueront sur un autre mode. Dans la première phase de la montée en puissance du Conseil constitutionnel, la doctrine française, on l'a vu, est restée relativement timide, sauf à tenter justement de trouver des explications circonstanciées et légitimatrices à ce changement ; ce fut, en quelque sorte, et pour faire court, « le moment Favoreu ». Les discussions de portée conceptuelles demeurèrent rares. On peut signaler la brève (mais isolée) protestation émise par Robert Savy, à la suite de la première décision sur les nationalisations⁵³, dont la tonalité rappelle un peu le livre d'Edouard Lambert de 1921 : « *Tout se passe comme si une "Constitution des juges" s'était substituée à celle adoptée par le peuple souverain en 1958 et 1962, révélant du même coup une étrange procédure de révision constitutionnelle. (...) Le rôle du Conseil constitutionnel est de veiller avec rigueur au respect par le législateur des principes sur lesquels un consensus incontestable existe dans la société française d'aujourd'hui. Il a tout à perdre à vouloir trancher les débats politiques qui divisent l'opinion et qui ne sauraient relever que de la souveraineté nationale.* »⁵⁴

Dans les années suivantes, les critiques élargirent parfois le débat en faisant valoir les incidences du développement de la jurisprudence du Conseil sur les concepts classiques du droit constitutionnel⁵⁵.

Dominique Rousseau, avant sa conversion favorable envers le contentieux constitutionnel, pointait alors la fragilisation de la constitution (formelle)⁵⁶ : « *la Constitution n'est pas là où on la voit. (...) [E]n devenant jurisprudentielle, la constitution devient aussi plus incertaine et instable ; que, reposant sur l'analyse des décisions, elle devient "le secret des puissants"[⁵⁷] et des spécialistes ; (...) [le] droit jurisprudentiel n'assure pas ou assume mal la sécurité des rapports juridiques et la véritable garantie des droits.* (...) *[D]écidément, la jurisprudence constitutionnelle "tue" l'écrit constitutionnel.* (...) *Le Conseil « contribue bien, pour sa part, à la désacralisation de l'écrit, en faisant de la constitution un simple ensemble de mots qui attendent sagement que neuf sages leur donnent un sens ; avant, aucune sécurité, seulement des propositions subjectives de normes. (...) [Le] Conseil sacralise l'idée de supraconstitutionnalité ; mais il n'est pas certain que cela sauve ou établisse l'Etat de droit. (...) Dès lors, en plaçant celle-ci [la Constitution] au-dessus de toutes les autres normes, le Conseil sous-entend s'être fait seulement l'interprète de la volonté du peuple, telle qu'elle s'est constamment et clairement manifestée lors des choix électoraux fondamentaux. Avouons-le, ce refrain juridictionnel est connu et ne prend plus. (...) Or, comment l'interprète, qui est toujours situé, n'intégrerait-il pas dans son raisonnement, même et surtout inconsciemment, ses propres désirs, convictions et valeurs ? »*⁵⁸.

⁵³ « La Constitution des juges », *D.*, 1983, chr. p. 105.

⁵⁴ Un esprit chagrin (ou taquin) ferait observer que Savy, encarté au Parti socialiste (il sera plus tard élu local et même député), avait peut-être des raisons autres que purement professionnelles de critiquer la décision.

⁵⁵ On peut également citer la critique émise par Michel Guénaire dans son article précité, au titre très parlant : « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat*, n°64, 1991, p. 149-157 : « ... en ramenant tout à elle, en ne supportant même plus l'addition d'autres règles aux siennes que par sa jurisprudence, le juge constitutionnel a transformé la Constitution en un acte de juridiction conservateur. (...) A la volonté générale s'est substituée la raison juristrice... ».

⁵⁶ Thème que l'on retrouve également chez Jean Carbonnier regrettant (*op. cit.*, p. 220) que « *la Constitution elle-même, avec ses symboles, [soit] livrée à un perpétuel brainstorming* ».

⁵⁷ La formule était de René Capitant, « La coutume constitutionnelle » (1930), *RDP*, 1979, p. 959.

⁵⁸ « De l'Etat de droit à l'Etat politique ? », *art. précit.*, p. 182-183 et p. 188.

Fortes paroles, en vérité. Mais le même auteur, quelques brèves années plus tard, trouvera lui-même la parade en proposant une tout autre lecture du changement de paradigme résultant de l'avènement du Conseil : « *Le droit constitutionnel jurisprudentiel signerait-il ainsi l'acte de décès de la notion de constitution ? D'une certaine idée, oui ; de la notion même de constitution, certainement pas. Plus précisément, le Conseil constitutionnel est au principe d'une nouvelle idée de constitution qui repose sur un triple fondement : la garantie des droits des gouvernés, l'officialisation de l'idée de droit, la création d'un espace ouvert à la reconnaissance indéfinie de droits et libertés* »⁵⁹. Il développera ensuite, en de nombreuses contributions, l'idée qu'une « démocratie constitutionnelle » aurait vocation à remplacer ainsi la « démocratie électorale ».

C'est précisément cette dernière idée qui va relancer une salve de critiques (et donc, indirectement, une critique du Conseil constitutionnel), sur le terrain de la théorie du droit, en particulier de la part de Jean-Marie Denquin, à travers de nombreux textes. A partir notamment de son essai sur la V^e République, *La monarchie aléatoire*⁶⁰, il esquisse progressivement une autre manière d'appréhender la situation du Conseil constitutionnel dans la culture française, reprenant en partie les critiques de René de Lacharrière et de Stéphane Rials, en approfondissant la question de la tension entre démocratie et Etat de droit, et en mettant l'accent sur les remises en cause de la première par le second⁶¹.

De même est-ce un rappel aux principes (plus classiques, cependant) que formule Pierre Avril, constatant la tentation du Conseil constitutionnel de faire prévaloir sa jurisprudence face aux interventions du pouvoir de révision⁶².

De manière générale, on constate donc que les courants (minoritaires) de la doctrine se situant dans une posture critique envers le Conseil constitutionnel ont évolué et peu à peu abandonné le registre de la dénonciation de principe pour exploiter les failles de la doxa dominante en tant que cette dernière tient un discours de légitimation dogmatique lourd de présupposés contestables⁶³. On peut se réjouir d'une telle évolution en ce qu'elle a finalement stimulé la réflexion chez ceux que ne pouvait convaincre une présentation par trop simpliste du Conseil « Cour constitutionnelle-gardiennedudroit-et-deslibertés ». En témoignent les nombreux travaux continuant à discuter de la place du juge dans le constitutionnalisme moderne. On signalera notamment l'intérêt d'une approche critique du Conseil par l'analyse en termes institutionnels, qui se trouvait déjà en filigrane chez Léo Hamon et Stéphane Rials et a pu commencer à s'esquisser récemment⁶⁴. Le Conseil constitutionnel (comme d'ailleurs tout ce que l'on se plaît à appeler « juridiction constitutionnelle ») doit s'appréhender moins en termes juridictionnels classiques que comme un élément régulateur des *checks and balances*, c'est-à-dire d'un système pluraliste de pouvoirs (plus exactement : d'institutions-organes).

⁵⁹ « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP*, 1990, p. 5-22 (6). Thèses reprises dans son manuel *Droit du contentieux constitutionnel*, paru dans sa première édition en 1990 (chez Montchrestien).

⁶⁰ P.U.F., coll. « Béhémoth », 2001.

⁶¹ Notamment : « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit » ainsi que « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°1, 2009, respectivement p. 19-29 et p. 69-92. (Textes réédités dans J.-M. Denquin, *Penser le droit constitutionnel*, Dalloz, 2019.)

⁶² « Le juge et le représentant », *Le Débat*, n°74, 1993, p. 151-155 (reproduit dans ses *Ecrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Ed. Panthéon-Assas, 2010, p. 111-115).

⁶³ Exemple à cet égard : O. Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n°43, 2006, p. 73-89.

⁶⁴ Olivier Jouanjan y invitait avant même la QPC : « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n°1, Dalloz, 2009, p. 93-116. V. aussi notamment Jacky Hummel, « Portrait du juge en acteur politique. Sur le rôle institutionnel de la "délicatesse" » et A. Le Divellec, « Le juge constitutionnel et les relations entre les parlements et le pouvoir exécutif. Les limites de la régulation juridictionnelle d'un système de gouvernement », in Stéphane Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, LGDJ-Lextenso, 2016, respectivement p. 101-120 et p. 151-186.

Evidemment, pour un grand nombre de raisons, il sera difficile de faire admettre un tel revirement de perspective à la doctrine juriste majoritaire et à l'opinion commune, tant le « culte de la juridiction », pour parler comme Lacharrière, demeure vivace et procure une onction de légitimation spécifique à celui qui peut se parer des plumes de juge constitutionnel.

B. Les critiques ponctuelles (et quasi inoffensives)

Si les contestations de l'existence en soi du Conseil constitutionnel et le principe même d'une justice constitutionnelle (en particulier du contrôle juridictionnel – les plus avancés, on l'a vu, mettraient des guillemets à l'adjectif – des lois) ont fait long feu, il n'en demeure pas moins qu'une partie de la doctrine a pu (et continue à) développer un discours critique partiel, portant sur des aspects particuliers, ponctuels, dudit Conseil, sans qu'il s'agisse d'une récusation fondamentale de celui-ci – bien au contraire (pour la plupart d'entre eux) : à l'instar de Charles Eisenmann, les adeptes enthousiastes de la justice constitutionnelle n'ont pas été avares de critiques (d'importance inégale) destinées précisément à en améliorer le travail. Il convient d'en donner ici au moins un rapide aperçu.

En premier lieu, le mode de composition du Conseil constitutionnel, presque inchangé depuis les origines, fait régulièrement l'objet de critiques⁶⁵, et ce, d'autant plus que, précisément, les mutations du rôle du Conseil paraissent justifier une réforme qui lui donnerait davantage l'aspect d'une véritable juridiction. A côté des questions de pluralisme des autorités de nominations, d'un possible accroissement de la légitimation parlementaire ou au moins de la qualité du contrôle (une légère avancée ayant été introduite en 2008)⁶⁶, c'est surtout la revendication d'une exigence de spécialisation juridique qui est mise en avant⁶⁷. La grande majorité de la doctrine souhaite qu'à l'instar de la quasi-totalité des cours constitutionnelles étrangères, le Conseil ne soit composé que de professionnels du droit. Et, en corrélation, la suppression du droit pour les anciens présidents de la République comme membres du droit.

Une deuxième série de critiques a concerné, avant 1974, la faculté de saisine, jugée trop étroite⁶⁸ -- cette étroitesse ayant été décidée de manière délibérée en 1958, alors que d'aucuns plaidaient en faveur d'une solution plus libérale, en faveur d'une minorité ou même du citoyen. Après l'extension de 1974, l'introduction du principe de la QPC en 2008 a rendu superflue ces revendications.

La procédure suivie devant et par le Conseil constitutionnel, ensuite, a été jugée par nombre d'auteurs comme insuffisamment publique et contradictoire⁶⁹. Néanmoins, les évolutions procédurales progressives (sous la présidence Badinter, suivies d'autres encore⁷⁰) pour remédier à ces défauts ont atténué les critiques de la doctrine. On peut ajouter que, sur ce

⁶⁵ Outre la célèbre tribune de Charles Eisenmann déjà citée plus haut, on peut noter la position de M. Duverger (*La V^e République*, P.U.F., 2^e éd. 1960, p. 155) critiquant la composition du premier Conseil d'un triple point de vue : le « caractère politique des nominations » (en fait : les choix de personnes opérés en 1959) qui « peut faire mettre en doute l'impartialité du conseil » ; l'absence de spécialistes (en matière constitutionnelle), qu'il atténue en ajoutant : « Il est vrai que l'intelligence de certains d'entre eux leur permettra d'en acquérir » ; et enfin l'âge des membres, jugé excessivement élevé.

⁶⁶ Sur ce point, mentionnons, parmi bien d'autres, les tribunes des professeurs Elina Lemaire et Julien Jeanneney dans *Le Monde*, 19 février 2022.

⁶⁷ Notamment : P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, vol. III, 2011, p. 103-136. Une critique plus large encore : Thomas Hochmann, « Et si le Conseil constitutionnel était une "cour constitutionnelle de référence" ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chron. N°32.

⁶⁸ Déjà G. Vedel, « L'inexpérience constitutionnelle de la France », *La Nef*, 1961, n°6, p. 5-14. Egalement, Eisenmann, « Le contrôle juridictionnel des lois en France », *art. précit.*, p. 538-539

⁶⁹ Une « procédure expéditive », cinglait Lacharrière en 1983 (*op. cit.*, p. 87).

⁷⁰ En particulier les innovations introduites à la faveur de la QPC ainsi que, tout récemment, d'un nouveau règlement de procédure pour le contrôle a priori des lois (11 mars 2022).

point comme sur tant d'autres, les défenseurs patentés du Conseil ne se sont jamais laissé démonter voire ont pu tourner la critique en faisant valoir que les malfaçons du Conseil ont sinon fait sa force, du moins n'ont jamais été un inconvénient. Georges Vedel, mi-sérieux, mi-taquin, affectionnait ce genre de démonstrations qui révélait son pragmatisme et, aussi, flattait son goût pour le paradoxe⁷¹.

Toutefois, la question de la motivation – qui confine souvent même à la non-motivation – des décisions est, à juste titre, dénoncée⁷² et révèle beaucoup de choses sur les ambiguïtés de la conception française⁷³. Sur ce point, on peut estimer qu'une partie de la doctrine actuelle ose encore être sévère⁷⁴. Dans ce contexte, cette doctrine a pu ouvrir un débat sur l'opportunité de permettre la publication d'opinions dissidentes ou séparées⁷⁵. Mais elle rencontre de fortes résistances, y compris en doctrine (naguère François Luchaire et Georges Vedel, que l'on sait parangons de juges constitutionnels à la française, et qui furent suivis par d'autres)⁷⁶, et ne saurait se traiter indépendamment de la conception générale de l'office du Conseil.

Les questions de procédure du Conseil ne sont certes pas indépendantes de celles de sa méthode ou de sa façon de décider et de (se) justifier. Sous ce rapport, l'une des attaques les plus virulentes des contempteurs de l'institution du Palais Montpensier, à commencer par René de Lacharrière, a d'emblée porté sur le flou du corpus de référence pour la censure des lois : qu'il s'agisse des articles de la Déclaration de 1789, des principes énoncés dans le préambule de 1946 et, plus encore, les principes fondamentaux reconnus par la République⁷⁷. Mais ce flou a également été dénoncé, outre certains hommes politiques (Albin Chalandon en 1986, Edouard Balladur en 1993), par des partisans du contrôle de constitutionnalité (ainsi Paul Thibaud en 1986 et 1987). Il n'y a pas lieu d'y revenir dans le détail, tant la chose est connue.

Toutefois, la dénonciation de ce qu'il faut bien appeler un certain arbitraire de la part du Conseil ne pouvait aller bien loin. Face à l'idée d'énoncer plus précisément la liste des droits et libertés, Laurent Cohen-Tanugi, répondait non sans quelque raison, à l'objection de Paul Thibaud, en 1987 : « *Une telle aspiration est illusoire. Tout principe constitutionnel doit par essence conserver un large degré de généralité afin de guider le juge et les pouvoirs publics par-delà les évolutions historiques. Le droit constitutionnel ne peut être que*

⁷¹ « *Un des caractères les plus surprenants de l'institution (...), à savoir sa part d'irrationalité, sa rusticité, son empirisme ont été quelques-unes des causes, et non les moindres, de sa réussite* » (Préface au *Droit du contentieux constitutionnel* de Dominique Rousseau, Montchrestien, 2001, p. 8). Également ses « *Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel* », *Mélanges Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 537-556.

⁷² Par exemple par W. Sabète, « *De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel* », *AJDA*, 2011, p. 885.

⁷³ En particulier : D. Baranger, « *Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », *Jus Politicum*, vol. IV, 2012, p. 13-50

⁷⁴ Fanny Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèse, 2013, qui estime que cette brièveté est un « *mode d'exercice dépassé du pouvoir du juge* » et « *inadapté au plein exercice du pouvoir directeur des cours souveraines* ». C. Guérin-Bargues, « *L'amélioration de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel : vrai progrès ou faux-semblant ?* », *Revue du droit d'Assas*, n°12, 2019, p. 69.

⁷⁵ En particulier par Dominique Rousseau. V. notam. le dossier : *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°8, 2000. Mais, déjà, S. Rials, on l'a vu (*art. précit.*, p. 181) y était favorable.

⁷⁶ G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 415-416.

⁷⁷ Jean Carbonnier (*op. cit.*, p. 219) lui aussi, estimait que leur utilisation « *relève d'une appréciation sélective du Conseil* ». En 1974, un autre privatiste, Pierre Hébraud, jugeait prudemment mais sans chaleur particulière le recours aux PFLR amorcé en 1971, tout en y décelant une source possible d'expansion future. Mais le Conseil constitutionnel n'occupait qu'une place très mineure dans son analyse sur « *le juge et la jurisprudence* » (*Mélanges Paul Couzinet*, Toulouse, 1974, p. 329-371 [359-361]).

jurisprudential. »⁷⁸. L'appréciation pragmatique de l'avocat rejoignait ainsi finalement les conclusions doctrinales développées depuis un moment déjà par les tenants de la théorie réaliste de l'interprétation selon laquelle c'est essentiellement mais inévitablement l'interprète qui fait la norme à partir des énoncés⁷⁹.

En ce qui concerne la méthode employée par le Conseil constitutionnel (certains, là encore, ne sont pas loin de contester l'idée même que le Conseil ait réellement ce que l'on peut appeler une méthode), on peut signaler les critiques adressées notamment à la technique des réserves d'interprétation⁸⁰. Jean Carbonnier va même jusqu'à y voir « une étonnante manifestation de despotisme intellectuel : il n'y a qu'une interprétation, le mécanisme mental des interprètes est bloqué »⁸¹.

De même la technique du contrôle de l' « erreur manifeste (d'appréciation) », transposée du contentieux administratif, a pu être critiquée, du moins dans certaines circonstances. Lorsqu'elle apparut, dans la première décision sur les nationalisations (DC 81-132 du 16 janvier 1982), Robert Savy s'est indigné : « *Est-il convenable, au regard de ce qu'est le Parlement, d'envisager l'hypothèse d'une aberration collective des élus de la Nation, redressée par les neuf juges constitutionnels ?* »⁸². Même utilisée sous forme édulcorée, elle reste sujette à critique, y compris chez des auteurs par ailleurs plutôt bien disposés à l'égard du Conseil⁸³. Il en va de même pour l'utilisation croissante du principe de proportionnalité⁸⁴.

Au fond, on peut trouver, dans la doctrine contemporaine, maintes critiques de détail sur telle ou telle décision du Conseil⁸⁵, parfois même avec des formules qui, pour être sévères⁸⁶, n'en demeurent pas moins ponctuelles et généralement limitées⁸⁷.

Finalement, un dernier espace de critiques que la doctrine a pu (et peut continuer à) adresser au Conseil constitutionnel concerne le point majeur sur lequel se fonde la légitimité de ce qui était dénoncé comme une usurpation ou, à l'inverse, comme son génie : sa contribution à la protection des libertés. Face au chœur de louanges régulièrement entonnées sur ce point par la majorité des auteurs depuis 1971, une partie de la doctrine s'est plu à apporter des bémols : on songe notamment à l'article critique de Danièle Lochak en 1980, dans la même livraison de la revue où parut la charge de René de Lacharrière⁸⁸. Également au commentaire critique de Jean Rivéro à propos de la décision de 1981 sur la loi « Sécurité et liberté », qui portait en

⁷⁸ « Qui a peur du Conseil constitutionnel ? », *Le Débat*, n°43, 1987, p. 53-68 (63).

⁷⁹ S. Rials (*art. précit.*, p. 170-171), en revanche, n'allait pas si loin que ces derniers, en estimant qu'il y a lieu de tenir compte de la texture plus ou moins ouverte du texte.

⁸⁰ Il est au cœur de l'article courageusement critique de deux doctorants, à cette époque, de S. Rials : Olivier Beaud et Olivier Cayla, « Les nouvelles méthodes du juge constitutionnel », *RDP*, 1987, p. 677-710.

⁸¹ *Droit civil...*, *op. cit.*, 1996, p. 219.

⁸² « La Constitution des juges », *art. précit.*, p. 109.

⁸³ Ainsi François Goguel (lui-même ancien membre), « Sur la Constitution », *Le Débat*, n°43, 1987, p. 35. Ou encore Henry Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, Connaissance du droit, 2^e éd. 1994, p. 78-80.

⁸⁴ F. Terré, *art. précit.*, p. 409.

⁸⁵ C'est probablement plutôt chez les civilistes que l'on peut trouver des jugements d'ensemble, il est vrai influencés par leurs réticences culturelles devant cet « intrus » que constitue pour eux le Conseil. Ainsi J. Carbonnier (*op. cit.*, p. 220) déplorait-il que la jurisprudence du Conseil constitutionnel « *a pour caractéristique inévitable : le décousu, car elle est déterminée, non par des intérêts continûment en état de vigilance, mais par le hasard des projets législatifs et l'alternance politique des saisines.* »

⁸⁶ Parmi bien d'autres : G. Carcassonne, « A propos du droit d'amendement : les errements du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n°41, 1987, p. 163-170. Le même, critiquant la décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999 *Cour pénale internationale*, qui fit couler beaucoup d'encre, alla jusqu'à dire que le Conseil avait « *cochonné* » (sic !) sa décision avec son fameux « *au surplus...* » qui obscurcit la question du statut pénal du président de la République (G. Carcassonne, Rapport de synthèse, in C. Guettier, A. Le Divellec [dir.], *La responsabilité pénale du président de la République*, L'Harmattan, 2002, p. 188).

⁸⁷ Plus offensive, néanmoins : O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, vol. V, 2013, p. 181-221.

⁸⁸ « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 41-54.

sous-titre : « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? »⁸⁹. Par-delà la sympathie plus ou moins grande des auteurs envers le Conseil constitutionnel, son installation dans le paysage constitutionnel français devait à peu près inévitablement susciter des évaluations sur la qualité de sa jurisprudence et, par la force des choses, faire apparaître des critiques. Restant minoritaires, elles ont tout de même le mérite d'exister⁹⁰.

Mais pour la majeure partie d'entre elles, ces critiques ne remettent pas du tout en cause le Conseil en soi, ni le principe du contrôle de constitutionnalité ; elles visent plutôt à davantage de Conseil constitutionnel et la grande majorité de la doctrine a jubilé lorsqu'a été introduite la QPC.

* * *

Compte tenu de l'histoire si paradoxale de l'apparition et du développement pour le moins étrange ou même « baroque » du Conseil constitutionnel français, il est compréhensible que la doctrine universitaire, principalement juriste, ait pu réagir de manière variable mais aussi, pour une part d'entre elle, critique et parfois même radicalement critique. Il est tout aussi compréhensible que ces critiques s'estompent progressivement, perdent en virulence, finissent par toucher moins le principe même de l'existence du Conseil et de la justice constitutionnelle que certains de leurs aspects ponctuels ; et que, finalement, la contestation soit condamnée à rester minoritaire. Les juristes, par tempérament et par leur office même, ne sont pas nécessairement les plus enclins à contester les institutions existantes⁹¹. Dès lors que l'avènement du Conseil constitutionnel s'inscrivait dans un contexte général, en quelque sorte « mondialisé », de promotion de l'idéologie de l'Etat de droit, il était inévitable que les juristes universitaires finissent, très majoritairement, par rendre les armes. Au surplus, il est difficile de nier que l'essor de la justice constitutionnelle, quels que soient les défauts et limites de sa variante française, sert (ou est considéré comme servant) objectivement leur intérêt professionnel – ou corporatiste, si l'on préfère. Il les valorise, d'une certaine manière, puisqu'il replace les discussions techniques au cœur du débat politique ordinaire. A être, par la nature de leur métier, « tout contre » l'institution, il est difficile d'être « contre elle » !⁹² Ajoutons qu'il serait presque suicidaire, professionnellement, pour un jeune chercheur, de professer trop ouvertement, trop bruyamment, dans ses travaux, une hostilité de principe envers le Conseil constitutionnel : il risquerait non seulement la désapprobation du courant majoritaire, mais surtout d'être marginalisé professionnellement. Le combat doctrinal « contre » le Conseil constitutionnel était donc, en ce sens, voué à l'échec⁹³, même si cet échec est relatif.

⁸⁹ *AJDA*, 1981, Chron. p. 275. Formule reprise par O. Beaud et P. Wachsmann trois décennies plus tard (dans leur ouverture au n°7 de *Jus Politicum*. V. infra, note suivante).

⁹⁰ Assez rare pour mériter d'être signalé, le point de vue, très détaillé et plutôt critique, d'un professeur de science politique : Yves Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il... », *art. précité*. Plus lapidaire mais également critique, Ph. Malaurie, *ibid.*, p. 291-294. Et plusieurs livraisons de la revue *Jus Politicum* traitant plusieurs aspects de manière approfondie : *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?*, n°7 (2012) en ligne et Dalloz, vol. IV, 2012. Ainsi que : *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit*, n°20-21 (2018).

⁹¹ Cette attitude, ancienne, est renforcée chez une majorité d'entre eux par la recherche d'un idéal de scientificité et de neutralité axiologique. Que cette double caractéristique ne soit, en réalité, pas atteinte par la doctrine majoritaire est à peu près avéré mais non avoué : la plupart croient de bonne foi qu'ils sont relativement neutres lorsqu'ils encensent le Conseil constitutionnel et la justice constitutionnelle.

⁹² Un auteur comme Guy Carcassonne a souvent reconnu qu'il restait modéré dans ses critiques afin de ne pas fragiliser une institution aussi récente que le Conseil.

⁹³ On peut ajouter qu'un Georges Vedel sut, vers la fin de sa vie, modérer les ardeurs de ses collègues en relativisant l'empire du Conseil constitutionnel sur l'ordre juridique français, en particulier quant au phénomène qualifié par d'autres de « constitutionnalisation des branches du droit » (v. son article « Aspects généraux et théoriques du droit constitutionnel », *Mélanges Roland Drago*, Economica, 1996, p. 1-8).

Reste une série de questions graves, posées directement ou indirectement par les contempteurs, et qui n'ont guère reçu de réponses. Reste aussi pour la doctrine juridique à s'interroger sur le sens profond de sa mission. Y-a-t-il encore un espace pour penser le droit indépendamment de la jurisprudence ? Les juristes « sérieux » (pléonasmes ?) considèrent généralement qu'ils doivent être avant tout des dogmaticiens. Et la dogmatique, aujourd'hui forcément appuyée sur la jurisprudence, est évidemment nécessaire. Mais elle ne saurait suffire à elle seule pour penser profondément le droit⁹⁴ ; il n'est pas interdit de chercher au-delà, par l'histoire, le droit comparé, la philosophie, la sociologie notamment. Il manque encore une théorie opératoire et satisfaisante de la constitution libérale et démocratique moderne ; mais ce ne sont pas les juges constitutionnels qui nous la fourniront.

⁹⁴ Pour une attitude sobre et sans excès d'illusion sur la justice constitutionnelle : G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, Presses de Science Po, 2021.