

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, UN REPRÉSENTANT DU PEUPLE CONSTITUANT ?

Séverine TECHER, doctorante, Université Montpellier I.

Depuis l'émancipation du Conseil constitutionnel, en 1971, il n'est pas rare de constater, sous des plumes audacieuses ou critiques, la consécration d'un véritable « jurisconstituant »¹. Qu'il outre passe ses fonctions en se l'appropriant², ou qu'il s'inscrive dans une évolution somme toute logique, le Conseil constitutionnel exerce, aujourd'hui, un certain pouvoir constituant.

Mais postuler, aussi péremptoirement, que les neuf sages du Palais Royal disposent ainsi d'une part non négligeable de la souveraineté – car il est constant que le pouvoir constituant appartient au peuple, le Souverain – c'est d'ores et déjà pointer le récurrent débat sur le gouvernement des juges tout en s'interrogeant sur la participation de la justice constitutionnelle à la démocratie. Pour éviter, justement, de tomber dans l'écueil du gouvernement des juges et pour ne retenir que la participation, devenue indispensable, de la justice constitutionnelle à la promotion de l'État de droit et de la démocratie, il faut rechercher un moyen de justifier l'exercice du pouvoir constituant par le Conseil constitutionnel.

Le recours au concept de la représentation peut, d'une certaine manière, servir une telle recherche. La représentation, phénomène éminemment politique, fait alors son entrée dans le système juridique. Si la définition de ce concept reste complexe, elle peut néanmoins s'adapter.

« La représentation est un processus par lequel quelque chose (personne(s), groupe(s), chose(s) ou abstraction(s)) qui n'est pas réellement (c'est-à-dire physiquement) présent est rendu présent par un intermédiaire »³. Cette définition de la représentation renvoie aussitôt à l'image théâtrale au travers de laquelle l'auteur n'existe que par le jeu de l'acteur, cet intermédiaire qui permet la fusion entre le fictif et le réel. Ainsi, dans ce processus, deux problèmes peuvent être relevés : celui de la représentativité, à savoir la légitimité du représentant à signifier le représenté ; et celui de la responsabilité, c'est-à-dire de la capacité d'engager le représenté et de le lier. Appliquée au Conseil constitutionnel, la question se pose sur ces deux aspects de la représentation : d'une part, le spectre du gouvernement des juges plane, tel une épée de Damoclès, au-dessus de la tête des neuf membres et, d'autre part, son rôle de censeur de la loi mais également de gardien de la Constitution fait peser sur lui une responsabilité importante puisqu'il révèle la parole du Souverain et rappelle à ses représentants politiques les limites de leur mandat.

Analysant la pensée de Hobbes, Lucien Jaume écrit également qu'« au théâtre, l'auteur n'existe que par le truchement de l'acteur ; il en va de même dans le domaine politique, à ceci près qu'ici l'auteur véritable (le peuple) n'a pas d'existence hors du jeu de l'acteur souverain : "C'est l'unité de celui qui représente, non l'unité du représenté qui rend une la personne [...]". Parce que la multitude, par nature, n'est pas une, mais multiple, on ne doit pas y voir un seul

¹ Notion empruntée au récent article de P. Fraisseix, « Le "prétoricisme", coup d'État de droit ? », *RRJ-Droit prospectif*, 2005, n° 1, p. 285-306.

² A. Werner, « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 117.

³ J. Leca, « Représentation », in O. Duhamel, Y. Mény (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 914.

auteur, mais bien de multiples auteurs de tout ce que leur représentant dit ou fait en leur nom" (Léviathan, chap. XVI, p.166) »⁴. Le représenté n'existe donc que parce que son représentant le fait vivre et exprime sa volonté.

Ce que confirme et complète Olivier Beaud qui, partant de la réflexion de Carl Schmitt sur le concept de la représentation, écrit que « le représenté n'apparaît au regard d'autrui que par l'intermédiaire du représentant, qui, lui-même, ne possède cette qualité qu'en raison de ce qu'il représente »⁵. Ainsi, le représentant met en lumière le représenté. Cette qualité doit-elle néanmoins lui être reconnue expressément ? Dans le cas du Conseil constitutionnel, il ne semble pas, en effet, qu'il existe un quelconque mandat explicite de représentation du peuple constituant.

La représentation révèle en outre de multiples rapports possibles entre le représentant et le représenté : un rapport de ressemblance, un rapport d'équivalence ou encore un rapport de dépendance. Selon l'optique retenue, le représentant aura ainsi plus ou moins d'indépendance, dans la forme de son action comme dans le contenu de son mandat, par rapport au représenté.

Il est donc légitime de se demander, avec Philippe Braud, si la représentation fonctionne « pour faire parler le représenté - ou, au contraire, pour le faire taire ? »⁶.

Pour Lucien Jaume, dans les sociétés démocratiques actuelles, la représentation apparaît sous un double aspect : il existe, selon lui, un « lien entre la représentation comme acte mandataire et la représentation comme reconnaissance de soi dans le produit de son acte »⁷. Une représentation, en quelque sorte, tantôt miroir du représenté, tantôt miroir du représentant. En effet, d'aucuns considèrent que soit la représentation crée le souverain – cas du *Léviathan* de Hobbes – soit elle crée les représentants du souverain – interprétation largement retenue aujourd'hui avec les élus représentants de la volonté générale souveraine. Il est ainsi majoritairement considéré que ce n'est pas la nation qui précède les représentants mais les représentants qui permettent de penser la nation.

Pour répondre à ces multiples exigences, les modalités de la représentation peuvent donc emprunter diverses formes.

C'est ce qu'illustre, notamment, le débat entre Hobbes et Rousseau : pour le premier, il n'existe pas de représentation du peuple mais seulement une représentation du Souverain et c'est de la représentation que naît le représenté, le Souverain – le Souverain est ainsi le représentant de chaque individu et il les unifie tous dans une personne fictive : individus / multitude / représenté --- contrat / Souverain / représentant --- peuple / second représentant –, pour le second, le peuple est irreprésentable – puisque toute délégation est impossible, qu'il n'existe aucune objectivation légitime du peuple, et qu'aucun organe législatif ne peut être, même avec une majorité écrasante, le reflet exact des intérêts du peuple). Dans la lignée des idées de Sieyès, Edmund Burke prône, lui, une parfaite et totale indépendance des représentants législateurs.

Les divers rapports et formes que la représentation emporte sont nécessairement liés à une distinction que fait Barnave entre « vouloir pour » et « agir pour ».

L'expression « vouloir pour » peut en effet avoir deux sens : « elle peut vouloir dire que le représentant veut *juridiquement* pour le représenté, c'est-à-dire que sa volonté seule vaut, dans l'ordre juridique, comme volonté du représenté. Mais elle peut signifier aussi que le

⁴ « Peuple », L. Jaume, in Ph. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1996, Quadrige, 2003, p. 543.

⁵ O. Beaud, « "Repräsentation" et "Stellvertretung" : sur une distinction de Carl Schmitt », *Droits*, n° 6, 1987, p. 13.

⁶ P. Braud, « Introduction », in F. d'Arcy (dir.), *La représentation*, Paris, Economica, coll. Politique comparée, 1985, p. 34.

⁷ L. Jaume, « Peuple et individu dans le débat Hobbes-Rousseau. D'une représentation qui n'est pas celle du peuple à un peuple qui n'est pas représentable », in F. d'Arcy (dir.), *La représentation*, *op.cit.*, p. 40.

représentant veut conformément à la volonté du représenté »⁸. Se posent alors les questions de la distinction des volontés et des limites assignées au représentant. Le représentant a davantage de légitimité lorsqu'il « eut pour » le représenté que lorsqu'il « agit pour » lui car il se réalise, dans le premier cas, une véritable identification des volontés. Le Conseil constitutionnel, lorsqu'il interprète la Constitution et crée de nouveaux principes constitutionnels dans le bloc de constitutionnalité, semble se placer dans la catégorie des représentants qui « veulent pour » le représenté, donc dans la représentation-identification. D'où l'importance de connaître les limites qui peuvent lui être assignées.

Analyser le rôle du Conseil constitutionnel à l'aune de la représentation, prise non plus sous l'angle politique mais sous un angle juridique, revient à se demander quel représentant le Conseil peut être et dans quelle mesure cette qualité permet de justifier qu'il exerce un pouvoir constituant.

Les obstacles théoriques à l'octroi de cette qualité de représentant au Conseil constitutionnel ne sont pas insurmontables puisque, bien au contraire, il semble que le contexte soit favorable à une telle éventualité (I), faisant ainsi du Conseil un représentant spécifique tant de la volonté constituante que du peuple constituant (II).

I- La faculté du Conseil constitutionnel comme représentant du peuple constituant

Pour que la thèse du Conseil constitutionnel représentant du peuple constituant soit valable, il faut poser comme postulat de départ que cela est possible en se référant, notamment, aux exigences actuelles et aux expériences du passé (A). Mais il faut également apaiser les éventuels conflits théoriques en reprenant les débats qui ont cours sur l'existence et le fonctionnement d'un juge représentant (B).

A- La nécessité de présupposés

Le Conseil constitutionnel ne peut, en effet, pas s'improviser représentant et, qui plus est, du peuple constituant. Il est un organe juridictionnel dont la fonction principale est de contrôler l'activité législative des représentants politiques. Pourtant, divers arguments laissent à penser que le contexte, tant politique que théorique, est actuellement favorable à une telle qualification. En effet, la représentation politique est aujourd'hui en crise (1) tout comme l'unité du corps du Souverain qui tend à se rompre au fil de l'évolution de la société et de la jurisprudence du Conseil lui-même (2). Ces fragilités, qui sont autant d'occasions d'offrir au Conseil constitutionnel une nouvelle posture, sont renforcées par l'existence de précédents ainsi que de modèles, comme l'exemple outre-atlantique, et confirment, ainsi, l'entrée de la représentation dans d'autres sphères (3).

1- Les crises de la représentation

La seule désaffection des électeurs pour les urnes suffit à démontrer la constance d'une crise de la représentation qui ne fait que s'amplifier. Le phénomène n'est pourtant pas nouveau. Dès le XIX^e siècle, en effet, un sentiment de « mal-représentation » génère des revendications communautaristes et corporatistes favorisant ainsi le recours à des modes alternatifs de représentation comme la « représentation fonctionnelle » ou l'idée d'une « représentation séparée »⁹.

⁸ E. Maulin, « Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg », *Droits*, 1995, n° 22, p. 133.

⁹ P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des Histoires, 1998, p. 82.

Le XIX^e siècle a ainsi vu la montée en puissance des revendications ouvrières avec, pour la satisfaction de l'égalité non seulement par le vote mais également par l'éligibilité, l'émergence d'une segmentation de la représentation. La raison de ces nouvelles revendications était principalement l'éloignement des urnes du fait de la pratique du suffrage censitaire pour les paysans et les ouvriers, ces « politiquement mineurs » et « socialement parias »¹⁰. Puis ces revendications, toujours plus nombreuses, ont évolué vers une représentation distincte : revendications sociales, professionnelles, féministes, etc. Pierre Rosanvallon parle de glissement d'une philosophie individualiste vers une philosophie collective qui voit la consécration de la représentation des intérêts. D'où l'émergence progressive de la démocratie des partis, du syndicalisme et d'autres formes de représentation telles que les administrations consultatives ou les associations qui font participer la société civile à la chose publique.

Dans cet élan des revendications, certains mouvements expriment leur identité de manière plus douce que d'autres et « organisent une stratégie de "visibilité sociale" en explorant des filières de représentation non-politique : l'art, les médias »¹¹. Ce qui signifie, notamment, que la représentation n'est pas nécessairement liée au principe électif et, surtout, que la représentation politique n'est plus aujourd'hui suffisante et exclusive.

Le problème, selon Pierre Rosanvallon, est en effet de « surmonter le fait que les individus ne sont plus capables de s'appréhender comme membres d'une société et que leur inscription dans une totalité lisible et visible est devenue pour eux problématique »¹². Il est donc devenu indispensable de se mettre en quête de modes alternatifs de représentation pour rendre aux individus un sentiment d'écoute et d'attention. Le juge constitutionnel, qui entérine les évolutions de la société en consacrant de nouveaux principes constitutionnels, peut donner à voir cette image de l'organe attentif aux exigences du peuple en même temps qu'il est un gage de stabilité pour mettre au jour la parole du Souverain.

Pour Lucien Jaume, la crise actuelle de la représentation serait due tant à la « qualité » du personnel politique qu'à la perte de substance que connaît aujourd'hui le concept de « peuple souverain »¹³.

François d'Arcy, Guy Saez et Pierre Rosanvallon se livrent aux mêmes constatations. Les premiers s'interrogent : « La montée d'une représentation fonctionnelle indique-t-elle une faiblesse générale des dispositifs représentatifs classiques, une délégitimation des institutions démocratiques ou simplement une nouvelle division du travail politique, objectivement nécessaire compte tenu des fonctions de l'État ? »¹⁴.

Ces revendications de représentation distincte, liées aux insuffisances du politique et des institutions, montrent le malaise qui entache aujourd'hui le bon fonctionnement de la démocratie telle qu'elle a été pensée lors de la Révolution.

Quant à Pierre Rosanvallon, il considère que la crise de la représentation vient avant tout de son objet même, en raison du conflit permanent qui existe entre le peuple idéal – titulaire de la souveraineté – et le peuple réel – entité concrète et complexe. La place de cet intermédiaire entre les deux entités, temporellement désunies, reviendrait donc, idéalement, au Conseil constitutionnel. Il est en effet celui qui met en lumière et protège la parole du Souverain, peuple constituant originaire, par essence atemporel, mais également celui qui entend les revendications du peuple actuel. En permettant, à chaque fois qu'il est amené à statuer, un compromis entre le texte, sacré, et ses évolutions nécessaires, il réconcilie les deux entités.

¹⁰ *Ibid.*, p. 282.

¹¹ F. d'Arcy, G. Saez, « De la représentation », in F. d'Arcy (dir.), *La représentation, op.cit.*, p. 24.

¹² P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 355.

¹³ L. Jaume, « Peuple et individu dans le débat Hobbes-Rousseau. D'une représentation qui n'est pas celle du peuple à un peuple qui n'est pas représentable », *op. cit.*, p. 39-53.

¹⁴ F. d'Arcy, G. Saez, *op. cit.*, p. 27.

Les crises du concept de représentation, liées au sentiment de « mal-représentation », à la qualité du personnel politique et à l'effritement du concept de Souverain, permettent, dès lors, à d'autres acteurs, comme le Conseil constitutionnel, de pallier ainsi les absences, les erreurs, les lacunes des représentants classiques.

Mais outre ces crises, il faut également présupposer, comme le laissent entendre Lucien Jaume ou Pierre Rosanvallon et le rôle de médiateur du Conseil constitutionnel, que le peuple souverain a perdu toute unité, faisant ainsi perdre toute lisibilité aux tentatives démocratiques et remettant en cause l'idée démocratique elle-même¹⁵.

2- La rupture de l'unité du corps du souverain

Loin de l'idée de fusion entre les peuples idéal et réel qui figure, en 1830, sur la toile d'Eugène Delacroix, *La Liberté guidant le peuple*¹⁶, postuler une rupture de l'unité du corps du Souverain pour envisager la représentativité du Conseil constitutionnel, c'est penser qu'il existe une distinction entre le peuple constituant et le peuple législateur, entre le peuple constituant originaire et le peuple constituant dérivé, entre le peuple perpétuel et le peuple actuel, entre deux volontés. C'est aussi poser la question de leur hiérarchie. Ainsi, la représentation montre, à travers le Conseil constitutionnel, les limites du modèle démocratique tel qu'il a été pensé deux siècles auparavant.

Pierre Rosanvallon va plus loin, dans ces distinctions, lorsqu'il analyse la notion de peuple : « Le peuple est un maître qui est à la fois impérieux et insaisissable. Si la démocratie présuppose qu'il y a un sujet que l'on peut appeler "peuple" et que ce peuple est susceptible d'exprimer sa volonté, comment, alors, le définir et comment le reconnaître ? Toute la difficulté réside dans l'écart entre un principe politique – l'affirmation de la suprématie de la volonté générale – et une réalité sociologique. En sacralisant la volonté contre l'ordre de la nature ou de l'histoire, la politique moderne confie au peuple le pouvoir au moment où le projet d'émancipation qu'elle véhicule conduit parallèlement à abstractiser le social. Il y a ainsi une contradiction qui s'installe entre le *principe politique* de la démocratie et son *principe sociologique*. Le principe politique consacre la puissance d'un sujet collectif dont le principe sociologique tend à dissoudre la consistance et à réduire la visibilité »¹⁷.

Il y a donc un fossé irréductible entre le peuple consacré comme Souverain et la réalité de l'exercice du pouvoir par ses représentants classiques. Parallèlement, ce fossé entraîne une distinction entre deux volontés : celle du représenté et celle du représentant.

Selon le même auteur, le peuple n'a plus de chair sensible dans une démocratie d'où cette double exigence dans le processus de la représentation : la poursuite d'une oeuvre de fiction et « des demandes d'identification sensible »¹⁸. Il fait ainsi une distinction entre « le peuple mouvant de la rue et le peuple en corps des représentants »¹⁹.

Par ailleurs, une autre distinction pourrait encore être avancée : entre le Président de la V^e République, seul représentant du peuple entier du fait de son élection au suffrage universel direct, et les députés et sénateurs, qui ne représentent qu'une portion de ce peuple – les députés étant élus dans des circonscriptions délimitées et les sénateurs par un collège d'électeurs. Il y aurait donc même une hiérarchie entre les deux catégories de représentants classiques, le Président de la République étant réputé plus représentatif que les autres.

¹⁵ Pierre-Joseph Proudhon compare d'ailleurs la démocratie à la théologie car, selon lui, « ni l'une ni l'autre ne peut prouver le Christ qu'elle adore ». P.-J. Proudhon, *Solution du problème social* (1848), in P.-J. Proudhon, *Œuvres complètes*, Paris, Éd. Marcel Rivière, 1929, p. 67, cité par P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 60.

¹⁶ Cette toile incarne le mieux la fusion entre les deux peuples selon Pierre Rosanvallon.

¹⁷ P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 12.

¹⁸ *Ibid.*, p. 17.

¹⁹ *Ibid.*, p. 17.

Ainsi, que ce soit dans le peuple lui-même ou à travers ses représentants, il ne peut plus aujourd'hui être revendiqué une quelconque unité du corps du Souverain.

D'ailleurs, le juge constitutionnel ne pourrait être qualifié de représentant que parce qu'il existe cet écart entre les volontés. C'est en effet cet écart qui crée une exigence de représentation distincte qui ne doit pas être laissée à la seule merci du même personnel politique, comme c'est le cas lors des révisions constitutionnelles : les parlementaires, représentants de la volonté générale, se font représentants de la volonté constituante lorsqu'ils se réunissent en Congrès pour adopter une loi constitutionnelle. Une hiérarchie s'instaure ainsi nécessairement entre les deux volontés au profit de celle du peuple constituant, véritable Souverain. Pour éviter une éventuelle confusion, Sieyès prônait une convocation séparée entre le pouvoir de révision et le pouvoir de législation²⁰.

La hiérarchie entre les deux peuples, et donc les deux volontés, est confirmée par Philippe Blachère qui estime que « la juridiction constitutionnelle ne représente pas le même peuple que les représentants élus : tandis que ces derniers représentent le "peuple actuel", le Conseil constitutionnel représente le "peuple perpétuel", unique souverain »²¹. Il estime en effet que « le constitutionnalisme pose comme principe que le "peuple législateur" (fût-il qualifié par la doctrine de souverain) doit respecter la Constitution ». C'est la conséquence directe de la prévalence des principes énoncés par le « peuple constituant » sur les lois votées par le « peuple législateur »²². S'il doit y avoir une hiérarchie entre les deux volontés, cela suppose, très logiquement, que ces deux volontés soient parfaitement distinctes.

Ce décalage est d'ailleurs mis en lumière entre certaines décisions du Conseil constitutionnel et certaines majorités politiques puisque le respect dû à la Constitution, et garanti par le Conseil constitutionnel, emporte parfois des censures au nom de la volonté constituante auxquelles les représentants de la volonté générale sont nécessairement soumis.

Le rôle de représentation du Conseil constitutionnel peut donc se justifier par l'existence d'une distinction entre les volontés de deux peuples mais également de leurs représentants.

En outre, la distinction entre la volonté du représenté et celle du représentant montre nécessairement les limites du second en matière d'autonomie et lui offre une posture hiérarchique logiquement inférieure. Ce qui reste, toutefois, nuancé car, si par le mandat le représentant est formellement institué, d'aucuns considèrent qu'il doit néanmoins rester libre dans le contenu.

L'éventualité d'un juge constitutionnel représentant du peuple constituant ne se comprend ainsi que dans le cadre d'un nécessaire renouvellement des concepts de représentation et de Souverain. Elle est d'autant plus rendue possible que l'existence de précédents confirme, dans une certaine mesure, cette hypothèse.

3- L'existence de précédents

Les parlements d'Ancien Régime, puis la fonction du roi, dans la Constitution de 1791, ont montré que la représentation du peuple pouvait être indépendante du principe électif. Quant à la position de la Cour suprême des États-Unis, elle conforte l'hypothèse de juges représentants de la volonté constituante, dans leurs fonctions constitutionnelles en l'occurrence.

Il est constant de considérer l'élection comme un critère essentiel de la représentation. Toutefois, pour le conventionnel Jean-Baptiste Mailhe²³, si « l'élection est une condition

²⁰ C'est d'ailleurs le cas dans certains États d'Europe centrale et orientale, comme le système constitutionnel bulgare.

²¹ Ph. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, p. 174.

²² *Ibid.*, p. 188.

²³ Homme politique français, membre de la Convention (1754-1839).

nécessaire, elle est loin d'être suffisante : on est représentant parce que l'on exprime la volonté de la nation, parce que l'on interprète son vœu, parce qu'on a la faculté de connaître sa volonté, exactement de la même façon que si l'universalité des citoyens se prononçait »²⁴. La qualité de représentant tient ainsi davantage au contenu du mandat, même implicitement délivré par le représenté, qu'à la forme.

Pierre Brunet réfute également la thèse selon laquelle l'élection emporte la représentation : il considère que la représentation n'est pas nécessairement issue de l'élection. Inversement, le fait d'être qualifié de représentant ne signifie pas que celui qui s'en prévaut a été élu.

Le cas des juges élus en 1789 montre en effet que la représentation et l'élection ne se confondent pas puisque, en l'occurrence, le débat sur leur qualité de représentant s'est réellement posé. Les Constituants en 1789 ont en effet été confrontés à un réel dilemme : « afin de rompre avec l'Ancien Régime, il conviendrait de faire élire les juges directement par le peuple, mais une telle élection, tout en rapprochant les juges du peuple considéré comme souverain, risquerait de favoriser une émancipation des juges à l'égard de la loi. Afin de maintenir les juges sous l'autorité de la loi, il serait possible de les faire nommer par le roi. Mais dans ce cas, la rupture avec l'Ancien Régime s'estompe et permet d'envisager le pire, à savoir, le retour à la monarchie absolue »²⁵.

Deux constituants se seraient d'ailleurs opposés sur cette question : Barnave, qui prônait l'élection des juges par le peuple car, pour lui, existaient quatre pouvoirs – législatif, exécutif, administratif et judiciaire – qui devaient également être soumis à l'habilitation du peuple. Et Clermont-Tonnerre, pour qui tous les pouvoirs venaient du peuple, mais le pouvoir judiciaire n'étant pas un pouvoir, les juges qui n'étaient que des exécutants devaient être nommés par le roi. Pour le premier, il s'agissait d'une question de volonté ; pour le second, la distinction entre fonction et organisation l'emportait, le peuple donnant ses fonctions au juge qui ne devait pas intervenir dans son organisation. Ces deux conceptions de la représentation montrent comment, d'un côté, le représentant peut être soumis à la seule volonté du peuple et, de l'autre, subordonné également au suffrage.

Sous l'Ancien Régime, les parlements, dont les membres n'étaient pas élus, avaient déjà tranché le débat puisqu'ils s'étaient attribués la fonction et la qualité de représentants non seulement du roi mais aussi du peuple. « Le moyen que trouvèrent les parlements pour justifier leurs prétentions fut de se représenter tant du roi que de la nation, voire principalement de la nation s'appuyant sur le fait qu'en l'absence des États généraux cette dernière ne disposait plus d'aucun autre moyen pour se faire entendre que de s'en remettre aux parlements »²⁶. Pierre Brunet cite ainsi une remontrance du parlement de Paris du 18 janvier 1764 à travers laquelle les magistrats considèrent qu'ils « représentent et le roi et ses sujets : le roi, pour ramener ses sujets par la rigueur des peines à l'obéissance, s'ils osaient s'en écarter ; les peuples, pour porter au pied du trône les témoignages de leur soumission et de leur amour et les expressions respectueuses de leurs plaintes et de leurs réclamations »²⁷. La même conception est reprise par le parlement de Rennes qui déjà, en 1757, écrivait que « le Parlement ne parle jamais à la nation qu'au nom du Roi, et de même il ne parle jamais à son Roi qu'au nom de la nation »²⁸.

Un autre exemple peut conduire à abandonner le lien, supposé indéfectible, entre l'élection et la représentation : le roi, dans la Constitution de 1791, a été qualifié de représentant au même

²⁴ Cité par P. Brunet, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris-Bruyelles-Rouen, LGDJ-Bruylant-Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 131.

²⁵ *Ibid.*, p. 172.

²⁶ P. Brunet, *op. cit.*, p. 68.

²⁷ *Remontrances du parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, Éd. Jules Flammermont, 1888-1898, Paris, Imprimerie nationale, 3 vol., t. 2, p. 430, citées par Pierre Brunet, *op. cit.*, p. 68.

²⁸ *Remontrances du parlement de Bretagne au XVIII^e siècle*, Paris, Éd. A. Le Moyne, 1909, p. 56, citées également par Pierre Brunet, *op. cit.*, p. 68-69.

titre que le Corps législatif²⁹ car il était doté d'un droit de veto le faisant participer, d'une certaine façon, à l'élaboration de la loi. Le roi n'était pas considéré comme un représentant de la volonté générale, du Corps législatif, mais, selon Pierre Brunet, comme un représentant « d'apparat ».

Mirabeau défendait en effet l'idée selon laquelle les pouvoirs exécutifs ne pouvaient pas être exercés par la nation elle-même : « de là la nécessité des représentants du peuple pour l'exercice de la faculté de vouloir, ou de la puissance législative ; de là encore la nécessité d'une autre espèce de représentants, pour l'exercice de la faculté d'agir, ou de la puissance exécutive. (...) Le prince est un représentant perpétuel du peuple, comme les députés sont ses représentants élus à certaines époques »³⁰. Aujourd'hui, le Conseil constitutionnel pourrait revendiquer cette qualification spécifique de « représentant perpétuel » mais avec une faculté d'agir différente. Ainsi, doté à la fois de la faculté de vouloir et de celle d'agir, le Conseil constitutionnel serait un représentant atypique. Un tel cumul a d'ailleurs déjà été pensé dans l'histoire de la représentation : certains révolutionnaires ont en effet proposé un projet de bicaméralisme prévoyant la création d'une chambre haute à la fois co-législateur et juge de la constitutionnalité des lois. Ce modèle n'est pas sans rappeler les sénats qui existaient sous les régimes impériaux de Napoléon I^{er} et Napoléon III.

Enfin, la Cour suprême des États-Unis montre, à titre d'exemple étranger, que la représentation peut parfaitement être indépendante de l'élection. Il existe en effet, dans le régime américain, parallèlement à cette institution, de nombreuses commissions et agences, comme la Federal Trade Commission, dont les membres sont nommés par le Président en accord avec le Sénat, qui ont des responsabilités importantes et qui demeurent indépendantes de l'exécutif et du législatif, ce qui « montre qu'il n'est pas impossible que, dans une démocratie, certaines orientations politiques soient définies par des organes relativement éloignés de la source originaire de tout pouvoir », donc du peuple et de son influence par le biais de l'élection³¹. Ainsi, « le fait que la Cour suprême ne soit pas directement élue par le peuple, n'élimine pas sa responsabilité devant l'opinion publique »³².

Or, les juges de la Cour suprême, plus que les juges ordinaires qui sont également amenés à exercer un contrôle de constitutionnalité, sont des représentants du peuple constituant alors même qu'ils ne sont pas élus.

Francis Hourquebie pousse plus loin l'analyse puisqu'il considère que « la Cour suprême donne à voir une certaine forme de représentativité. La composition de la Cour doit traduire un certain nombre d'équilibres géographiques, ethniques ou religieux. Sans toutefois aller jusqu'au respect d'un strict équilibre des forces politiques en présence, le jeu des nominations permet au pouvoir politique d'ajuster progressivement la majorité de la Cour à la majorité législative des États-unis. La Cour a ainsi la capacité de tenir compte des positions dominantes de l'opinion. Ce qui lui permet d'assurer sa nécessaire représentativité et, par conséquent, le consentement continu du peuple à son action. La Cour incarne donc une forme de représentation de l'opinion publique »³³.

La représentation n'est plus l'apanage des politiques puisque les expériences passées comme les nouvelles exigences liées à l'effritement de certains concepts laissent le champ libre à de nouveaux acteurs. Sur un plan théorique, rien ne s'oppose donc à ce que le Conseil

²⁹ Les articles 3 et 4 du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 disposent que le pouvoir législatif est exercé par l'Assemblée nationale avec la sanction du roi, celui-ci exerçant en outre le pouvoir exécutif.

³⁰ Mirabeau est cité par R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920, t. 2, p. 274.

³¹ P. Vialle, *La Cour suprême et la représentation politique aux États-Unis. Nouvel essai sur le gouvernement des juges*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. XLVII, 1972, p. 23.

³² *Ibid*, p. 23.

³³ F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 269.

constitutionnel soit un de ces nouveaux acteurs. A moins que la récurrence de certains débats ne jette un regard plus nuancé et demande quelques solutions pour remédier aux éventuelles lacunes.

B- La nécessité d'un contrôle de légitimité

Le contexte actuel, tant politique que social, permet de penser le juge constitutionnel comme représentant. Mais, ce bon augure n'occulte pas les débats qui existent sur la légitimité et le contrôle de celui qui serait ainsi revêtu d'une telle qualité. La légitimité du Conseil constitutionnel, pour être qualifié de représentant, doit donc avant tout venir du texte constitutionnel et de la conception de l'État de droit, à défaut d'être issue des urnes (1). Quant au contrôle, quels garde-fous pourraient enserrer sa liberté en l'absence, justement, de tout rappel électoral (2) ?

1- Le débat sur la légitimité

Lorsque les censures qu'il délivre sont critiquées par les politiques et livrées à la vindicte médiatique, il est souvent reproché au Conseil constitutionnel son déficit démocratique. L'élection est en effet un acte de confiance : or, qu'est-ce qui remplace cet acte pour le Conseil constitutionnel dont les membres ne sont pas élus ? Et ce, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'avancer l'hypothèse d'une représentation du peuple constituant.

Pour Michel Troper, « c'est la qualité de représentant qui fournit une justification théorique à une participation décisionnelle, qui résulte d'une règle positive »³⁴. Ce qui laisse à penser que le Conseil constitutionnel est légitime à revendiquer le titre de co-législateur et non celui de co-constituant dès lors que le contrôle de constitutionnalité des lois est expressément prévu par la Constitution alors que ne sont visés ni un éventuel contrôle des lois constitutionnelles ou référendaires ni un droit de regard du Conseil constitutionnel sur l'exercice du pouvoir constituant dérivé ou l'interprétation du pouvoir constituant originaire.

Ce que confirme, dans une certaine mesure Francis Hourquebie, pour qui « toute légitimité ne découle pas des urnes. En l'occurrence, celle du juge peut dériver du mandat constitutionnel ou organique qui lui est confié ; pour cette raison, la question de la légitimité doit être ramenée de manière primordiale à celle de la validité du titre juridique. Dans un ordre juridique établi d'une manière incontestable, la régularité du titre devient alors l'élément décisif, qui détermine la légitimité de la situation juridique »³⁵.

Le Conseil constitutionnel intervient à la fin du processus législatif et cette intervention est expressément prévue dans la Constitution. Mais qu'en est-il dans le processus constituant ?

Un titre juridique doit-il en effet toujours être explicite ? Le mandat de représentant du peuple constituant, que pourrait revendiquer le Conseil constitutionnel n'est pas, aujourd'hui, explicite – rien ne prévoit, en effet, dans la Constitution que le Conseil constitutionnel est un représentant du peuple. Il pourrait, en revanche, très bien se déduire d'une interprétation de la Constitution qui voudrait, dans la même logique que celle qui a conduit le Conseil à étendre le bloc de constitutionnalité, que son gardien soit *de facto* représentant. Cette lecture possible de la Constitution reviendrait ainsi à conférer un titre, implicite, au Conseil qui le légitimerait d'autant plus qu'il serait issu de la norme fondamentale. Une légitimité directe, selon cette lecture, qui demeure, en tout état de cause, indirecte dès lors que les membres sont nommés par des autorités – le Président de la République ainsi que les Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat – qui, elles, sont élues et ont une légitimité démocratique tantôt directe,

³⁴ M. Troper, « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1995, p. 132-133.

³⁵ F. Hourquebie, *op. cit.*, p. 355.

tantôt indirecte. L'acte de confiance pourrait, dans cette logique, résider dans le texte de la Constitution qui a été adopté par referendum par le peuple : la seule création du Conseil constitutionnel, qui s'est émancipé progressivement des limites dans lesquelles il était censé évoluer, suffit à laisser planer un doute sur les intentions implicites du peuple constituant originaire quant au rôle de représentant du Conseil.

L'ouverture du texte peut laisser entrevoir de multiples hypothèses. Les dispositions qui évoquent la représentation, et notamment l'article 3 alinéa 1 de la Constitution, qui ne semble faire référence qu'à la fonction législative, ne donnent aucune définition précise ni aucune attribution à tels ou tels représentants. Même la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui s'est prononcé au cas par cas, n'exclut pas explicitement son rôle de représentant.

Il pourrait toutefois, à juste titre, être objecté que la légitimité ainsi conférée serait tronquée par les lacunes du texte de la Constitution. Il est en effet facile de lire dans ses silences des confirmations à certaines théories. A moins de considérer que l'existence du mandat tienne davantage dans son contenu que dans sa forme, ce qui laisserait ouvertes toutes les possibilités, comme l'interprétation d'un texte resté laconique, pour la reconnaissance d'un tel titre. Mais alors, la validité du titre juridique serait difficilement vérifiable, ce qui laisse le débat dans une impasse sauf à s'en remettre à une fiction.

Le mandat de représentant du Conseil constitutionnel pourrait également se déduire de l'État de droit qui a conduit à la création de juridictions constitutionnelles et à la montée en puissance de la figure du juge. Le juge est de plus en plus sollicité, c'est pourquoi il devient de plus en plus audacieux dans son pouvoir de création normative et trouve un acte de confiance dans le respect au droit qu'il impose à tous ceux qu'il est chargé de contrôler.

Reposant néanmoins sur des assises très fragiles, la qualité de représentant du Conseil constitutionnel pourrait trouver un argument plus salubre dans l'existence de garde-fous.

2- Le débat sur le contrôle du Conseil constitutionnel

La limite opposée au représentant est habituellement le mandat selon lequel il exerce son activité de représentant puis le contrôle des citoyens par les élections. Or, pour le Conseil constitutionnel, il n'y a pas de rappel par le corps électoral ni d'ambitions personnelles puisque les membres sont nommés pour un mandat non renouvelable et, l'existence d'un mandat n'étant qu'implicite, le contrôle n'est pas rendu aisé.

Il est d'autant moins facile puisque, comme l'écrit Jacques Michel, « le représentant de la collectivité doit formuler la volonté d'un groupe qui ne le précède pas, sa situation le met en demeure d'être différent et extérieur aux membres qui sont fournis par la simple positivité. (...) Et l'extériorité du représentant vis-à-vis des individus s'entretient de leur diversité voire de leurs oppositions qui sont comme autant de preuves que le principe de leur regroupement n'est pas décelable dans leur existence empirique. (...) Le représentant n'est en aucune manière le prolongement de personnalités privées, il manifeste une volonté nouvelle au sens précisément où celle du représenté fait défaut. Ce qui veut dire que le représentant sera d'autant plus en adéquation avec sa mission, ou avec sa fonction, qu'il sera capable d'affirmer sa différence vis-à-vis des membres du groupe, différence sur laquelle il pourra fonder ou signifier son identité avec le groupe lui-même. Par là, il est bien clair que le mandat ne trouve point sa validité dans un contenu mais bien davantage dans une forme ou dans une procédure qui a pour but de créer cette extériorité depuis laquelle seulement un contenu peut être trouvé. Et si alors on doit parler de *pouvoir* c'est dans un sens tout différent de celui dont est investi le porte-parole d'une association ; par le même terme de pouvoir se trouve défini non plus un processus qui se conclut par un retour du collectif au particulier mais un mécanisme

d'appropriation sans retour au profit du représentant, manifestation première d'une collectivité qu'il a pour fonction de rendre présente »³⁶.

La volonté du représenté n'est pas décelable et l'extériorité du représentant est nécessaire pour donner tout son sens à sa fonction de représentation. Comment éviter dès lors que la liberté des représentants ne menace l'existence du représenté, la souveraineté du peuple ?

Dans le cas du Conseil constitutionnel, les garde-fous classiques en matière de représentation ne sont pas applicables : pas d'élection, pas de mandat explicite. Il pourrait donc n'y avoir de limites que dans le cadre de son activité d'interprète et de censeur. Alors que le contrôle de sa représentativité consisterait, notamment, en la sélection de ses membres – avec l'exigence, par exemple, de certaines qualités avant toute nomination –, celui de sa représentation résiderait dans les méthodes d'interprétation – qui limitent sa subjectivité et celle de ses membres – et dans l'intervention du peuple constituant dérivé – qui, aujourd'hui, garde le dernier mot, quelle que soit la position du Conseil constitutionnel.

Par ailleurs, la représentation implique à la fois connaissance et volonté – volonté individuelle – mais également délibération – volonté collective. Les décisions du Conseil, fruits de cette alliance, sont donc cernées par des limites *a priori* objectives.

Le Conseil constitutionnel pourrait également être comme la Cour suprême des Etats-Unis qui est « limitée par l'existence du milieu démocratique dans lequel elle assume ses fonctions »³⁷, donc soumis à la pression des médias et de l'opinion publique.

Le juge constitutionnel peut très bien être qualifié de représentant du peuple constituant car les obstacles théoriques peuvent être levés et il évolue dans un contexte qui est toujours plus favorable à une telle hypothèse. Si le Conseil constitutionnel était ainsi qualifié de représentant du peuple constituant, il serait alors nécessairement un représentant spécifique.

II- La spécificité du Conseil constitutionnel comme représentant du peuple constituant

La qualité de représentant du Conseil constitutionnel apparaît spécifique à plusieurs titres : d'une part, parce que les modalités de la représentation le concernant diffèrent avec une représentation classique tant par les conditions de cette qualification que par le représenté lui-même (A) mais également parce que, à côté des représentants classiques, le juge, et particulièrement le juge constitutionnel, occupe une place un peu à part (B).

A- Les modalités de la représentation du peuple constituant par le Conseil constitutionnel

1- Le rôle du Conseil constitutionnel représentant

Pour Philippe Blachère, la fonction de représentation du Conseil constitutionnel découle de l'énonciation de principes constitutionnels et de la sanction constitutionnelle qu'il délivre sur les lois votées.

L'activité interprétative et créatrice de normes du Conseil constitutionnel s'intègre dans la définition donnée par Charles Eisenmann qui considère qu'« est auteur ou co-auteur d'un acte, toute autorité qui participe de manière décisionnelle au processus d'édiction de l'acte, autrement dit toute autorité dont le consentement est indispensable à la formation de l'acte ». Le Conseil serait alors un représentant parce qu'il dégage des principes qui s'insèrent dans le

³⁶ J. Michel, « Pour une anthropologie juridique de la représentation », in « Le processus de la représentation politique », *Procès - Cahiers d'analyse politique et juridique*, 1983, n° 11-12, p. 17.

³⁷ P. Vialle, *op. cit.*, p. 24.

bloc de constitutionnalité et incite parfois à des révisions constitutionnelles³⁸. Il consacre, en effet, les évolutions de la société par la constitutionnalisation de nouveaux droits et incite parfois aux réformes. Considérer, dès lors, que le Conseil est un représentant du peuple constituant le légitimerait dans sa participation à l'exercice du pouvoir constituant : mettre au jour la parole du Souverain en complétant ou palliant les lacunes du texte constitutionnel.

Mais, par ailleurs, le Conseil assure, dans une certaine mesure, une régulation entre les pouvoirs publics en tant qu'arbitre ou médiateur entre les représentants classiques. A moins de considérer que le Conseil constitutionnel, dans le cadre de cette représentation du peuple constituant, soit instrumentalisé par les représentants du peuple législatif.

Pour Francis Hourquebie, analysant la relation gouvernants-gouvernés : « Au terme d'"un processus d'imputation", la loi et la Constitution doivent pouvoir être attribuées au souverain, par l'intermédiaire du juge constitutionnel, dont la décision établit un lien avec la volonté générale. Par ailleurs, le lien entre gouvernants et gouvernés peut aussi se construire à partir de la Constitution, que le juge présente au peuple. La Constitution lui permet de se représenter sa souveraineté, alors que les représentants y voient leur subordination au souverain. Le juge est alors un "intermédiaire", un "écran réfléchissant", à travers lequel se réalise cette mise en représentation »³⁹.

Au regard de toutes ces hypothèses, le Conseil serait ainsi, dans sa représentation, tantôt instrumentalisé, tantôt indépendant.

Le rôle du Conseil constitutionnel est ainsi très particulier. Sa composition montre également qu'il s'agit d'un représentant bien spécifique.

2- Sa composition

Le débat sur l'élection des membres du Conseil constitutionnel est souvent posé pour épouser davantage encore la logique de la représentation politique.

En effet, les deux figures du juge constitutionnel, de représentant et de miroir réfléchissant, se heurtent à l'obstacle du texte de la Constitution : il garantit la distinction des deux volontés (celle du peuple souverain et celle de ses représentants) en même temps qu'il protège la parole du souverain des éventuelles dérives des représentants dans les interprétations qu'il font de la Constitution. Mais, pour Francis Hourquebie, l'article 3 établit un lien entre représentation et souveraineté : « ne sont des représentants du peuple que ceux qui exercent la souveraineté nationale. Ce que confirme le Conseil constitutionnel, pour qui la souveraineté, "tant dans son fondement, que dans son exercice, ne peut être que nationale, et seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République". D'où il faut déduire que seule l'élection peut conférer le titre de représentant »⁴⁰.

Si, *a priori*, il existe un fossé entre la théorie, qui admet la possibilité pour le juge d'être un représentant, et la pratique qui, selon Francis Hourquebie, exclut cette idée, il ne peut toutefois être considéré que le texte de la Constitution et la jurisprudence du Conseil constitutionnel la rejettent explicitement. La pratique, telle que décrite par l'auteur, n'est donc pas exclusive et il ne peut être déduit du silence du texte, comme de celui de son principal interprète, un rejet absolu de toute autre forme de représentation qui passerait justement outre

³⁸ L'exemple le plus illustre est la loi du 25 novembre 1993 sur le droit d'asile : les parlementaires, pour passer outre la censure délivrée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 août 1993, ont procédé à une révision de la Constitution.

³⁹ F. Hourquebie, *op. cit.*, p. 259.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 265. L'auteur cite la décision du Conseil constitutionnel n° 76-71 DC du 30 décembre 1976 « Décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des communautés au suffrage universel direct », *Rec.* p. 15.

le principe électif. La décision du 30 décembre 1976, pas plus que les décisions postérieures qui évoquent le concept de la représentation, n'en donnent en effet une définition parfaitement délimitée.

Inversement, Francis Hourquebie rejette le principe électif pour la désignation des juges français car le système est, selon lui, inapproprié à la fonction juridictionnelle : « élire les juges risque de provoquer une campagne électorale profondément incompatible avec les exigences de sérénité et de tempérament, qui sont celles du contre-pouvoir juridictionnel. De plus, la qualité d'une décision de justice dépend du professionnalisme et de la compétence du juge, ce que l'élection ne garantit pas car le juge choisi n'est pas forcément le plus compétent »⁴¹. Les ambitions, les intérêts des uns et des autres, mais aussi l'ignorance des électeurs sur les réelles capacités du candidat sont autant de raisons pour écarter du système juridictionnel français le principe électif.

Admettre que le peuple puisse exister indépendamment de sa représentation, ce qui est possible dans l'hypothèse de l'antériorité du peuple au représentant, n'implique pas, en effet, nécessairement, de passer par le principe électif pour le voir représenter.

Si l'hypothèse d'une représentation non irréductiblement liée au principe électif est retenue, c'est alors dans l'acte formel de nomination ou bien encore dans l'objet même de cette nomination qu'il faut voir une véritable représentativité.

Il existerait en effet une distinction entre la représentation et la représentativité : « le représentant n'a pas à être représentatif, il est représentant uniquement du fait d'un titre juridique. S'il est représentatif, c'est une question de fait, et on peut souhaiter en fait – mais on retombe dans la politique – que les représentants soient représentatifs ou qu'une partie des représentants soient représentatifs : c'est l'horizon de légitimation démocratique mais c'est de la politique, ce n'est pas du droit. Parce que en droit, le roi Louis XVI était tout à fait un représentant sans que cela puisse véritablement gêner. Et le fait que l'on soit ou non élu, élu d'une manière ou d'une autre, ne doit pas (...) interférer »⁴².

Il peut ainsi être trouvé satisfaisant que les membres du Conseil soient nommés par des représentants qui eux sont, directement (Président de la République et Président de l'Assemblée nationale) ou indirectement (Président du Sénat), élus par le peuple. En outre, les origines diverses des membres du Conseil constitutionnel représentent, d'une certaine manière, l'opinion publique, et sont même, pour certains d'entre eux, d'anciens élus. Ainsi, alors que Daniel Mayer était journaliste lorsqu'il a été nommé, Robert Fabre pharmacien, ou encore Dominique Schnapper sociologue, rares non juristes de formation, les autres membres sont nombreux à être d'anciens sénateurs ou députés. Ainsi, cette caution pourrait donc paraître suffisante pour justifier la représentativité des membres du Conseil constitutionnel, et postuler la validité juridique de leur « titre » de représentant.

Le rôle et la composition du Conseil constitutionnel permettent finalement d'adapter le concept de représentation au Conseil constitutionnel. Cette représentation, dans sa spécificité propre au Conseil, peut emprunter diverses formes.

3- Les formes de la représentation

La représentation peut, en effet, revêtir de multiples formes : habilitation, délégation, transfert, mandat implicite ou explicite.

⁴¹ F. Hourquebie, *op. cit.*, p. 400.

⁴² Débat suivant l'intervention de S. Rials, « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation (La représentation : continuité ou nécessité ?) », in Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989. Journée d'études des 16-17 mars 1989*, Paris-Aix, Economica-PUAM, Collection Droit public positif, 1990, p. 74.

Ainsi, Pierre Brunet considère que « la représentation est, comme la délégation et le mandat, une institution juridique relevant de ce phénomène de l'habilitation. Elle suppose deux sujets de droit, le représenté et le représentant, repose sur la séparation du pouvoir et de la compétence et fonctionne comme un mode d'attribution et de répartition des pouvoirs et des compétences. Toutefois, elle ne ressemble que partiellement à la délégation et au mandat. De la première, elle se distingue par le fait que le représentant exerce un pouvoir sans détenir la compétence, elle serait donc un mandat. Mais à la différence du mandat, le représentant est juridiquement indépendant du représenté. La représentation serait un type particulier de transfert de pouvoirs, un transfert involontaire »⁴³. La représentation emporterait donc à la fois, pour le Conseil constitutionnel, responsabilité et indépendance.

Ces deux aspects se retrouvent dans les écrits de Max Weber qui distinguait quatre types de représentation : le représentant propriétaire de sa fonction ; le membre représentant son ordre ; la représentation liée avec l'existence d'un mandat impératif et d'un « droit de rappel » exercé par les représentés ; et la représentation libre, le représentant étant « le propre maître de sa conduite. Son devoir ne le renvoie qu'à ses propres convictions objectives, non à la prise en considération des intérêts de ceux qui l'ont désigné »⁴⁴.

Pierre Rosanvallon considère, lui, que la figure du représentant se trouve entre deux principes contradictoires : l'identification et la distinction.

« La contradiction entre la nature de la société démocratique (la société sans corps) et les présupposés de la politique démocratique (la constitution d'une personne fictive représentée) entraîne donc une quête permanente d'identité qui ne peut être satisfaite »⁴⁵.

Ce qui emporte une distinction entre la représentation-mandat, qui aurait une définition quantitative de l'égalité, tous les citoyens étant représentés en nombre, et la représentation-figuration qui a, elle, une dimension qualitative, tous les courants d'expression socio-culturels étant alors représentés.

Dans le même sens, « si l'on admet que l'Assemblée nationale est l'organe de volonté de la Nation, et qu'ainsi, elle a pour fonction de lui donner cette volonté, de la formuler pour elle, dira-t-on qu'elle "crée" cette volonté ou au contraire qu'elle la "reproduit" ? On se heurte là à ce que l'on a appelé le "paradoxe de la représentation" et que l'on peut rebaptiser "dilemme de l'organe" : si l'organe crée cette volonté de lui-même, il risque de primer l'ensemble dont il n'est que l'organe. Mais, dans le même temps, s'il reproduit cette volonté, alors il n'est plus un organe vivant et actif mais un mécanisme mort ou passif »⁴⁶.

Le mandat emporte l'indépendance des représentants : organique et fonctionnelle. Ainsi, les actes qu'ils prennent ne leurs sont pas imputables à eux en tant qu'individus mais à l'ensemble des individus qui composent le groupe, la collectivité, le territoire, qui sont autant de domaines de validité des actes édictés par les représentants.

Citant Otto von Gierke⁴⁷, Olivier Beaud complète la réflexion en écrivant que « "le droit constitutionnel a pour objet d'établir les conditions moyennant lesquelles un acte de volonté accompli par certains individus doit être considéré non pas comme une simple manifestation de l'activité de ces individus, mais comme une manifestation de la vie de l'être collectif, dont ils sont les organes". La théorie de l'organe révèle l'imbrication inévitable du phénomène de la représentation de l'État (Qui a le droit d'agir au nom de l'État ? Qui est habilité à le faire ?) avec celui de l'imputation des actes de l'État (A quelles conditions l'État doit-il endosser la

⁴³ P. Brunet, *op.cit.*, p. 251.

⁴⁴ M. Weber, *Économie et société*, Paris, Plon, 1971, cité par J. Leca, « Représentation », *op. cit.*, p. 915.

⁴⁵ P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁶ P. Brunet, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁷ O. Beaud, « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'État" de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, p. 1281-1283.

responsabilité d'actes pris par des individus ?) »⁴⁸. La volonté de l'organe n'est donc pas individuelle : elle est volonté de l'être collectif.

Lucien Jaume est plus précis encore car, pour lui, il peut y avoir trois modalités de la représentation : le mandat, la reconnaissance de soi et la copie ressemblante.

Il distingue en outre la représentation-fiction – par convention, on fait comme s'il y avait identification – de la représentation-miroir – il y a effectivement identification. Ainsi, « en politique, le cas extrême de l'identification est celui où le représenté finit par croire qu'il vit et agit dans son représentant »⁴⁹.

Dans cette optique, la justice constitutionnelle réalise, selon Dominique Rousseau, « la représentation de la souveraineté du peuple par un miroir constitutionnel – la charte des droits et libertés – dans lequel doivent se réfléchir – dans tous les sens du terme – les actes du corps des représentants »⁵⁰. Pour lui, le Conseil constitutionnel permet au peuple de se représenter comme souverain autorisant ses délégués à agir pour lui.

Le Conseil constitutionnel serait, lui, une figure de cette représentation très spécifique : tantôt identifié au constituant, tantôt s'en distinguant parfaitement – notamment lorsqu'il intervient dans le processus législatif ou lorsque ses censures sont contournées par le pouvoir constituant dérivé.

Le Conseil constitutionnel, s'il est un représentant, ne peut être qu'un représentant spécifique, non élu, avec un rôle précis. Mais la question de sa place peut alors se poser.

B- La place du Conseil constitutionnel à côté des autres représentants

Le débat sur la place du Conseil à côté des représentants politiques est le plus logique (1). En effet, rien ne laisse à penser que les autres juges, les juges ordinaires, peuvent être qualifiés de représentants (2).

1- Par rapport aux autres représentants politiques

La question est de savoir si l'élection crée *de facto* une hiérarchie entre les représentants élus et les représentants non élus.

En effet, l'élection joue un rôle de sélection selon deux critères principaux : le mérite et la confiance. Dès lors que les membres ne sont pas élus, par quoi peut se matérialiser l'acte de confiance s'agissant du Conseil constitutionnel et surtout comment déterminer la hiérarchie entre les deux volontés ?

Soit cette hiérarchie épouse celle qui existe entre leurs représentés, donc entre la volonté constituante et la volonté générale. Dans ce cas, le Conseil constitutionnel, représentant de la première, pourrait avoir le dernier mot sur les représentants de la volonté générale. Mais ce n'est pas, en l'état, le cas puisque ces derniers sont aussi les représentants du pouvoir constituant dérivé et qu'ils peuvent ainsi passer outre la décision du Conseil. Cette situation est d'ailleurs confirmée par le Conseil constitutionnel lui-même puisqu'il a, en partie, abandonné la distinction entre les deux pouvoirs constituants dans sa décision du 26 mars 2003. En outre, le Conseil constitutionnel est également, dans une certaine mesure, le représentant du peuple législateur, co-législateur. La confusion des rôles, aussi bien pour les représentants politiques que pour le Conseil constitutionnel, explique alors que le Conseil n'aura jamais le dernier mot.

⁴⁸ O. von Gierke, cité par Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, p. 295-296.

⁴⁹ L. Jaume, « Autour de Hobbes : représentation et fiction », *Droits*, 1995, n° 21, p. 101.

⁵⁰ D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : "quelle nécessité démocratique" ? », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 1999, p. 369.

Soit, en tout état de cause, le principe électif prime ; soit, encore, le temps prime, et le peuple actuel, ainsi que ses représentants qui interviennent plus fréquemment que les représentants du peuple perpétuel, doivent être considérés comme supérieurs. Mais il y a une contradiction à considérer que le Conseil, qui interprète la Constitution à chaque fois que les représentants du peuple actuel sont contrôlés, participe, dans le processus législatif, à la représentation du peuple actuel. Par conséquent, il faut admettre que le Conseil constitutionnel ne représente pas le peuple actuel ou que la hiérarchie entre les deux peuples est une impasse compte tenu de la double casquette du Conseil. A moins de considérer, mais cette fois à l'inverse, que le peuple doit primer de par son ancienneté.

Quelle que soit la solution retenue, Pierre Rosanvallon a montré qu'il était très mal ressenti que les autres modes de représentation fassent de la concurrence aux représentants, parlementaires, représentants classiques du peuple : le Conseil national économique était ainsi dénoncé comme un « parlement aux petits pieds » sous la III^e République, alors que pourtant, il était un bon compromis entre la représentation politique et la représentation professionnelle⁵¹.

Le règlement de ce conflit d'intérêts en quelque sorte pourrait donc se résoudre dans la recherche d'une complémentarité entre les deux catégories de représentants. En effet, plutôt que de mettre perpétuellement les représentants de la volonté générale en concurrence avec les représentants de la volonté constituante – qui connaissent parfois une confusion des qualités de représentant –, peut-être faudrait-il davantage y voir des interventions décalées par nature. Une complémentarité qui serait d'autant plus justifiée que le Conseil constitutionnel, comme les représentants parlementaires, serait à la fois représentant du peuple constituant et représentant du peuple législatif.

Quant à la place du Conseil à l'égard du Président de la République, gardien tout comme lui de la Constitution, le débat sur leur hiérarchie se pose dans les mêmes termes, avec toutefois cette nuance près que les pères de la Constitution de 1958 voulaient un chef de l'État au-dessus de tous les autres organes. Il peut donc en être déduit que le respect de cet esprit entraînerait, en cas de conflit, systématiquement la supériorité du chef de l'État sur le Conseil constitutionnel.

Plus surprenante est la question du positionnement du Conseil représentant à l'égard des autres juges français.

2- Par rapport aux autres juges

Poser la question de la place du Conseil constitutionnel par rapport aux autres juges français revient avant tout à soulever le débat de leur qualité de représentants.

Les juges ordinaires sont, en effet, tous les jours, confrontés aux citoyens justiciables. Ils sont ainsi amenés quotidiennement à résoudre les conflits du peuple actuel et à entériner les évolutions de la société. Ils sont en effet constamment en dialogue avec le peuple réel, pris dans ses individualités, et le peuple fictif, tel que sa volonté ressort clairement des lois qu'ils doivent appliquer. Dans ce cadre, les juges ordinaires apparaissent comme des représentants de l'opinion publique puisque les évolutions jurisprudentielles, nées des cas d'espèce, incitent parfois à l'adoption, la modification voire à l'abrogation de lois.

Ce rôle de représentant est d'ailleurs conforté par le dilemme auquel ils sont nécessairement confrontés entre le respect d'un mandat impératif – ils doivent obéir à la loi, expression de la volonté générale – et l'inévitable pouvoir créateur dont ils disposent – par leur interprétation ponctuelle des textes obscurs, ils représentent, en quelque sorte, une majorité qui, néanmoins,

⁵¹ P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 273.

reste une fiction. Cette qualité de représentant des juges ordinaires n'est donc pas, dans cette optique, si surprenante.

Toutefois, la formule « Au nom du peuple français... » ne fait pas du juge judiciaire ni du juge administratif des représentants du peuple. Si c'était le cas, il faudrait en déduire qu'ils sont les seuls représentants juridictionnels car ils sont les seuls à user d'une telle formule. Ce qui n'est pas pensable sur le plan théorique si l'on admet que le juge constitutionnel est bien représentant. Dans la première hypothèse, le Conseil constitutionnel aurait la supériorité au même titre que dans l'hypothèse envisagée à l'égard des autres représentants politiques avec, ici, en plus, la caution de l'article 62 de la Constitution qui donne à ses décisions l'autorité de la chose jugée.

Ainsi, soit les juges ordinaires sont des représentants, et alors s'instaure une hiérarchie avec le juge constitutionnel mais également avec les autres représentants ; soit ils n'exercent aucune forme de représentation et alors le problème ne se pose plus.

La qualité de représentant du Conseil constitutionnel qui, on l'a vu, est possible, est-elle néanmoins souhaitable ? Elle peut se justifier lorsqu'elle doit servir de caution à l'exercice, par ce juge un peu à part, du pouvoir constituant. Mais dans le système démocratique tel qu'il a été posé depuis des décennies, cette idée trouve difficilement sa place. Il faut donc repenser la démocratie et s'interroger à nouveau sur les critères du régime représentatif en admettant que les canons classiques, aujourd'hui remis en cause, laissent le champ libre à de nouvelles formes de représentation.

Par ailleurs, l'idée, peut-être séduisante, perd néanmoins en substance dès lors que sa justification s'effondre face à la présence de plus en plus grande de l'opinion publique sur la scène politique et qui manifeste elle aussi la souveraineté ?

En effet, quel besoin d'un gardien protecteur des droits et libertés lorsque les hommes politiques sont censés représenter cette opinion, lorsque les juges entérinent certaines évolutions de cette opinion, lorsque, enfin, la presse, ce quatrième pouvoir, permet de plus en plus une telle représentation ?